ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ CLAUS GULMANN της 30ής Ιουνίου 1993 *

Κύριε Πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,

1. Το 1987 η Επιτροπή άρχισε να εξετάζει, σε συνεργασία με τις ισπανικές αρχές, κατά πόσον η ισπανική νομοθεσία περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων ήταν σύμφωνη προς το κοινοτικό δίκαιο. Η εξέταση αυτή κατέληξε στην παρούσα διαδικασία, την οποία κίνησε η Επιτροπή με έγγραφο οχλήσεως της 19ης Δεκεμβρίου 1990 και στο πλαίσιο της οποίας η Επιτροπή ζητεί να αναγνωρισθεί ότι τριάντα περίπου ισπανικές διατάξεις αντιβαίνουν προς το κοινοτικό δίκαιο, και συγκεκριμένα προς τα άρθρα 30 και 59 της Συνθήκης ΕΟΚ και προς την οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (στο εξής: οδηγία 71/305) [1], και την οδηγία 77/62/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών (στο εξής: οδηγία 77/62) [2]. Η υπόθεση αφορά τις οδηγίες όπως ίσχυαν αρχικά, δηλαδή χωρίς τις ουσιώδεις τροποποιήσεις που αποφασίστηκαν από το Συμβούλιο το 1989, όσον αφορά την οδηγία 71/305 [3], και το 1988, όσον αφορά την οδηγία 77/62 [4], και οι οποίες έπρεπε να μεταφερθούν στο ισπανικό δίκαιο μέχρι την 1η Μαρτίου 1992.

2. Οι επίδικες ισπανικές διατάξεις περιέχονται κατά κύριο λόγο στον νόμο περί δημοσίων συμβάσεων (Ley de Contratos del Estado, στο εξής: LCE) και στην κανονιστική απόφαση περί δημοσίων συμβάσεων (Reglamento General de Contratación del Estado, στο εξής: RGCE). Ο LCE και η RGCE περιλαμβάνουν τους γενικούς κανόνες που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις έργων και προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, οι οποίες συνάπτονται από τις δημόσιες αρχές, ανεξάρτητα από το αν πρόκειται για όργανα της κεντρικής ή της αποκεντρωμένης διοικήσεως. Αντικείμενο της διαφοράς είναι επίσης ορισμένες άλλες εθνικές διατάξεις που έχουν ενδεχομένως επιπτώσεις επί των δημοσίων έργων και προμηθειών [5].

3. Με τα αιτήματά της η Επιτροπή κατέταξε σε πέντε κυρίως κατηγορίες τις ισπανικές διατάξεις που θεωρεί αντίθετες προς το κοινοτικό δίκαιο. Οι κατηγορίες αυτές είναι οι εξής:

— διατάξεις που προβλέπουν εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων,

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η δανική.

1 — ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7.

2 — ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 24.

3 — Οδηγία 89/440/ΕΟΚ, της 18ης Ιουλίου 1989, ΕΕ L 210, σ. 1. Η οδηγία 71/305 τροποποιήθηκε για τελευταία φορά με την οδηγία 93/4/ΕΟΚ, της 8ης Φεβρουαρίου 1993, ΕΕ L 38, σ. 31.

4 — Οδηγία 88/295/ΕΟΚ, της 22ας Μαρτίου 1988, ΕΕ L 127, σ. 1.

5 — Πρόκειται, μεταξύ άλλων, για το βασιλικό νομοθετικό διάταγμα 781/1986, της 18ης Απριλίου 1986, περί τοπικής αυτοδιοικήσεως, για τον νόμο της 24ης Νοεμβρίου 1939, περί οργανώσεως και προστασίας της εθνικής βιομηχανίας, και για το βασιλικό διάταγμα 946/1978, της 14ης Απριλίου 1978, περί διαδικασίας εκτιμήσεως και ελέγχου των παροχών φαρμακευτικών προϊόντων.

— διατάξεις που επιτρέπουν τη σύναψη συμβάσεων με απευθείας ανάθεση,

— διατάξεις σχετικά με τους κανόνες συμμετοχής στους διαγωνισμούς και με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής,

— διατάξεις σχετικά με τεχνικές προδιαγραφές,

— διατάξεις σχετικά με τα κριτήρια για τη σύναψη των συμβάσεων.

4. Η παρούσα υπόθεση δεν αφορά την παράλειψη μεταφοράς στο ισπανικό δίκαιο των δύο σημαντικών αρχικών οδηγιών για την εναρμόνιση των εθνικών νομοθεσιών που διέπουν τις συμβάσεις δημοσίων έργων και τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών. Ο LCE και η RGCE τροποποιήθηκαν το 1986 προς τον σκοπό προσαρμογής τους προς τις κοινοτικές οδηγίες [6]. Αντίθετα, από την ενδελεχή εξέταση του ισπανικού δικαίου εκ μέρους της Επιτροπής αποδείχθηκε ότι υπάρχουν ορισμένα σημεία στα οποία, κατά την άποψη της Επιτροπής, η μεταφορά των οδηγιών στο ισπανικό δίκαιο είναι ατελής.

Νομίζω ότι σε σχέση με ορισμένες αιτιάσεις η Επιτροπή δεν θα είχε ίσως ασκήσει αυτοτελή προσφυγή λόγω παραβάσεως και ότι σε σχέση με ορισμένες αιτιάσεις η Ισπανική Κυβέρνηση δεν θα είχε εμμείνει ίσως στο αίτημά της να απορριφθεί η προσφυγή, αν δεν υπήρχαν και άλλα σημεία στα οποία διαφωνούν ουσιαστικά οι διάδικοι.

Από τις προτάσεις που θα αναπτύξω κατωτέρω θα αποδειχθεί ότι η παρούσα υπόθεση ανέκυψε επειδή οι διάδικοι διαφωνούν σε ορισμένα σημεία ως προς την ερμηνεία των εφαρμοστέων διατάξεων του κοινοτικού δικαίου και, όσον αφορά ορισμένα άλλα σημεία, ως προς το περιεχόμενο και τα αποτελέσματα του ισπανικού δικαίου.

Με τις προτάσεις μου πρέπει κατ' ανάγκη να εξετάσω καθεμία από τις αιτιάσεις χωριστά. Λόγω της φύσεως των διαφόρων αιτιάσεων, η ανάλυση αυτή θα έχει ιδιαίτερα τεχνικό χαρακτήρα και δεν θα είναι πάντοτε εύκολη.

5. Δεδομένου ότι η Επιτροπή ισχυρίστηκε επανειλημμένα ότι η επίμαχη ισπανική ρύθμιση δημιουργεί νομική αβεβαιότητα και συνεπώς δεν πληροί τις προϋποθέσεις ορθής μεταφοράς των οδηγιών στο εθνικό δίκαιο, όπως οι προϋποθέσεις αυτές έχουν διατυπωθεί από το Δικαστήριο, είναι ενδεχομένως σκόπιμο να υπομνησθεί καταρχάς ποιες είναι οι γενικές προϋποθέσεις που απορρέουν συναφώς από τη νομολογία του Δικαστηρίου.

Το Δικαστήριο έχει δεχθεί τα εξής:

— «τα κράτη μέλη έχουν την υποχρέωση να εξασφαλίζουν πλήρως και επακριβώς την εφαρμογή των διατάξεων κάθε οδηγίας» [7],

— «οι αρχές της ασφάλειας του δικαίου και της προστασίας των ιδιωτών επιβάλλουν, στους τομείς που καλύπτονται από το κοινοτικό δίκαιο, τη σαφή διατύπωση των κανόνων δικαίου των κρατών μελών, η οποία να δίνει τη δυνατότητα

6 — Βλ. το βασιλικό νομοθετικό διάταγμα 931/1986, της 2ας Μαΐου 1986, και το βασιλικό διάταγμα 2528/1986, της 28ης Νοεμβρίου 1986, αντίστοιχα.

7 — Βλ., μεταξύ άλλων, την απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Μαρτίου 1980, 91/79, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή τόμος 1980/1, σ. 589, σκέψη 6).

στους μεν ενδιαφερομένους να γνωρίζουν σαφώς και επακριβώς τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις τους, στα δε εθνικά δικαιοδοτικά όργανα να διασφαλίζουν την τήρησή τους» [8],

— «η μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο μιας οδηγίας δεν απαιτεί κατ' ανάγκη την τυπική και κατά γράμμα επανάληψη των διατάξεών της σε μία ρητή και σαφή διάταξη και (...) αρκεί ένα γενικό νομικό πλαίσιο, εφόσον με αυτό διασφαλίζεται πράγματι η πλήρης εφαρμογή της οδηγίας κατά τρόπο επαρκώς σαφή και ακριβή» [9]

και

— οι εθνικές διατάξεις οι οποίες, στηριζόμενες σε διατάξεις των οδηγιών, παρεκκλίνουν από τις απαγορεύσεις που προβλέπουν οι εν λόγω οδηγίες πρέπει να τηρούν αυστηρώς τα όρια και τις προϋποθέσεις που θέτουν σχετικά με τις παρεκκλίσεις οι οδηγίες [10].

8 — Βλ. την απόφαση του Δικαστηρίου της 26ης Φεβρουαρίου 1991, C-119/89, Επιτροπή κατά Ισπανίας (Συλλογή 1991, σ. I-641, σκέψη 10). Βλ. επίσης, μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 21ης Ιουνίου 1988, 257/86, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1988, σ. 3249, σκέψη 12), της 23ης Μαΐου 1985, 29/84, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1985, σ. 1661, σκέψη 23), της 30ής Ιανουαρίου 1985, 143/83, Επιτροπή κατά Δανίας (Συλλογή 1985, σ. 427, σκέψη 10), και της 6ης Μαΐου 1980, 102/79, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή τόμος 1980/II, σ. 99, σκέψη 11).

9 — Βλ. την απόφαση του Δικαστηρίου της 15ης Μαρτίου 1990, C-339/87, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (Συλλογή 1990, σ. I-851, σκέψη 6). Βλ. επίσης, μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 8ης Ιουλίου 1987, 247/85, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1987, σ. 3029, σκέψη 9), και της 2ας Δεκεμβρίου 1986, 239/85, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1986, σ. 3645, σκέψη 7).

10 — Βλ. μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 8ης Ιουλίου 1987, 247/85, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1987, σ. 3029, σκέψεις 28 και 34), της 27ης Απριλίου 1988, 252/85, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 1988, σ. 2243, σκέψη 11), και της 15ης Μαρτίου 1990, C-339/87, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (Συλλογή 1990, σ. I-851, σκέψεις 15 και 28).

Διατάξεις που προβλέπουν εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων

α) *Το άρθρο 2, παράγραφος 3, του LCE και το άρθρο 2, παράγραφος 3, της RGCE*

6. Οι διατάξεις αυτές — η διάταξη της RGCE αποτελεί απλώς επανάληψη της διατάξεως του LCE — εξαιρούν ορισμένες συμβάσεις από την εφαρμογή της νομοθεσίας περί κρατικών συμβάσεων και έχουν ως εξής:

«Παρά τις διατάξεις του προηγουμένου άρθρου, ο παρών νόμος δεν έχει εφαρμογή στις ακόλουθες συμβάσεις και νομικές πράξεις της διοικήσεως:

(...)

3) στις συναλλαγές της διοικήσεως με ιδιώτες όσον αφορά αγαθά ή δικαιώματα, η εμπορία των οποίων ρυθμίζεται ("mediatizado") από διατάξεις νόμου, ή ελεγχόμενα προϊόντα ("intervenidos"), υποκείμενα σε μονοπώλιο ("estancados") ή απαγορευμένα ("prohibidos").»

7. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε

— ότι η διάταξη αυτή είναι τόσο γενική και ότι η διατύπωσή της είναι τόσο ασαφής, ώστε δημιουργείται νομική αβεβαιότητα, και ότι το γεγονός αυτό και μόνο συνιστά ατελή μεταφορά της οδηγίας 77/62 στο εθνικό δίκαιο και

— ότι η διάταξη περί εξαιρέσεως αντιβαίνει επίσης προς την οδηγία, επειδή η οδηγία εφαρμόζεται καταρχήν σε όλες τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών, εκτός αν προβλέπεται ρητά η εξαίρεσή τους, και επειδή η ισπανική διάταξη επιτρέπει εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής της ρυθμίσεως οι οποίες δεν περιλαμβάνονται στον πίνακα εξαιρέσεων της οδηγίας.

8. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε

— ότι η επίμαχη διάταξη παραπέμπει σε άλλη διάταξη και δεν παράγει συγκεκριμένα έννομα αποτελέσματα παρά μόνο εφόσον υφίστανται άλλες νομοθετικές διατάξεις που ρυθμίζουν, υπό την έννοια της διατάξεως αυτής, το εμπόριο των προϊόντων ή που ορίζουν ότι τα προϊόντα υπόκεινται σε έλεγχο, σε μονοπώλιο ή απαγορεύονται,

— ότι οι συγκεκριμένες περιπτώσεις εξαιρέσεων, βάσει της διατάξεως αυτής, από το πεδίο εφαρμογής της ρυθμίσεως δικαιολογούνται, σε τελευταία ανάλυση, βάσει άλλων κοινοτικών διατάξεων, και συγκεκριμένα βάσει του άρθρου 36, του άρθρου 90, παράγραφος 2, και του άρθρου 223 της Συνθήκης, και

— ότι το ουσιώδες στοιχείο των νόμων στους οποίους παραπέμπει η εν λόγω διάταξη και οι οποίοι επιβάλλουν ορισμένους περιορισμούς στην εμπορία ορισμένων προϊόντων είναι η απονομή «ιδιαίτερων ή αποκλειστικών δικαιωμάτων δημόσιου χαρακτήρα», οπότε οι δημόσιες αρχές δεν μπορούν να συνάψουν σύμβαση προμηθειών σχετικά με τα εν λόγω προϊόντα παρά μόνο με έναν προμηθευτή. Προς στήριξη της απόψεώς της ότι η εν λόγω διάταξη συμβιβάζεται συνεπώς με την οδηγία 77/62, η Ισπανική Κυβέρνηση επικαλείται το άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας, κατά το οποίο επιτρέπεται η σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση «όταν για τεχνικούς ή καλλιτεχνικούς λόγους ή για λόγους σχετιζομένους με την προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας τα προς προμήθεια είδη δύνανται να κατασκευασθούν ή να παραδοθούν μόνον από ορισμένο προμηθευτή».

9. Ας μου επιτραπεί να αναφέρω ευθύς εξαρχής ότι, κατά την άποψή μου, είναι σαφές ότι το Δικαστήριο πρέπει να αναγνωρίσει ότι η επίμαχη διάταξη αντιβαίνει προς το κοινοτικό δίκαιο.

Δεν έχω καμία αμφιβολία ότι η εν λόγω διάταξη πόρρω απέχει του να πληροί τις προϋποθέσεις σαφήνειας και ακρίβειας στις οποίες πρέπει να ανταποκρίνονται, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, οι εθνικές διατάξεις περί μεταφοράς των κοινοτικών οδηγιών.

Φρονώ καταρχάς ότι η Ισπανική Κυβέρνηση δεν παρέσχε, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, τις αναγκαίες διευκρινίσεις σχετικά με το πεδίο εφαρμογής της επίμαχης διατάξεως και, δεύτερον, ότι δεν απέδειξε ότι η εν λόγω διάταξη — ακόμη και αν ερμηνευθεί στενά — στηρίζεται εν γένει στο κοινοτικό δίκαιο.

10. Τα προβλεπόμενα από το ισπανικό δίκαιο είναι τόσο ασαφή και η επίμαχη διάταξη είναι τόσο δύσκολο να κατανοηθεί, ώστε φρονώ ότι το Δικαστήριο πρέπει να εξετάσει κατά πόσον μπορεί να γίνει δεκτό ότι η επίμαχη διάταξη αφορά συμβάσεις

των οποίων η εξαίρεση από το πεδίο εφαρμογής της ρυθμίσεως επιτρέπεται κατά το κοινοτικό δίκαιο.

Η Ισπανική Κυβέρνηση έχει την υποχρέωση να θεσπίσει νομοθεσία που να χαρακτηρίζεται από επαρκή σαφήνεια. Η διατύπωση της επίμαχης διατάξεως δεν δίνει στο Δικαστήριο τη δυνατότητα να αποφανθεί επί του ζητήματος αν το πεδίο εφαρμογής της είναι σύμφωνο προς το κοινοτικό δίκαιο. Η παρούσα υπόθεση δεν συνιστά συνεπώς το κατάλληλο πλαίσιο για την εξακρίβωση του κατά πόσον η οδηγία 77/62 επιτρέπει παρεκκλίσεις από τους κανόνες της.

11. Κατά την άποψή μου, αρκεί, όσον αφορά τα επιχειρήματα της Ισπανικής Κυβερνήσεως, να αναφερθούν τα εξής:

12. Είναι προφανές ότι ορθώς η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η επίμαχη διάταξη δεν παράγει αποτελέσματα παρά μόνο εφόσον υφίστανται νόμοι που θέτουν, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα από τη διάταξη αυτή, τους κανόνες που διέπουν το εμπόριο των οικείων προϊόντων. Όπως ανέφερε η Επιτροπή, τούτο δεν σημαίνει πάντως ότι η διάταξη αυτή δεν έχει καμία έννομη συνέπεια. Εφόσον δηλαδή υφίστανται νόμοι που ρυθμίζουν σύμφωνα με έναν από τους προαναφερθέντες τρόπους το εμπόριο των προϊόντων, η επίμαχη διάταξη έχει ως άμεση έννομη συνέπεια ότι οι δημόσιες συμβάσεις που αφορούν τα προϊόντα αυτά δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων του LCE και της RGCE. Η διάταξη αυτή δεν είναι συνεπώς μια απλή τυπική διάταξη που παραπέμπει σε άλλες διατάξεις, αφού καθορίζει η ίδια τα κριτήρια των ενδεχομένων εξαιρέσεων από το πεδίο εφαρμογής της ρυθμίσεως.

13. Όπως επισημάνθηκε ανωτέρω, η απόπειρα της Ισπανικής Κυβερνήσεως να προσδιορίσει το πεδίο εφαρμογής της εν λόγω διατάξεως δεν στέφθηκε από επιτυχία. Η Επιτροπή ανέφερε ότι, κατ' εφαρμογή της επίμαχης διατάξεως, δεν εμπίπτουν στη ρύθμιση περί κρατικών συμβάσεων οι συμβάσεις που αφορούν τα φάρμακα, τα γραμματόσημα, τα χαρτόσημα, τον καπνό, την ηλεκτρική ενέργεια και το φωταέριο. Με το υπόμνημα ανταπαντήσεως η Ισπανική Κυβέρνηση αποπειράθηκε εν τινι μέτρω να εξηγήσει σε ποια από τις ρυθμίσεις που προβλέπει η επίμαχη διάταξη εμπίπτουν τα ανωτέρω προϊόντα, αλλά παράλληλα υποστήριξε ειδικότερα ότι η συνέπεια των εν λόγω ρυθμίσεων είναι ουσιαστικά ότι δεν υπάρχει δυνατότητα παρά μόνο για έναν προμηθευτή.

Δεν μπορώ να καταλάβω πώς είναι δυνατόν να ερμηνευθεί η εν λόγω διάταξη υπό την έννοια ότι το πεδίο εφαρμογής της είναι τόσο περιορισμένο, όσο υποστηρίζει η Ισπανική Κυβέρνηση· ούτε είναι προφανές ότι όλα τα παρατιθέμενα συγκεκριμένα παραδείγματα εξαιρουμένων συμβάσεων εμπίπτουν στη διάταξη αυτή, αν της προσδοθεί η ανωτέρω ερμηνεία.

14. Αντίθετα, δεν είναι δύσκολο να διαπιστωθεί ότι η επίμαχη διάταξη, όπως ισχύει σήμερα, δεν μπορεί να είναι εν γένει σύμφωνη προς την οδηγία 77/62.

Το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας ορίζει ότι «κατά τη σύναψη συμβάσεων κρατικών προμηθειών οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν τις εθνικές τους διαδικασίες προσαρμοσμένες στις διατάξεις της παρούσας οδηγίας». Από την ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας προκύπτει ότι

«πρέπει να γίνει πρόβλεψη, ώστε σε εξαιρετικές περιπτώσεις τα μέτρα συντονισμού των διαδικασιών να δύνανται να μην εφαρμόζονται, οι περιπτώσεις αυτές πρέπει όμως να ορίζονται ρητά». Η οδηγία πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι προβλέπει περιοριστικά τις γενικές εξαιρέσεις από την υποχρέωση των κρατών μελών να προκηρύσσουν διαγωνισμό για τη σύναψη των συμβάσεων δημοσίων προμηθειών σύμφωνα με την οδηγία. Οι γενικές αυτές εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας προβλέπονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, και στο άρθρο 3 της οδηγίας [11]. Είναι σαφές ότι η επίμαχη ισπανική διάταξη δεν εμπίπτει εν γένει στις εξαιρέσεις αυτές, πράγμα που άλλωστε δεν υποστηρίζει η Ισπανική Κυβέρνηση.

15. Το επιχείρημα της Ισπανικής Κυβερνήσεως όσον αφορά το άρθρο 36, το άρθρο 90, παράγραφος 2, και το άρθρο 223 της Συνθήκης δεν είναι πειστικό. Είναι προφανές, όπως ισχυρίστηκε η Επιτροπή, ότι κατά τη σύναψη των συμβάσεων δημοσίων προμηθειών πρέπει να τηρούνται οι ειδικές ρυθμίσεις που διέπουν το εμπόριο των προϊόντων και είναι σύμφωνες προς το κοινοτικό δίκαιο κατ' εφαρμογή των προαναφερθεισών διατάξεων της Συνθήκης. Τούτο όμως δεν αρκεί ως αιτιολογία για το γεγονός ότι δεν έχουν εν γένει εφαρμογή οι κανόνες περί συνάψεως των συμβάσεων από τις δημόσιες αρχές. Όσον αφορά ειδικότερα τα προϊόντα των οποίων το εμπόριο απαγορεύεται, θα μπορούσε εκ πρώτης όψεως να θεωρηθεί ότι, όπως υποστηρίζει η Ισπανική Κυβέρνηση, η επίμαχη διάταξη δεν αντιβαίνει προς την οδηγία. Αν απαγορεύεται το εμπόριο ενός προϊόντος, δεν είναι δυνατή η σύναψη συμβάσεων προμηθειών για το προϊόν αυτό και συνεπώς δεν είναι αναγκαία η εφαρμογή των κανόνων της οδηγίας. Ακόμη όμως και αν το ζήτημα αυτό δεν έχει πιθανώς καμία πρακτική σημασία, δεν επιτρέπεται να μη ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι, αν οι αναθέτουσες αρχές αποφάσιζαν, παρά την υφισταμένη απαγόρευση, να συνάψουν συμβάσεις προμηθειών σχετικά με το εν λόγω προϊόν, η σύμβαση αυτή θα έπρεπε καταρχήν να διέπεται από τους κανόνες της οδηγίας. Κατά συνέπεια, δεν συμβιβάζεται με την οδηγία η γενική εξαίρεση που έχει το περιεχόμενο αυτό.

16. Πειστικό δεν είναι ούτε το επιχείρημα της Ισπανικής Κυβερνήσεως σχετικά με το άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας. Καταρχάς, συμφωνώ με την άποψη της Επιτροπής ότι από το άρθρο 4, παράγραφος 3, και το άρθρο 6, παράγραφος 1, της οδηγίας προκύπτει ότι οι συμβάσεις που εμπίπτουν στην προαναφερθείσα διάταξη της οδηγίας δεν εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, αλλά πρέπει να συνάπτονται με απευθείας ανάθεση, πράγμα που σημαίνει ότι εφαρμογή έχουν οι διατάξεις του άρθρου 7 της οδηγίας, οι οποίες αφορούν τους κοινούς κανόνες στον τεχνικό τομέα. Δεύτερον, συμφωνώ με την άποψη της Επιτροπής ότι η επίμαχη διάταξη δεν συμβιβάζεται με το άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας, επειδή δεν προβλέπει ρητά παρόμοιες προϋποθέσεις προς τις προϋποθέσεις των οποίων την τήρηση απαιτεί η διάταξη της οδηγίας.

17. Για τους ανωτέρω λόγους, θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 2, παράγραφος 3, του LCE και το άρθρο 2, παράγραφος 3, της RGCE είναι ασυμβίβαστα με την οδηγία 77/62.

11 — Το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας ορίζει ότι η οδηγία δεν αφορά τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών που συνάπτονται από οργανισμούς διαχειρίσεως υπηρεσιών μεταφορών ή από οργανισμούς που παρέχουν υπηρεσίες σχετικά με το νερό, την ενέργεια και τις τηλεπικοινωνίες. Το άρθρο 3 αφορά τις συμβάσεις που συνάπτονται δυνάμει διεθνών συμφωνιών κ.λπ.

β) *Το άρθρο 2, παράγραφος 8, του LCE και το άρθρο 2, παράγραφος 8, της RGCE*

18. Οι διατάξεις αυτές — η διάταξη της RGCE αποτελεί απλή επανάληψη της διατάξεως του LCE — εξαιρούν από το πεδίο εφαρμογής της νομοθεσίας περί κρατικών συμβάσεων «τις συμβάσεις για τις οποίες ο νόμος προβλέπει ρητή εξαίρεση».

19. Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι πρόκειται για διάταξη που προβλέπει γενική εξαίρεση, η οποία επομένως αντιβαίνει προς τις εφαρμοστέες δύο κοινοτικές οδηγίες. Η Επιτροπή υποστήριξε ότι οι ισπανικές αρχές δεν διευκρίνισαν ποιοι είναι οι νόμοι και ποιες είναι οι κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων που αφορά η εν λόγω διάταξη. Η Επιτροπή τόνισε επίσης ότι όλες οι εξαιρέσεις που προβλέπονται περιοριστικά από την οδηγία προβλέπονται ρητά επίσης από άλλες διατάξεις του LCE και της RGCE, πράγμα που σημαίνει ότι η επίμαχη διάταξη προβλέπει και άλλες εξαιρέσεις, πέραν των επιτρεπομένων από τις οδηγίες. Στο πλαίσιο αυτό η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι η εν λόγω διάταξη δημιουργεί νομική αβεβαιότητα, η οποία είναι ασυμβίβαστη με το κοινοτικό δίκαιο. Η Επιτροπή τόνισε συναφώς ότι, «εφόσον το Δικαστήριο απαιτεί τη σαφή οριοθέτηση των κριτηρίων για τις εξαιρέσεις, τα οποία πρέπει να συμβιβάζονται προς τα προβλεπόμενα από την οδηγία, δεν επιτρέπεται σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί νόμιμος ένας κανόνας περί εξαιρέσεων ο οποίος δεν καθορίζει κανένα κριτήριο».

20. Φρονώ ότι πρέπει να συμφωνήσω με την άποψη της Ισπανικής Κυβερνήσεως ότι μια τέτοια διάταξη που παραπέμπει σε άλλες διατάξεις δεν αντιβαίνει προς το κοινοτικό δίκαιο. Τα κράτη μέλη διαθέτουν ορισμένη διακριτική ευχέρεια, όταν μεταφέρουν τις οδηγίες στο εθνικό δίκαιό τους, και η νομοθετική μέθοδος που χρησιμοποίησαν οι ισπανικές αρχές δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αντιβαίνει προς το κοινοτικό δίκαιο. Σκοπός της εν λόγω διατάξεως είναι να τονισθεί το γεγονός ότι ενδέχεται να υπάρχουν και άλλες εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής του νόμου, πέραν των προβλεπομένων από τον ίδιο τον νόμο, και να επιβληθεί η υποχρέωση να προβλέπονται οι εξαιρέσεις αυτές από νομοθετικό κείμενο. Η εν λόγω διάταξη διαφέρει από τη διάταξη που εξετάσαμε παραπάνω, καθόσον το περιεχόμενό της είναι ουδέτερο και καθαρά τυπικό και καθόσον υφίσταται σαφέστατη σχέση μεταξύ της παραπέμπουσας διατάξεως και των νόμων στους οποίους παραπέμπει και οι οποίοι πρέπει οπωσδήποτε να περιέχουν ρητή διάταξη περί μη εφαρμογής του LCE και της RGCE. Εξάλλου, δεν μπορεί να γίνει δεκτό το επιχείρημα της Επιτροπής ότι όλες οι εξαιρέσεις που στηρίζονται στην οδηγία περιλαμβάνονται σε άλλες διατάξεις του LCE και της RGCE και ότι η δυνατότητα προβλέψεως άλλων εξαιρέσεων, την οποία προβλέπει η εν λόγω διάταξη, δημιουργεί συνακόλουθα νομική αβεβαιότητα. Η παραπέμπουσα διάταξη δεν είναι περιττή. Τούτο οφείλεται στο γεγονός ότι, όπως τόνισε η ίδια η Επιτροπή, ο LCE αφορά επίσης ορισμένες δημόσιες συμβάσεις που δεν εμπίπτουν στις οδηγίες και σχετικά με τις οποίες οι οδηγίες δεν αποκλείουν συνεπώς τη δυνατότητα περαιτέρω εξαιρέσεων.

21. Για τους ανωτέρω λόγους, θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 2, παράγραφος 8, του LCE και το άρθρο 2, παράγραφος 8, της RGCE συμβιβάζονται με τις δύο κοινοτικές οδηγίες.

γ) *Το άρθρο 29 bis, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3, του LCE και το άρθρο 93 ter, σημεία 1 και 3, της RGCE*

22. Οι διατάξεις αυτές — η διάταξη της RGCE αποτελεί απλή επανάληψη της διατάξεως του LCE — απαλλάσουν από την υποχρέωση δημοσιεύσεως στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, την οποία επιβάλλει το άρθρο 12 της οδηγίας 71/305, τις συμβάσεις:

«1) που αφορούν βιομηχανικές εγκαταστάσεις φύσεως μηχανολογικής, ηλεκτρολογικής και παραγωγής ενεργείας, με εξαίρεση του μέρους των εγκαταστάσεων αυτών το οποίο ανάγεται στον τομέα της τεχνικής των δομικών κατασκευών,

(...)

3) που αφορούν έργα εκσκαφών, γεωτρήσεως, εκβαθύνσεως και εκκενώσεως των εκχωματώσεων, τα οποία εκτελούνται με σκοπό την εξόρυξη ορυκτών υλών (εξορυκτικές βιομηχανίες)».

23. Η Επιτροπή ισχυρίζεται *ότι* οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 71/305, *ότι* η οδηγία αναφέρει περιοριστικά τις συμβάσεις που μπορούν να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής της και *ότι* η εξαίρεση των ανωτέρω αναφερομένων συμβάσεων αντιβαίνει προς την οδηγία.

24. Η Ισπανική Κυβέρνηση αρνείται ότι οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Η οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις δημοσίων έργων και η έννοια αυτή ορίζεται στο άρθρο 1, στοιχείο α', της οδηγίας ως εξής: πρόκειται για τις συμβάσεις «οι οποίες έχουν ως αντικείμενο μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο άρθρο 2 της οδηγίας του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί της καταργήσεως των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και των περιορισμών στην ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων» (στο εξής: οδηγία 71/304). Η οδηγία 71/304 εκδόθηκε την ίδια ημέρα με την οδηγία 71/305 και αποτελούσε μία από τις οδηγίες που εκδόθηκαν τότε για την ελευθέρωση της αγοράς, αφού επέβαλε στα κράτη μέλη την υποχρέωση καταργήσεως των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στον προαναφερθέντα τομέα.

Το άρθρο 2 της οδηγίας είχε ως εξής:

«1. Οι διατάξεις της παρούσας οδηγίας εφαρμόζονται στις μη μισθωτές δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα Ι του γενικού προγράμματος για την κατάργηση των περιορισμών στην ελευθερία εγκαταστάσεως (κλάση 40). Οι δραστηριότητες αυτές αντιστοιχούν σε εκείνες που απαριθμούνται στην κλάση 40 της "Ονοματολογίας των Βιομηχανιών που είναι εγκατεστημένες στις Ευρωπαϊκές Κοινότητες" (OBEK) και επαναλαμβάνονται στο παράρτημα της παρούσας οδηγίας.

2. Η οδηγία δεν εφαρμόζεται:

α) στις βιομηχανικές εγκαταστάσεις φύσεως μηχανολογικής, ηλεκτρολογικής και παραγωγής ενεργείας, με εξαίρεση του μέρους των εγκαταστάσεων αυτών το οποίο ανήκει στον τομέα της τεχνικής δομικών κατασκευών,

β) (...)

γ) στα έργα εκσκαφών, γεωτρήσεως, εκβαθύνσεως και εκκενώσεως των εκχωματώσεων τα οποία εκτελούνται με σκοπό την εξαγωγή ορυκτών (εξορυκτικές βιομηχανίες)».

25. Διαπιστώνεται ότι οι επίδικες ισπανικές διατάξεις αποτελούν πειστή επανάληψη των διατάξεων του άρθρου 2, παράγραφος 2, στοιχεία α' και γ', της οδηγίας.

Δεδομένου ότι η οδηγία 71/305 ορίζει τις συμβάσεις στις οποίες εφαρμόζεται ως τις συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο άρθρο 2 της οδηγίας 71/304 και δεδομένου ότι το άρθρο 2 εξαιρεί ρητά τις δύο κατηγορίες δραστηριοτήτων τις οποίες εξαιρούν οι επίμαχες ισπανικές διατάξεις, η άποψη της Ισπανικής Κυβερνήσεως φαίνεται εκ πρώτης όψεως βάσιμη.

26. Η Επιτροπή όμως ισχυρίστηκε συναφώς ότι η παραπομπή που περιέχεται στο άρθρο 1, στοιχείο α', της οδηγίας 71/305 πρέπει να θεωρηθεί ότι αφορά μόνο το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 71/304, το οποίο ορίζει, κατά την Επιτροπή, το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, και όχι την παράγραφο 2 του άρθρου αυτού, όπου απαριθμούνται οι εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής αυτό. Υπέρ της απόψεώς της η Επιτροπή προέβαλε διάφορα επιχειρήματα, μεταξύ άλλων δε *ότι* η οδηγία 71/304 παραπέμπει στη θεμελιώδη αρχή της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, η οποία διακηρύσσεται στο άρθρο 59 της Συνθήκης, *ότι,* αφού μετά τη λήξη της μεταβατικής περιόδου το άρθρο 59 της Συνθήκης έχει απευθείας εφαρμογή, το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 71/304 δεν έχει πλέον κανένα πρακτικό αποτέλεσμα, *ότι* είναι αδιανόητο να περιορίζεται το πεδίο εφαρμογής μιας οδηγίας εναρμονίσεως των νομοθεσιών, η οποία απαριθμεί περιοριστικά τις δημόσιες συμβάσεις που διέπει, από μια οδηγία που επαναλαμβάνει την αρχή της καταργήσεως των περιορισμών της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και *ότι,* εν πάση περιπτώσει, οι ενδεχομένως απορρέοντες από τη διάταξη αυτοί περιορισμοί της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών πρέπει να συμβιβάζονται με τα άρθρα 59 επ. της Συνθήκης.

27. Δεν μου είναι εύκολο να παρακολουθήσω την επιχειρηματολογία της Επιτροπής. Το άρθρο 1, στοιχείο α', της οδηγίας 71/305 κάνει ρητά λόγο για «μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο άρθρο 2» της οδηγίας 71/304 και νομίζω ότι δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι σκοπός της διατάξεως αυτής ήταν, αρχικά τουλάχιστον, να εξαιρεθούν οι δραστηριότητες που μνημονεύονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, και από το πεδίο εφαρμογής των υποχρεώσεων συντονισμού των εθνικών διαδικασιών για τη σύναψη των συμβάσεων δημοσίων έργων, τις οποίες επέβαλε στα κράτη μέλη η οδηγία 71/305.

Εξάλλου, το βασικό επιχείρημα της Επιτροπής φαίνεται να είναι ότι το γεγονός ότι το Δικαστήριο αποφάνθηκε, μετά την έκδοση των δύο οδηγιών, ότι η *υποχρέωση ελευθερώσεως* αποτελούσε, μετά τη λήξη της μεταβατικής περιόδου, άμεση συνέπεια του άρθρου 59 της Συνθήκης και ότι συνεπώς η οδηγία 71/304 δεν είχε πλέον κανένα αυτοτελές περιεχόμενο σημαίνει ότι οι *υποχρεώσεις συντονισμού* που επέβαλε η οδηγία 71/305 ίσχυαν πλέον και για τις συμβάσεις που απαριθμούνται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχεία α' και γ', της οδηγίας 71/304.

Η Επιτροπή δεν προέβαλε κανένα επιχείρημα που θα μπορούσε να μας πείσει ότι η συναγωγή του συμπεράσματος αυτού είναι

επιβεβλημένη. Αρχικά, υπήρχαν ορισμένοι λόγοι εξαιρέσεως των εν λόγω συμβάσεων τόσο από την υποχρέωση ελευθερώσεως όσο και από τις υποχρεώσεις συντονισμού. Οι λόγοι αυτοί δεν αναγράφονται ρητά και συνεπώς δεν είναι δυνατό να ειπωθεί με βεβαιότητα κατά πόσον η εκπλήρωση της υποχρεώσεως ελευθερώσεως σημαίνει ότι έχουν εκλείψει επίσης οι λόγοι που οδήγησαν το Συμβούλιο να αποφασίσει ότι οι υποχρεώσεις συντονισμού δεν ίσχυαν για τις εν λόγω συμβάσεις. Κατά την άποψή μου, είναι βέβαιο ότι το συμπέρασμα του οποίου υπεραμύνεται η Επιτροπή ούτε είναι επιβεβλημένο ούτε συνάγεται αβίαστα. Η προβλεπόμενη από τη Συνθήκη απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας και όλων των άλλων περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών οι οποίοι δεν είναι δικαιολογημένοι και είναι δυσανάλογοι ισχύει καταρχήν σε όλους τους τομείς. Αντίθετα, εναπόκειται στο Συμβούλιο να αποφασίζει κατά πόσον είναι αναγκαίο να συμπληρώνει την υποχρέωση ελευθερώσεως, η οποία απορρέει άμεσα από τη Συνθήκη, με τη θέσπιση κανόνων που υποχρεώνουν τα κράτη μέλη να συντονίσουν τις εθνικές διατάξεις τους που δεν αντιβαίνουν προς την απαγόρευση της Συνθήκης. Κατά συνέπεια, στο Συμβούλιο επίσης εναπόκειται να καθορίζει το πεδίο εφαρμογής αυτών των διατάξεων περί εναρμονίσεως.

Το 1971 το Συμβούλιο καθόρισε το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 71/305 παραπέμποντας στο άρθρο 2 της οδηγίας 71/304. Η οριοθέτηση αυτή δεν μεταβλήθηκε από το γεγονός ότι αναγνωρίστηκε μετέπειτα ότι η απαγόρευση του άρθρου 59 της Συνθήκης έχει απευθείας εφαρμογή.

28. Αντίθετα, το 1989, όταν προέβη στις προαναφερθείσες τροποποιήσεις της οδηγίας 71/305, το Συμβούλιο τροποποίησε το άρθρο 1, στοιχείο α', και έκτοτε οι συμβάσεις δημοσίων έργων ορίζονται, στην ίδια αυτή διάταξη, ως οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο έργα που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα ΙΙ της οδηγίας. Το παράρτημα ΙΙ της οδηγίας αντιστοιχεί στην κλάση 50 της "Γενικής Ονοματολογίας των Οικονομικών Δραστηριοτήτων στις Ευρωπαϊκές Κοινότητες" (ΟΔΕΚ), η οποία αντιστοιχεία κατά βάση προς την κλάση 40 της ΟΒΕΚ, η οποία μνημονεύεται στο άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 71/304.

29. Κατά τη γνώμη μου, θα αποτελούσε σφάλμα να δεχθεί το Δικαστήριο την άποψη της Επιτροπής ότι η ισπανική ρύθμιση, σκοπός της οποίας είναι η μεταφορά της οδηγίας όπως ίσχυε αρχικά, δεν επιτρέπεται να εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής της τις συμβάσεις που απαριθμούνται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχεία α' και γ', της οδηγίας 71/304.

30. Η Επιτροπή ανέφερε επιπλέον ότι η επίμαχη ισπανική ρύθμιση προβλέπει απλώς την απαλλαγή από την υποχρέωση δημοσιεύσεως προκηρύξεως στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και ότι η δυνατότητα αυτή δεν προβλέπεται από την οδηγία. Δεν μου είναι εύκολο να αντιληφθώ γιατί θα αντέβαινε προς την οδηγία η εφαρμογή ορισμένων διατάξεών της σε συμβάσεις που δεν μνημονεύονται στην οδηγία αυτή. Αν οι εν λόγω συμβάσεις δεν μνημονεύονται στην οδηγία, τα κράτη μέλη μπορούν καταρχήν να ρυθμίζουν τα ίδια τις διαδικασίες υποβολής προσφορών και δύσκολα θα μπορούσαν να κατηγορηθούν για το ότι επιλέγουν να εφαρμόσουν ορισμένες από τις διατάξεις της οδηγίας, μολονότι το κοινοτικό δίκαιο δεν τα υποχρεώνει προς τούτο.

31. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 29 bis, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3,

του LCE και το άρθρο 93 ter, σημεία 1 και 3, της RGCE συμβιβάζονται με την οδηγία 71/305.

Διατάξεις που επιτρέπουν τη σύναψη συμβάσεων με απευθείας ανάθεση

32. Η Επιτροπή υποστήριξε ότι ορισμένες από τις ισπανικές διατάξεις που επιτρέπουν τη σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση αντιβαίνουν προς τις δύο οδηγίες. Η Επιτροπή εκθέτει ότι οι οδηγίες περιλαμβάνουν πίνακα στον οποίο απαριθμούνται περιοριστικά οι περιπτώσεις στις οποίες επιτρέπεται η απευθείας ανάθεση και ότι από την απόφαση που εξέδωσε το Δικαστήριο στις 10 Μαρτίου 1987 στην υπόθεση 199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας [12], προκύπτει ότι οι εν λόγω διατάξεις πρέπει να ερμηνεύονται στενά.

Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι ορισμένες από τις επίμαχες διατάξεις σχετικά με τη σύναψη συμβάσεων με απευθείας ανάθεση επρόκειτο να τροποποιηθούν στο πλαίσιο τροποποιήσεως προβλεπομένης από τον LCE. Η Επιτροπή δέχθηκε ότι οι νέες διατάξεις θα αποτελούν ορθή μεταφορά των δύο οδηγιών, αλλά ενέμεινε επί των αιτημάτων της, για τον λόγο ότι οι νέες ισπανικές διατάξεις δεν είχαν ακόμη θεσπιστεί και δεν είχαν ακόμη αρχίσει να ισχύουν.

33. Η Ισπανική Κυβέρνηση, η οποία δεν αμφισβήτησε ότι οι επίμαχες ισπανικές διατάξεις αποκλίνουν, τουλάχιστον σε ορισμένα σημεία, από τους κανόνες της οδηγίας, ισχυρίστηκε γενικά ότι, όταν εξετάζεται μια νομοθετική διάταξη, πρέπει καταρχάς να εξαντλούνται όλες οι εύλογες δυνατότητες ερμηνείας της σύμφωνα με τον κανόνα του κοινοτικού δικαίου με τον οποίο παραβάλλεται η διάταξη αυτή και το ασύμβατο της διατάξεως αυτής με διάταξη του κοινοτικού δικαίου δεν επιτρέπεται να διαπιστώνεται παρά μόνο όταν η σύμφωνη αυτή ερμηνεία είναι αδύνατη ή δυσανάλογα πολύπλοκη.

34. Η άποψη αυτή δεν ευσταθεί. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι οι εθνικές αρχές και τα εθνικά δικαστήρια υπέχουν από το κοινοτικό δίκαιο την υποχρέωση να ερμηνεύουν τις εθνικές διατάξεις κατά τρόπο ώστε να τηρείται, κατά το μέτρο του δυνατού, το κοινοτικό δίκαιο [13].

Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι το Δικαστήριο, όταν έχει ασκηθεί προσφυγή λόγω παραβάσεως, δεν μπορεί να αναγνωρίσει το ασύμβατο των εθνικών διατάξεων με το κοινοτικό δίκαιο παρά μόνο εφόσον είναι αδύνατη η ερμηνεία των διατάξεων αυτών κατά τρόπο που να καθίστανται συμβατές προς τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου. Όπως προκύπτει από την ανωτέρω εξέταση της νομολογίας του Δικαστηρίου [14], η αρχή της ασφάλειας δικαίου επιβάλλει τη σαφή διατύπωση των κανόνων δικαίου των κρατών μελών, η οποία να δίνει τη δυνατότητα στους μεν ενδιαφερομένους να γνωρίζουν σαφώς και επακριβώς τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις τους, στα δε εθνικά δικαιοδοτικά όργανα να διασφαλίζουν την τήρησή τους. Κατά συνέπεια, το Δικαστήριο πρέπει, ενόψει της αρχής της ασφάλειας δικαίου, να κρίνει ασυμβίβαστες με το κοινοτικό δίκαιο τις εθνικές διατάξεις που δεν εξασφαλίζουν την πλήρη εφαρμογή των κανόνων της οδηγίας με επαρκή σαφήνεια και ακρίβεια. Το

12 — Συλλογή 1987, σ. 1039.

13 — Βλ. την απόφαση του Δικαστηρίου της 10ης Απριλίου 1984, 14/83, Von Colson και Kamann (Συλλογή 1984, σ. 1891, σκέψη 26), και την απόφαση του Δικαστηρίου της 13ης Νοεμβρίου 1990, C-106/89, Marleasing (Συλλογή 1990, σ. I-4135, σκέψη 8).

14 — Βλ. σημείο 5 των προτάσεων.

γεγονός και μόνο ότι είναι δυνατή η εφαρμογή των εν λόγω εθνικών διατάξεων κατά τρόπο που να μην αντιβαίνουν προς το κοινοτικό δίκαιο δεν σημαίνει ότι πληρούνται αυτά τα κριτήρια, βάσει των οποίων κρίνεται η ορθή μεταφορά των οδηγιών στα εθνικά δίκαια.

35. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε επίσης ότι από την απόφαση που εκδόθηκε στην υπόθεση 199/85, την οποία επικαλέστηκε η Επιτροπή και η οποία αφορούσε συγκεκριμένη εφαρμογή των κανόνων σχετικά με την απευθείας ανάθεση, δεν είναι δυνατό να συναχθούν χρήσιμες ερμηνευτικές αρχές για την προκειμένη υπόθεση, η οποία αφορά τη νομιμότητα ορισμένων αφηρημένων κανόνων.

36. Ούτε η άποψη αυτή ευσταθεί. Με την προαναφερθείσα απόφαση το Δικαστήριο δέχθηκε, όσον αφορά το άρθρο 9, στοιχεία β' και δ', της οδηγίας 71/305, ότι «οι διατάξεις αυτές, οι οποίες επιτρέπουν αποκλίσεις από τους κανόνες που σκοπό έχουν να εξασφαλίσουν τη δυνατότητα ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων, πρέπει να ερμηνεύονται στενά, το δε βάρος αποδείξεως του ότι συντρέχουν πράγματι οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση φέρει όποιος τις επικαλείται» [15]. Κατά συνέπεια, φρονώ, πρώτον, ότι οι περιπτώσεις στις οποίες επιτρέπεται η σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση απαριθμούνται στις οδηγίες περιοριστικά και, δεύτερον, ότι, όσον αφορά τη μεταφορά στα εθνικά δίκαια των διατάξεων αυτών περί εξαιρέσεων, πρέπει να απαιτείται η αυστηρότατη τήρηση των ορίων και των προϋποθέσεων που προβλέπουν οι εν λόγω διατάξεις των οδηγιών.

α) *Το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 1, και το άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 1, του LCE· το άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 1, και το άρθρο 247, παράγραφος 4, σημείο 1, της RGCE*

37. Το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 1, του LCE, επανάληψη του οποίου αποτελεί το άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 1, της RGCE, ορίζει ότι, όσον αφορά τις συμβάσεις δημοσίων έργων, επιτρέπεται η σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση «για τα έργα για τα οποία δεν είναι δυνατόν να υπάρξει ανταγωνισμός ως προς τις προσφορές ή δεν ενδείκνυται, για τεχνικούς ή εξαιρετικούς λόγους, να υπάρξει τέτοιος ανταγωνισμός». Όσον αφορά τις συμβάσεις προμηθειών, ανάλογη διάταξη απαντά στο άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 1, του LCE, όπου όμως έχει προστεθεί το εξής: «(...) όπως όταν η σύμβαση αφορά προϊόντα καλυπτόμενα από διπλώματα ευρεσιτεχνίας ή από δικαιώματα δημιουργού ή προϊόντα αποτελούντα πρότυπα ή καλλιτεχνήματα ή αφορά πράγματα των οποίων παραγωγός ή κάτοχος είναι μόνο ένας.» Η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται στο άρθρο 247, παράγραφος 4, σημείο 1, της RGCE.

38. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι η οδηγία 71/305 και η οδηγία 77/62 δεν επιτρέπουν τη σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση στις περιπτώσεις οι οποίες απαριθμούνται στις επίμαχες διατάξεις. Συναφώς η Επιτροπή τόνισε, μεταξύ άλλων, ότι οι διατάξεις αυτές παρέχουν στις αναθέτουσες αρχές την ευχέρεια να αποφασίζουν κατ' απόλυτη κρίση αν συντρέχουν περιστάσεις υπό τις οποίες δεν είναι δυνατόν ή δεν ενδείκνυται, κατ' εξαίρεση, να υπάρξει ανταγωνισμός.

15 — Βλ. σκέψη 14.

39. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι οι επίμαχες διατάξεις δεν παρέχουν στις αρχές διακριτική εξουσία εκτιμήσεως και ότι αποτυπώνουν το άρθρο 9, στοιχείο β', της οδηγίας 71/305 και το άρθρο 6, στοιχείο β', της οδηγίας 77/62.

40. Το άρθρο 9, στοιχείο β', της οδηγίας 71/305 ορίζει ότι επιτρέπεται η εκ μέρους των αναθετουσών αρχών σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση, «όταν για τεχνικούς ή καλλιτεχνικούς λόγους ή για λόγους σχετιζόμενους με την προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας τα έργα δύνανται να εκτελεσθούν μόνο από ορισμένο ανάδοχο». Νομίζω ότι είναι πρόδηλο ότι το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 1, του LCE δεν είναι σύμφωνο προς τη διάταξη αυτή. Ενδέχεται, όπως υποστηρίζει η Ισπανική Κυβέρνηση, η φράση «δεν είναι δυνατόν [ή δεν ενδείκνυται] να υπάρξει ανταγωνισμός» να πρέπει να θεωρηθεί ότι αντιστοιχεί κατ' ουσία προς την προϋπόθεση που θέτει η οδηγία, δηλαδή προς την προϋπόθεση να μην μπορεί να εκτελεσθεί το έργο παρά «μόνο από ορισμένο ανάδοχο». Εντούτοις, πρώτον, η αναφορά στην επίμαχη διάταξη στους «τεχνικούς ή εξαιρετικούς λόγους» αφορά μόνο το δεύτερο σκέλος της διατάξεως, το οποίο καλύπτει τις περιπτώσεις στις οποίες δεν ενδείκνυται να υπάρξει ανταγωνισμός, πράγμα που σημαίνει ότι το πρώτο σκέλος της διατάξεως αυτής φαίνεται να επιτρέπει γενικά στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν τις συμβάσεις με απευθείας ανάθεση, επικαλούμενες το γεγονός ότι «δεν είναι δυνατόν να υπάρξει ανταγωνισμός». Δεύτερον, η αναφορά στους «εξαιρετικούς» λόγους, η οποία περιέχεται στην εν λόγω διάταξη, πρέπει να θεωρηθεί ως υπερβολικά ευρεία και αόριστη σε σχέση με τους «τεχνικούς ή καλλιτεχνικούς λόγους ή (...) λόγους σχετιζόμενους με την προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας», οι οποίοι προβλέπονται από την οδηγία.

41. Η διατύπωση του άρθρου 6, στοιχείο β', της οδηγίας 77/62 είναι ουσιαστικά πανομοιότυπη προς τη διατύπωση του άρθρου 9, στοιχείο β', της οδηγίας 71/305. Είναι αλήθεια ότι, όπως ισχυρίζεται η Ισπανική Κυβέρνηση, στο δεύτερο σκέλος του άρθρου 87, παράγραφος 4, σημείο 1, του LCE γίνεται αναφορά σε ορισμένα κριτήρια, τα οποία φαίνεται να συμπίπτουν σε μεγάλο βαθμό με τα κριτήρια που προβλέπει το άρθρο 6, στοιχείο β', της οδηγίας 77/62. Εντούτοις, το πρώτο σκέλος της εν λόγω διατάξεως, το οποίο αφορά τις περιπτώσεις στις οποίες «δεν είναι δυνατόν ή σκόπιμο να υπάρξει ανταγωνισμός ως προς την προσφορά», συνδέεται με το δεύτερο σκέλος απλώς και μόνο με τη λέξη «όπως», πράγμα που αποδεικνύει, κατά τη γνώμη μου, ότι το δεύτερο σκέλος αποτελεί απλώς παράδειγμα και ότι η εν λόγω διάταξη επιτρέπει συνεπώς τη σύναψη συμβάσεων με απευθείας ανάθεση για άλλους λόγους, πέραν όσων μνημονεύει. Τούτο δεν συμβιβάζεται με την οδηγία, η οποία ρυθμίζει πλήρως το ζήτημα αυτό.

42. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 1, του LCE και το άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 1, της RGCE είναι ασυμβίβαστα με την οδηγία 71/305 και ότι το άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 1, του LCE και το άρθρο 247, παράγραφος 4, σημείο 1, της RGCE είναι ασυμβίβαστα με την οδηγία 77/62.

β) *Το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 2, και το άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 2, του LCE· το άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 2, και το άρθρο 247, παράγραφος 4, σημείο 2, της RGCE*

43. Το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 2, του LCE, του οποίου η διατύπωση επαναλαμβάνεται στο άρθρο 117, παράγραφος 1,

σημείο 2, της RGCE, ορίζει ότι, όσον αφορά τις συμβάσεις έργων, επιτρέπεται η σύναψή τους με απευθείας ανάθεση «στις περιπτώσεις διαπιστωμένου κατεπείγοντος, οφειλόμενου σε πιεστικές ανάγκες, λόγω των οποίων η άμεση εκτέλεση είναι αδύνατη στο πλαίσιο της επείγουσας διαδικασίας που ρυθμίζεται από το άρθρο 26 του παρόντος νόμου και εφόσον συμφωνεί η αναθέτουσα αρχή» [16]. Όσον αφορά τις συμβάσεις προμηθειών, ανάλογη διάταξη απαντά στο άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 2, του LCE, η διατύπωση του οποίου επαναλαμβάνεται στο άρθρο 247, παράγραφος 4, σημείο 2, της RGCE.

44. Το πρόβλημα που ανακύπτει εν προκειμένω είναι αν οι διατάξεις αυτές είναι σύμφωνες προς το άρθρο 9, στοιχείο δ', της οδηγίας 71/305 και προς το άρθρο 6, στοιχείο δ', της οδηγίας 77/62. Οι δύο αυτές διατάξεις, οι οποίες έχουν το ίδιο περιεχόμενο, ορίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις εν λόγω συμβάσεις χωρίς να εφαρμόζουν τις διατάξεις των οδηγιών — πλην των διατάξεων στον τεχνικό τομέα — «κατά το απολύτως αναγκαίο μέτρο, όταν για λόγους κατεπείγοντος, που προκύπτουν από γεγονότα μη δυνάμενα να προβλεφθούν από τις αναθέτουσες αρχές», δεν είναι δυνατό να τηρηθούν οι προθεσμίες που τάσσονται από άλλες διαδικασίες [17].

45. Η Ισπανική Κυβέρνηση αντέκρουσε τον ισχυρισμό της Επιτροπής ότι η διατύπωση των επίμαχων ισπανικών διατάξεων είναι ευρύτερη απ' ό,τι των διατάξεων των οδηγιών. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι οι ισπανικοί κανόνες προβλέπουν τις τρεις προϋποθέσεις που καθορίζουν οι οδηγίες. Όσον αφορά την προϋπόθεση να συντρέχουν *λόγοι κατεπείγοντος*, την οποία προβλέπουν οι οδηγίες, η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι η έννοια «necesidades apremiantes» και η έννοια «urgencia imperiosa» έχουν καταρχήν το ίδιο περιεχόμενο, αφού αμφότερες αναφέρονται σε ανάγκες που πρέπει να αντιμετωπισθούν χωρίς την παραμικρή καθυστέρηση. Όσον αφορά την προβλεπόμενη από τις οδηγίες προϋπόθεση περί *γεγονότων μη δυναμένων να προβλεφθούν από τις αναθέτουσες αρχές*, η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι από τη νομολογία του ισπανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου προκύπτει ότι το απρόβλεπτο των γεγονότων συνιστά εγγενές στοιχείο της έννοιας του κατεπείγοντος, πράγμα που σημαίνει ότι δεν είναι αναγκαίο να διασαφηνιστεί πλήρως η προϋπόθεση αυτή. Τέλος, η ισπανική ρύθμιση προβλέπει ρητά την τιθέμενη από τις οδηγίες προϋπόθεση σχετικά με τη *μη δυνατότητα τηρήσεως των προθεσμιών που τάσσονται από άλλες διαδικασίες*.

46. Εκ πρώτης όψεως θεωρώ ότι η ισπανική ρύθμιση θέτει προϋποθέσεις που αντιστοιχούν κατά το μάλλον ή ήττον στους *λόγους κατεπείγοντος* που προβλέπονται από τις οδηγίες. Όπως βέβαια τονίζει η Επιτροπή, οι ισπανικές διατάξεις αναφέρονται σε επείγουσες καταστάσεις που οφείλονται σε «πιεστικές ανάγκες», που δεν ισοδυναμούν πλήρως προς τους λόγους κατεπείγοντος, αλλά δεν πρέπει να λησμονείται ότι «οι πιεστικές ανάγκες» αυτές χαρακτηρίζονται από τις ισπανικές διατάξεις ως ανάγκες που καθιστούν αναγκαία την «άμεση εκτέλεση». Νομίζω ότι η προϋπόθεση ότι το κατεπείγον πρέπει να οφείλεται σε πιεστικές ανάγκες που πρέπει να αντιμετωπιστούν αμέσως έχει

16 — Η διάταξη αυτή είναι διατυπωμένη στα ισπανικά ως εξής: «Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de *necesidades apremiantes* que demandaran una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 26 de esta Ley, y previo acuerdo del órgano de contratación» (η υπογράμμιση δική μου).

17 — Το άρθρο 9, στοιχείο δ', της οδηγίας 71/305 είναι διατυπωμένο στα ισπανικά ως εξής: «En la medida estrictamente necesaria, cuando una *imperiosa urgencia* resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores no sea compatible con los plazos requeridos pro otros procedinmientos» (η υπογράμμιση δική μου). Το άρθρο 6, στοιχείο δ', της οδηγίας 77/62 έχει το ίδιο περιεχόμενο.

την ίδια στενή σημασία όπως και η προβλεπόμενη από τις οδηγίες προϋπόθεση περί κατεπειγόντων λόγων.

Φρονώ επίσης ότι δεν είναι αναγκαία η ενδελεχέστερη εξέταση του ζητήματος αυτού. Θεωρώ προφανές ότι οι ισπανικές διατάξεις δεν ανταποκρίνονται προς τις εφαρμοστέες διατάξεις των οδηγιών, καθόσον οι τελευταίες αυτές απαιτούν τη συνδρομή *γεγονότων μη δυναμένων να προβλεφθούν από τις αναθέτουσες αρχές*. Δεν αμφισβητείται ότι οι ισπανικοί κανόνες δεν προβλέπουν ρητά καμία ανάλογη προϋπόθεση και είναι αναμφισβήτητο ότι πρόκειται για αυτοτελή και σημαντική προϋπόθεση εφαρμογής της διατάξεως [18]. Κατά τη γνώμη μου, το γεγονός ότι το ισπανικό Συνταγματικό Δικαστήριο αποφάνθηκε με δύο αποφάσεις του, όπως ισχυρίστηκε η Ισπανική Κυβέρνηση, ότι «η έννοια του κατεπείγοντος είναι συμφυής προς την ανάγκη αντιμετωπίσεως μιας καταστάσεως που πρέπει, *για λόγους που είναι δύσκολο να προβλεφθούν*, να αντιμετωπισθεί αμέσως» δεν εγγυάται ότι θα τηρηθεί οπωσδήποτε η προβλεπόμενη από την οδηγία προϋπόθεση ότι τα γεγονότα ήσαν *απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές*.

47. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 2, του LCE και το άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 2, της RGCE είναι ασυμβίβαστα με την οδηγία 71/305 και ότι το άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 2, του LCE και το άρθρο 247, παράγραφος 4, σημείο 2, της RGCE είναι ασυμβίβαστα με την οδηγία 77/62.

18 — Βλ. συναφώς την απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Μαρτίου 1992, C-24/91, Επιτροπή κατά Ισπανίας (Συλλογή 1992, σ. I-1989), με την οποία το Δικαστήριο αποφάνθηκε (σκέψη 13) ότι οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 9, στοιχείο δ', της οδηγίας 71/305 προβλέπονται σωρευτικά.

γ) *Το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 7, και το άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 5, του LCE· το άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 7, και το άρθρο 247, παράγραφος 4, σημείο 5, της RGCE*

48. Το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 7, του LCE, του οποίου η διατύπωση επαναλαμβάνεται στο άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 7, της RGCE, ορίζει ότι, όσον αφορά τις συμβάσεις έργων, επιτρέπεται η σύναψή τους με απευθείας ανάθεση «όταν ο εργολήπτης δεν πληροί τις αναγκαίες προϋποθέσεις για τη νόμιμη τυπική σύναψη της συμβάσεως ("formalización"), εφόσον η διαδικασία της απευθείας αναθέσεως ανταποκρίνεται προς τους βασικούς όρους και η τιμή δεν υπερβαίνει τις τιμές που προέβλεπαν οι υποβληθείσες προσφορές». Όσον αφορά τις συμβάσεις προμηθειών, ανάλογη διάταξη απαντά στο άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 5, του LCE, όπου όμως έχει προστεθεί το εξής: «(...) εκτός αν η διοίκηση αποφασίσει να προκηρύξει νέο διαγωνισμό, υπό προϋποθέσεις που καθορίζονται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση». Η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται στο άρθρο 247, παράγραφος 4, σημείο 5, της RGCE.

49. Η Ισπανική Κυβέρνηση εξήγησε ότι η ισπανική νομοθεσία κάνει διάκριση μεταξύ της «adjudicación» ή κατακυρώσεως της συμβάσεως και της «formalización», η οποία καθιστά δυνατή την εκτέλεση της συμβάσεως, και ότι οι επίδικες διατάξεις θεσπίστηκαν με σκοπό να αντιμετωπίζεται «η ιδιαίτερη κατάσταση στην οποία ενδέχεται να βρεθεί η διοικητική αρχή, όταν, μετά την κατακύρωση του έργου ή της προμήθειας, δεσμεύεται από νομοτύπως συναφθείσα σύμβαση, η οποία παράγει πλήρως τα αποτελέσματά της, αλλά δεν μπορεί να εκτελεστεί, επειδή ο ανάδοχος εμποδίζει την εκτέλεση της συμβάσεως για λόγους για τους οποίους ευθύνεται ο ίδιος».

50. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι η οδηγία 71/305 και η οδηγία 77/62 δεν περιλαμβάνουν διατάξεις με το περιεχόμενο αυτό και ότι συνεπώς οι ισπανικές διατάξεις αντιβαίνουν προς τις οδηγίες αυτές. Η Επιτροπή υποστήριξε ότι το πρόβλημα που δημιουργεί η περίπτωση την οποία καλύπτουν οι διατάξεις αυτές, δηλαδή η περίπτωση στην οποία δεν είναι δυνατή η εκτέλεση της συμβάσεως για λόγους για τους οποίους ευθύνεται ο ανάδοχος, πρέπει καταρχήν να επιλύεται με την προκήρυξη νέας διαδικασίας εκ μέρους των αναθετουσών αρχών. Στην περίπτωση αυτή οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα να συνάπτουν τις συμβάσεις με απευθείας ανάθεση, εφόσον συντρέχει επείγουσα ανάγκη, αλλά πρέπει να εξακριβώνουν σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση αν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρεκκλίσεως αυτής.

51. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι η περίπτωση την οποία αφορούν οι ισπανικές διατάξεις χαρακτηρίζεται από λόγους κατεπείγοντος που οφείλονται σε απρόβλεπτα γεγονότα, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα από το άρθρο 9, στοιχείο δ', της οδηγίας 71/305 και το άρθρο 6, στοιχείο δ', της οδηγίας 77/62, οπότε δικαιολογείται η σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση [19].

Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε επίσης ότι οι ισπανικές διατάξεις θέτουν στενότατα όρια, τα οποία δεν προβλέπονται από τις διατάξεις των οδηγιών, και συγκεκριμένα ότι πρέπει να τηρούνται οι βασικοί όροι της αρχικής προσκλήσεως προς υποβολή προσφορών και ότι η τελική κατακύρωση δεν πρέπει να πραγματοποιείται σε τιμές που να υπερβαίνουν τις τιμές της προσφοράς που είχε γίνει αρχικώς δεκτή. Επιπλέον, η διαδικασία συνάψεως των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση, η οποία προβλέπεται στο άρθρο 37, παράγραφος 2, του LCE, προϋποθέτει τη διεξαγωγή διαπραγματεύσεων με τρεις τουλάχιστον επιχειρήσεις. Για τους λόγους αυτούς η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι η λύση που προσφέρουν οι επίμαχες διατάξεις είναι «καλύτερη» από τις λύσεις που προτείνει η Επιτροπή.

Τέλος, η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι οι επίμαχες διατάξεις καλύπτουν μια περίπτωση παρόμοια προς την περίπτωση που καλύπτει το άρθρο 9, στοιχείο α', της οδηγίας 71/305, την οποία η Ισπανική Κυβέρνηση περιγράφει ως «την περίπτωση στην οποία η διαδικασία αποβαίνει άκαρπη και δεν καταλήγει σε κατακύρωση», και ότι επομένως υπάρχουν ακόμη περισσότεροι λόγοι για να επιτρέπεται η σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση στην προκειμένη περίπτωση, η οποία είναι ακόμη σοβαρότερη, αφού «το σημείο εκκινήσεως τοποθετείται σε μεταγενέστερο στάδιο της διαδικασίας».

52. Συμφωνώ πλήρως με την άποψη που εκφράζει η Επιτροπή επί του σημείου αυτού. Δεν είναι δυνατόν να γίνει γενικά δεκτό ότι πρόκειται εδώ για τις περιπτώσεις που καλύπτουν οι διατάξεις των οδηγιών περί κατεπειγόντων λόγων. Το ζήτημα αν συντρέχουν κατεπείγοντες λόγοι σ' αυτή την κατηγορία περιπτώσεων πρέπει, όπως υποστήριξε η Επιτροπή, να εκτιμάται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση χωριστά.

Από την άποψη αυτή δεν μπορεί να έχει καμία σημασία το γεγονός ότι το ισπανικό δίκαιο προβλέπει αυστηρότερες προϋποθέσεις σε σχέση με την ίδια τη διαδικασία συνάψεως των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση. Ούτε μπορεί να έχει σημασία το γεγονός ότι το άρθρο 9, στοιχείο α', της οδηγίας 71/305 επιτρέπει τη σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση, όταν δεν κατέστη δυνατό, στο πλαίσιο της διαδικασίας υποβολής προσφορών, να υποβληθούν αποδεκτές προσφορές. Η περίπτωση αυτή διαφέρει από την προκειμένη περίπτωση,

19 — Η Ισπανική Κυβέρνηση πρόσθεσε ότι, αν και η εφαρμογή των συνήθων διαδικασιών δεν καθιστά κατά κανόνα δυνατή την τήρηση των προθεσμιών εκτελέσεως που έχουν ήδη εκπνεύσει, η δυνατότητα απευθείας αναθέσεως προβλέπεται ρητά από το άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 5, του LCE.

στην οποία, όπως υποστήριξε η Επιτροπή, παρέχεται ακριβώς η ευχέρεια συνάψεως της συμβάσεως π.χ. με τον επιχειρηματία του οποίου η προσφορά κατετάγη δεύτερη ή στην οποία δεν υπάρχουν συγκεκριμένοι λόγοι από τους οποίους να προκύπτει ότι δεν θα υποβληθούν αποδεκτές προσφορές, αν προκηρυχθεί νέος διαγωνισμός [20].

53. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 7, του LCE και το άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 7, της RGCE είναι ασυμβίβαστα με την οδηγία 71/305 και ότι το άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 5, του LCE και το άρθρο 247, παράγραφος 4, σημείο 5, της RGCE είναι ασυμβίβαστα με την οδηγία 77/62.

δ) *Το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 8, του LCE και το άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 8, της RGCE*

54. Το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 8, του LCE, η διατύπωση του οποίου επαναλαμβάνεται στο άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 8, της RGCE, ορίζει ότι, όσον αφορά τις συμβάσεις έργων, η σύναψή τους με απευθείας ανάθεση επιτρέπεται «για τα έργα των οποίων σκοπός είναι η συμπλήρωση της εκτελέσεως έργων των οποίων οι συμβάσεις έχουν καταγγελθεί, εφόσον συντρέχουν οι εκτιθέμενες στην προηγούμενη παράγραφο προϋποθέσεις και με την επιφύλαξη της εφαρμογής των διατάξεων του σημείου 2 του παρόντος άρθρου (επείγουσα ανάγκη)».

55. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι η διάταξη αυτή είναι ασυμβίβαστη με την οδηγία 71/305 και παρέπεμψε συναφώς στα επιχειρήματα που ανέπτυξε σχετικά με το προηγούμενο σημείο.

56. Η Ισπανική Κυβέρνηση περιορίστηκε στον ισχυρισμό ότι η διάταξη αυτή δεν μπορούσε να αιτιολογηθεί εξίσου σαφώς όπως η προηγούμενη περίπτωση και ότι η διάταξη αυτή επρόκειτο να καταργηθεί κατά τη σχεδιαζόμενη τροποποίηση του LCE.

57. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημείο 8, του LCE και το άρθρο 117, παράγραφος 1, σημείο 8, της RGCE είναι ασυμβίβαστα με την οδηγία 71/305.

ε) *Το άρθρο 120, παράγραφος 1, σημεία 1, 2, και 6, του νομοθετικού διατάγματος περί τοπικής αυτοδιοικήσεως*

58. Η Επιτροπή εξέθεσε ότι το άρθρο 120, παράγραφος 1, σημεία 1, 2, και 6, του νομοθετικού διατάγματος περί τοπικής αυτοδιοικήσεως απαριθμεί ορισμένες περιπτώσεις στις οποίες δικαιολογείται η σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση και οι οποίες είναι παρόμοιες προς τις περιπτώσεις που καλύπτουν οι εξετασθείσες ήδη διατάξεις του LCE και της RGCE και ισχυρίστηκε ότι συνεπώς οι διατάξεις αυτές αντιβαίνουν επίσης προς τις οδηγίες.

59. Ο ισχυρισμός αυτός της Επιτροπής δεν αντικρούσθηκε από την Ισπανική Κυβέρνηση και κατά συνέπεια το Δικαστήριο μπορεί να δεχθεί το σχετικό αίτημα της Επιτροπής.

60. Αντίθετα, οι διάδικοι διαφωνούν ως προς τις συνέπειες αυτού του ασυμβίβαστου. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε

20 — Τέλος, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει κρίσιμη σημασία το γεγονός ότι το άρθρο 87, παράγραφος 4, σημείο 5, του LCE επιτρέπει την εφαρμογή των συνήθων διαδικασιών, διότι πρόκειται για διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών και όχι για υποχρέωση που γεννάται όταν δεν συντρέχουν στη συγκεκριμένη περίπτωση οι προϋποθέσεις περί κατεπείγοντος.

ότι δεν είναι αναγκαία η τροποποίηση του νομοθετικού διατάγματος περί τοπικής αυτοδιοικήσεως, αφού η σύναψη των συμβάσεων με απευθείας ανάθεση από τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως διέπεται απευθείας από τις κρίσιμες διατάξεις του LCE και της RGCE. Η Ισπανική Κυβέρνηση εξέθεσε συναφώς ότι, σύμφωνα με την πρώτη από τις τελικές διατάξεις των βασιλικών διαταγμάτων που εκδόθηκαν με σκοπό την προσαρμογή του LCE και της RGCE προς τις οδηγίες, οι διατάξεις του LCE και της RGCE αποτελούν τη βασική νομοθεσία.

61. Σύμφωνα με πάγια αρχή, το Δικαστήριο, με την παρούσα απόφαση, μπορεί απλώς να αναγνωρίσει ότι οι εν λόγω διατάξεις είναι αντίθετες προς τις υποχρεώσεις που υπέχει η Ισπανία από το κοινοτικό δίκαιο, κατόπιν δε αυτού εναπόκειται στην Ισπανία να συναγάγει τις αναγκαίες συνέπειες της αναγνωριστικής αυτής αποφάσεως.

Θα ήταν πάντως χρήσιμο να αναφερθεί ότι η πλήρης κατάργηση των εν λόγω κανόνων θα ήταν η πλέον ενδεδειγμένη λύση από άποψη κοινοτικού δικαίου. Αν δεν καταργηθούν οι κανόνες αυτοί, θα υφίσταται στο εθνικό δίκαιο δυνατότητα εσφαλμένης εφαρμογής της νομοθεσίας και, επιπλέον, η νομική αβεβαιότητα που θα δημιουργηθεί θα είναι επίσης αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο.

62. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 120, παράγραφος 1, σημεία 1, 2, και 6, του νομοθετικού διατάγματος περί τοπικής αυτοδιοικήσεως είναι ασυμβίβαστο με την οδηγία 77/62 και την οδηγία 71/305.

Διατάξεις σχετικές με τους κανόνες συμμετοχής και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής

63. Η Επιτροπή υπέβαλε το αίτημα να αναγνωρισθεί ότι ορισμένες ισπανικές διατάξεις σχετικά με τη συμμετοχή στις διαδικασίες συνάψεως των συμβάσεων και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής αντιβαίνουν προς τους κοινοτικούς κανόνες. Νομίζω ότι ενδείκνυται καταρχάς να εκθέσω με συντομία τις κρίσιμες διατάξεις των δύο οδηγιών, καθώς και τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου.

Από το άρθρο 20 της οδηγίας 71/305 και το άρθρο 17 της οδηγίας 77/62 προκύπτει ότι η σύναψη των δημοσίων συμβάσεων πραγματοποιείται σε δύο φάσεις. Καταρχάς επιλέγονται οι εργολήπτες ή οι προμηθευτές που πληρούν τις αναγκαίες προϋποθέσεις για να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Αυτή η εξακρίβωση της ικανότητας των υποβαλλόντων προσφορές σημαίνει, πρώτον, ότι εξετάζεται αν οι υποβάλλοντες προσφορές πρέπει να αποκλεισθούν από τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως για λόγους που προσιδιάζουν στους ίδιους, π.χ. για λόγους αφερεγγυότητάς τους ή ελλείψεως εντιμότητας. Δεύτερον, εξετάζεται η οικονομική, χρηματοδοτική και τεχνική ικανότητα των υποβαλλόντων προσφορές. Αφού περατωθεί η επιλογή των υποβαλλόντων προσφορές που μπορούν να μετάσχουν στον διαγωνισμό, η σύμβαση κατακυρώνεται σύμφωνα με τα κριτήρια του άρθρου 29 της οδηγίας 71/305 ή του άρθρου 25 της οδηγίας 77/62, δηλαδή καταρχήν βάσει είτε της χαμηλότερης τιμής είτε της οικονομικά συμφερότερης προσφοράς.

64. Οι κανόνες για την ποιοτική επιλογή των υποβαλλόντων προσφορές απαντούν στα άρθρα 23 έως 28 της οδηγίας 71/305 και στα άρθρα 20 έως 24 της οδηγίας 77/62, τα οποία έχουν κατ' ουσία παρόμοιο περιεχόμενο.

Το άρθρο 23 της οδηγίας 71/305 και το άρθρο 20 της οδηγίας 77/62 απαριθμούν διάφορα στοιχεία που αφορούν την *εντιμότητα* και τη *φερεγγυότητα* των υποβαλλόντων προσφορές και τα οποία μπορούν να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό τους από τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως. Οι διατάξεις αυτές περιέχουν επίσης έναν πίνακα των εγγράφων και πιστοποιητικών των οποίων οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την προσκόμιση ως αποδεικτικών στοιχείων του ότι οι επιχειρηματίες δεν βρίσκονται σε μία από τις απαριθμούμενες καταστάσεις. Το άρθρο 24 της οδηγίας 71/305 και το άρθρο 21 της οδηγίας 77/62 ορίζουν ότι κάθε εργολήπτης ή προμηθευτής που επιθυμεί να μετάσχει σε διαγωνισμό δημοσίων έργων ή δημοσίων προμηθειών ενδέχεται να κληθεί να αποδείξει την εγγραφή του στο *επαγγελματικό μητρώο* της χώρας στην οποία είναι εγκατεστημένος. Το άρθρο 25 της οδηγίας 71/305 και το άρθρο 22 της οδηγίας 77/62 προβλέπουν τους τρόπους με τους οποίους οι υποβάλλοντες προσφορές μπορούν να αποδεικνύουν τη *χρηματοδοτική και οικονομική ικανότητά τους*. Το άρθρο 26 της οδηγίας 71/305 και το άρθρο 23 της οδηγίας 77/62 προβλέπουν τους τρόπους με τους οποίους οι υποβάλλοντες προσφορές μπορούν να αποδεικνύουν τις *τεχνικές ικανότητές τους*. Το άρθρο 27 της οδηγίας 71/305 και το άρθρο 24 της οδηγίας 77/62 ορίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να καλούν τους εργολήπτες ή προμηθευτές *να συμπληρώνουν ή να διευκρινίζουν* τα υποβληθέντα έγγραφα, αλλ' ότι παράλληλα πρέπει να τηρούνται τα όρια που θέτουν τα άρθρα 23 έως 26 της οδηγίας 71/305 και τα άρθρα 20 έως 23 της οδηγίας 77/62 αντίστοιχα. Τέλος, το άρθρο 28 της οδηγίας 71/305 περιέχει ορισμένους κανόνες σχετικά με την εγγραφή στους *επίσημους καταλόγους αναγνωρισμένων εργοληπτών* που υπάρχουν σε ορισμένα κράτη μέλη και προβλέπει, μεταξύ άλλων, πώς ο εργολήπτης μπορεί να χρησιμοποιήσει την εγγραφή του στον κατάλογο αυτό ως εναλλακτικό αποδεικτικό μέσο για την απόδειξη του ότι ανταποκρίνεται στα ποιοτικά κριτήρια που προβλέπουν τα άρθρα 23 έως 26 της οδηγίας.

65. Το Δικαστήριο έχει εκδώσει δύο αποφάσεις στις οποίες απαντούν ουσιώδη ερμηνευτικά στοιχεία προς τον σκοπό εφαρμογής των διατάξεων αυτών. Πρόκειται για τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 10ης Φεβρουαρίου 1982 στην υπόθεση 76/81, Transporoute [21], και της 20ής Σεπτεμβρίου 1988 στην υπόθεση 31/87, Beentjes [22]. Η ερμηνεία του Δικαστηρίου αφορούσε τις κρίσιμες διατάξεις της οδηγίας 71/305, αλλά κανονικά ισχύει κατ' αναλογία και για τις αντίστοιχες διατάξεις της οδηγίας 77/62. Από τις αποφάσεις αυτές του Δικαστηρίου συνάγεται

— ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να εξακριβώνουν την επαγγελματική ικανότητα των υποβαλλόντων προσφορά που δεν αποκλείονται για έναν από τους λόγους που προσιδιάζουν στους ίδιους παρά μόνο βάσει κριτηρίων που στηρίζονται στην οικονομική, χρηματοδοτική και τεχνική ικανότητά τους [23], και

— ότι τα στοιχεία που είναι ενδεχομένως υποχρεωμένοι οι υποβάλλοντες προσφορές να προσκομίζουν ως απόδειξη του

21 — Συλλογή 1982, σ. 417.

22 — Συλλογή 1988, σ. 4635.

23 — Βλ. σκέψη 17 της αποφάσεως Beentjes, με την οποία το Δικαστήριο δέχθηκε τα εξής: «Το προαναφερθέν άρθρο 20 προβλέπει ότι ο έλεγχος της καταλληλότητας των εργοληπτών γίνεται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα κριτήρια οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας που αναφέρονται στα άρθρα 25 μέχρι 28. Σκοπός των άρθρων αυτών δεν είναι να οριοθετηθεί η αρμοδιότητα των κρατών μελών για τον καθορισμό του επιπέδου οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας που απαιτείται για τη συμμετοχή στους διάφορους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων έργων, αλλά να καθορισθούν τα δικαιολογητικά ή τα αποδεικτικά στοιχεία που μπορούν να προσκομισθούν για να αποδειχθεί η χρηματοδοτική, οικονομική και τεχνική ικανότητα των εργοληπτών (...) Πάντως, από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές *δεν μπορούν να πραγματοποιούν τον έλεγχο της καταλληλότητας των εργοληπτών παρά μόνο βάσει κριτηρίων που στηρίζονται στην οικονομική, χρηματοδοτική και τεχνική τους ικανότητα*» (η υπογράμμιση δική μου).

ότι πληρούν τις προϋποθέσεις εντιμότητας κ.λπ. και τεχνικής ικανότητας απαριθμούνται από τις οδηγίες περιοριστικά, ενώ τίποτα δεν εμποδίζει τις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν την προσκόμιση άλλων στοιχείων, πέραν των μνημονευομένων στις οδηγίες, προκειμένου να αποδειχθεί ότι οι υποβάλλοντες προσφορές έχουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα [24].

66. Οι αναθέτουσες αρχές εξακολουθούν να έχουν την ευχέρεια να εξαρτούν τη σύναψη των δημόσιων συμβάσεων από άλλες προϋποθέσεις, πέραν των προϋποθέσεων που αφορούν την εξακρίβωση της ικανότητας των επιχειρηματιών βάσει της οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητάς τους ή αυτών που αφορούν τα κριτήρια αναθέσεως του συγκεκριμένου έργου ή των συγκεκριμένων προμηθειών. Με την απόφαση στην υπόθεση Beentjes το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι οι πρόσθετες συμβατικές ρήτρες δεν είναι καθαυτές ασυμβίβαστες με την οδηγία 71/305 [25]. Το Δικαστήριο πάντως αποφάνθηκε επίσης ότι οι συμβατικές αυτές ρήτρες, για να συμβιβάζονται με την οδηγία, πρέπει, πρώτον, να συνάδουν με όλες τις κρίσιμες 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, και, δεύτερον, να εφαρμόζονται κατά τρόπο ώστε να τηρούνται οι διαδικαστικοί κανόνες της οδηγίας, και ιδίως οι κανόνες δημοσιότητας που προβλέπει [26].

67. Αυτό είναι το πλαίσιο εντός του οποίου πρέπει να εξετασθεί το αίτημα της Επιτροπής σχετικά με τη μη τήρηση των κανόνων συμμετοχής και των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που προβλέπουν οι οδηγίες.

24 — Το Δικαστήριο δέχθηκε, με τη σκέψη 9 της αποφάσεως Transporoute, τα εξής: «(...) το άρθρο 27 ορίζει ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να καλέσει τον εργολήπτη να συμπληρώσει τα υποβληθέντα πιστοποιητικά ή έγγραφα μόνον εντός των ορίων που τάσσουν τα άρθρα 23 έως 26 της οδηγίας, τα οποία *επιτρέπουν στα κράτη μέλη να ζητούν άλλα δικαιολογητικά, πλην εκείνων που ορίζονται ρητώς στην οδηγία, μόνο στο πλαίσιο της εκτιμήσεως της χρηματοδοτικής και οικονομικής ικανότητας των επιχειρήσεων*, που αποτελεί το θέμα του άρθρου 25 της οδηγίας» (η υπογράμμιση δική μου).
Στην υπόθεση εκείνη επίθετο το ζήτημα αν συμβιβαζόταν με τους κανόνες της οδηγίας η επιβολή στην επιχείρηση της υποχρεώσεως να έχει κυβερνητική άδεια εγκαταστάσεως στο κράτος μέλος εντός του οποίου διεξαγόταν ο διαγωνισμός. Στη σκέψη 10 της αποφάσεως το Δικαστήριο εξέθεσε τα εξής: «Δεδομένου ότι η επίδικη άδεια εγκαταστάσεως (...) δεν αποβλέπει στην απόδειξη της χρηματοδοτικής και οικονομικής ικανότητας των επιχειρήσεων, *αλλά των επαγγελματικών προσόντων και της εντιμότητας* των προσώπων που τις διοικούν, (...) η άδεια αυτή συνιστά *τρόπο αποδείξεως που δεν περιλαμβάνεται στους περιοριστικώς επιτρεπομένους από την οδηγία*» (η υπογράμμιση δική μου).
Το Δικαστήριο, κατόπιν των σκέψεων αυτών, κατέληξε ως εξής: «Η οδηγία 71/305 του Συμβουλίου πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αντίκειται προς αυτήν η απαίτηση ενός κράτους μέλους από προσφέροντα εγκατεστημένο σε άλλο κράτος μέλος να αποδείξει ότι συγκεντρώνει τους όρους που τάσσονται στα άρθρα 23 έως 26 της οδηγίας αυτής και ανάγονται στην εντιμότητα και στα επαγγελματικά του προσόντα με άλλα μέσα, όπως είναι η άδεια εγκαταστάσεως, πλην εκείνων που ορίζονται από τις εν λόγω διατάξεις.»
Η άποψη ότι τα έγγραφα τα οποία επιτρέπεται να ζητούνται από τους υποβάλλοντες προσφορές ως απόδειξη της οικονομικής και χρηματοδοτικής ικανότητάς τους δεν απαριθμούνται περιοριστικά από τις οδηγίες επιβεβαιώνεται από την απόφαση του Δικαστηρίου της 9ης Ιουλίου 1987 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 27 έως 29/86, Bellini (Συλλογή 1987, σ. 3347, σκέψεις 10, 11 και 17).

25 — Το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα αυτό, επειδή, μεταξύ άλλων, «η οδηγία δεν καθιερώνει ενιαία και εξαντλητική κοινοτική ρύθμιση, αλλά, στο πλαίσιο των κοινών κανόνων που περιέχει, παραμένουν τα κράτη μέλη ελεύθερα να διατηρήσουν ή να θεσπίσουν ουσιαστικούς και δικονομικούς κανόνες σχετικά με τις συμβάσεις δημοσίων έργων, υπό τον όρο της τηρήσεως όλων των σχετικών διατάξεων του κοινοτικού δικαίου (...)» (σκέψη 20).

26 — Βλ. σκέψεις 28 έως 31 τελ. αποφάσεως Beentjes. Βλ. επίσης, σε σχέση με την πρακτική αυτή, την ανακοίνωση της Επιτροπής, της 22ας Σεπτεμβρίου 1989, που επιγράφεται: «Κρατικές προμήθειες — περιφερειακές και κοινωνικές πτυχές» (ΕΕ C 311, σ. 7, σημεία 43 έως 64).
Βλ. επίσης την απόφαση του Δικαστηρίου της 3ης Ιουνίου 1992, στην υπόθεση C-360/89, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1992, σ. I-3401), η οποία αφορούσε μια διάταξη της τελικής νομοθεσίας, κατά την οποία, κατά την επιλογή των επιχειρήσεων που προσκαλούσε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλουν προσφορές, κατ' εφαρμογή των κανόνων περί κλειστών διαδικασιών (βλ. άρθρο 22 της οδηγίας 71/305), έπρεπε να «δίδεται προτίμηση στις προσωρινές ενώσεις επιχειρήσεων και κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχουν επιχειρήσεις που ασκούν την κύρια δραστηριότητά τους εντός της περιοχής όπου εκτελούνται τα έργα». Το Δικαστήριο αρκέστηκε στη διαπίστωση ότι επρόκειτο για κριτήριο επιλογής που δεν μνημονευόταν στα άρθρα 23 έως 26 της οδηγίας και που ήταν συνεπώς αντίθετο προς το άρθρο 22 της οδηγίας. Μολονότι το Δικαστήριο δεν εμβάθυνε την ανάλυσή του, πέραν της εξετάσεως του ζητήματος αν το εν λόγω κριτήριο συμβιβαζόταν με την οδηγία βάσει των αρχών που διαμορφώθηκαν με την απόφαση Beentjes, δε νομίζω ότι η απόφαση αυτή μπορεί να θεωρηθεί ως ανατροπή της μέχρι τούδε νομολογίας.

α) *Το άρθρο 24, παράγραφος 1, σημείο 1, και το άρθρο 25, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3, της RGCE*

68. Το άρθρο 24, παράγραφος 1, σημείο 1, της RGCE ορίζει τα εξής:

«Για τη σύναψη συμβάσεων με δημόσια αρχή, οι αλλοδαπές επιχειρήσεις πρέπει να πληρούν, πέραν των προϋποθέσεων που προβλέπονται στο άρθρο 23 της παρούσας, τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

1) να έχουν πλήρη δικαιοπρακτική ικανότητα και ικανότητα συνάψεως συμβάσεων σύμφωνα με τη νομοθεσία της χώρας τους».

Το άρθρο 25, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3, της RGCE ορίζει τα εξής:

«Οι επιχειρήσεις αποδεικνύουν έναντι των δημοσίων αρχών ότι έχουν νομική προσωπικότητα ως εξής:

1) Αν η επιχείρηση είναι νομικό πρόσωπο, με την προσκόμιση της συστατικής ή τροποποιητικής πράξεως, η οποία πρέπει να έχει δεόντως καταχωριστεί στο μητρώο εμπόρων. Όταν πρόκειται για μεμονωμένο επιχειρηματία, είναι υποχρεωτική η προσκόμιση του εθνικού δελτίου ταυτότητας ή του εγγράφου που, κατά νόμο, υπέχει θέση τέτοιου δελτίου.

(...)

3) Οι αλλοδαπές επιχειρήσεις υποβάλλουν επίσημη μετάφραση της συστατικής πράξεως στα ισπανικά ή, κατά περίπτωση, στη γλώσσα της Αυτόνομης Κοινότητας εντός της οποίας εδρεύει η αναθέτουσα αρχή, καθώς και πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί από την πρεσβεία της Ισπανίας στη χώρα της έδρας της αλλοδαπής επιχειρήσεως και με το οποίο βεβαιώνεται ότι η επιχείρηση έχει δικαιοπρακτική ικανότητα και ικανότητα συνάψεως συμβάσεων σύμφωνα με τη νομοθεσία της χώρας της.»

69. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι οι ανωτέρω προϋποθέσεις ως προς την απόδειξη δεν προβλέπονται από τις οδηγίες 71/305 και 77/62 και ότι, λόγω της περιοριστικής απαριθμήσεως που περιέχεται στις οδηγίες, δεν μπορούν να δικαιολογήσουν συνεπώς τον αποκλεισμό από τη διαδικασία συνάψεως των συμβάσεων των επιχειρηματιών που δεν τις πληρούν. Κατά την Επιτροπή, οι αναθέτουσες αρχές έχουν οπωσδήποτε τη δυνατότητα να εξακριβώνουν κατά πόσον οι αλλοδαπές επιχειρήσεις έχουν δικαιοπρακτική ικανότητα και την ιδιότητα του νομικού προσώπου, καθόσον μπορούν να επιβάλλουν στους υποβάλλοντες προσφορά την υποχρέωση να αποδεικνύουν, πρώτον, ότι είναι εγγεγραμμένοι στο επαγγελματικό μητρώο της χώρας τους και, δεύτερον, ότι δεν τελούν σε καμία από τις καταστάσεις που αναφέρονται στο άρθρο 23 της οδηγίας 71/305 και στο άρθρο 20 της οδηγίας 77/62. Η Επιτροπή διευκρίνισε, ιδιαίτερα κατά την προφορική διαδικασία, ότι η απαίτηση να έχουν οι υποβάλλοντες προσφορά δικαιοπρακτική ικανότητα συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο.

70. Η Ισπανική Κυβέρνηση υποστήριξε *ότι* η προϋπόθεση περί δικαιοπρακτικής ικανότητας προηγείται λογικά των προϋποθέσεων που προβλέπει η οδηγία σε σχέση με την οικονομική, τη χρηματοδοτική και τεχνική ικανότητα καθώς και της προϋποθέσεως περί εντιμότητας, *ότι* η προϋπόθεση αυτή είναι αναγκαία για να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ευθύνης των επιχειρηματιών και *ότι* η προϋπόθεση αυτή δεν οδηγεί σε διακρίσεις μεταξύ Ισπανών και αλλοδαπών επιχειρηματιών που υποβάλλουν προσφορές. Η Ισπανική Κυβέρνηση τόνισε, συμπληρώνοντας τα προηγούμενα, ότι το άρθρο 24, παράγραφος 1, σημείο 1, της RGCE δεν επιβάλλει στους επιχειρηματίες που υποβάλλουν προσφορά την υποχρέωση να προσκομίζουν συγκεκριμένα έγγραφα, αλλά θέτει

απλώς μια αφηρημένη προϋπόθεση σχετικά με τη δικαιοπρακτική ικανότητα. Κατά τα λοιπά, η Ισπανική Κυβέρνηση φρονεί ότι δεν επαρκούν οι κανόνες των οδηγιών σχετικά με την απόδειξη της δικαιοπρακτικής ικανότητας των επιχειρήσεων και της νομικής προσωπικότητάς τους, πράγμα που αποτελεί τον δικαιολογητικό λόγο της θεσπίσεως των κανόνων του άρθρου 25, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3, της RGCE [27].

71. Όπως ανέφερα στην εισαγωγή, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, όταν πρόκειται για την εκτίμηση της νομιμότητας κριτηρίων που έχουν ως αποτέλεσμα τον αποκλεισμό από διαδικασίες διαγωνισμών για δημόσιες συμβάσεις, αυτό που έχει καταρχάς σημασία είναι να εξακριβωθεί ποια είναι η επίμαχη στη συγκεκριμένη περίπτωση προϋπόθεση.

Το ζήτημα βέβαια αν μια προϋπόθεση σχετικά με τη δικαιοπρακτική ικανότητα περιλαμβάνεται μεταξύ των κριτηρίων που μνημονεύονται στις διατάξεις των οδηγιών σχετικά με την ποιοτική επιλογή των υποβαλλόντων προσφορές είναι αμφιλεγόμενο. Αντίθετα, δύσκολα θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι σκοπός της προϋποθέσεως αυτής δεν είναι η διασφάλιση του ότι ο υποβάλλων προσφορά είναι καλόπιστος, είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση και θα υπέχει ενδεχομένως ευθύνη, σε περίπτωση μη εκτελέσεως της συμβάσεως. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο νομίζω ότι η προϋπόθεση αυτή καταλέγεται πράγματι μεταξύ των προϋποθέσεων σχετικά με τις οποίες οι οδηγίες απαριθμούν περιοριστικά τα αποδεικτικά μέσα που μπορούν να απαιτούν οι αναθέτουσες αρχές [28].

Παράλληλα όμως με τις παρατηρήσεις αυτές, επιβάλλεται η εξής σημαντική επιφύλαξη. Το κοινοτικό δίκαιο δεν είναι βέβαια δυνατό να απαγορεύει στις αναθέτουσες αρχές να αρνούνται να συνάπτουν συμβάσεις με επιχειρήσεις που δεν έχουν δικαιοπρακτική ικανότητα. Από την άποψη αυτή, η προϋπόθεση που θέτει το άρθρο 24, παράγραφος 1, σημείο 1, δεν είναι παράνομη. Αντίθετα, οι οδηγίες απαγορεύουν τη γενική επιβολή στις επιχειρήσεις της υποχρεώσεως να αποδεικνύουν τη δικαιοπρακτική ικανότητά τους. Από πρακτική δηλαδή άποψη είναι περιττό να επιβάλλονται συγκεκριμένες υποχρεώσεις αποδείξεως της δικαιοπρακτικής ικανότητας των επιχειρήσεων, αφού επιτρέπεται να απαιτείται από την επιχείρηση να αποδεικνύει την εγγραφή της στο επαγγελματικό μητρώο της χώρας καταγωγής της και να αποδεικνύει ότι δεν είναι αφερέγγυα. Η ειδική αυτή υποχρέωση ως προς την απόδειξη, η οποία δεν επιβάλλεται, σύμφωνα με τα στοιχεία που προσκομίστηκαν στο Δικαστήριο, στις ισπανικές επιχειρήσεις, συνεπάγεται επιβαρύνσεις για

27 — Οι διάδικοι ερίζουν ως προς τη σημασία που πρέπει να προσδοθεί στο γεγονός ότι το άρθρο 24 της οδηγίας 71/305 απαριθμεί μόνο τα επαγγελματικά μητρώα έξι κρατών μελών και το άρθρο 21 της οδηγίας 77/62 μόνο τα επαγγελματικά μητρώα εννέα κρατών μελών. Η Επιτροπή εξέθεσε ότι το άρθρο 24 της οδηγίας 71/305 συμπληρώθηκε με τις Πράξεις Προσχωρήσεως του 1972, του 1979 και του 1985 και ότι το άρθρο 21 της οδηγίας 77/62 μπορεί εύκολα να εφαρμοσθεί κατ' αναλογία, όσον αφορά τα τρία άλλα κράτη μέλη. Συμφωνώ πλήρως προς την άποψη της Επιτροπής και δεν προτίθεμαι να εξετάσω ενδελεχέστερα το σημείο αυτό.

28 — Κατά την άποψή μου, ορισμένα στοιχεία της αποφάσεως του Δικαστηρίου στην υπόθεση Transporoute συνηγορούν υπέρ της ερμηνείας αυτής. Με την εν λόγω απόφαση το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η απαίτηση άδειας εγκαταστάσεως είχε ως σκοπό την απόδειξη «των επαγγελματικών προσόντων και της εντιμότητας» των διευθυνόντων την επιχείρηση και ότι συνεπώς η απαίτηση αυτή αντέβαινε προς την οδηγία 71/305, η οποία απαριθμεί περιοριστικά τα αποδεικτικά μέσα των οποίων οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την προσκόμιση προς απόδειξη των ιδιοτήτων αυτών. Το Δικαστήριο πάντως δεν διευκρίνισε περαιτέρω γιατί μια άδεια εγκαταστάσεως όπως η επίμαχη στην υπόθεση εκείνη πρέπει να θεωρηθεί ότι αφορά την εντιμότητα των υποβαλλόντων προσφορές. Προσωπικά συνάγω το συμπέρασμα ότι όλα τα έγγραφα που αφορούν όχι μόνο την εντιμότητα και τη φερεγγυότητα υπό στενή έννοια των υποβαλλόντων προσφορές, αλλά και τη γενική ικανότητά τους να συνάπτουν δημόσιες ή κρατικές συμβάσεις, πρέπει να συνάδουν προς το άρθρο 23, το οποίο απαριθμεί περιοριστικά τα αποδεικτικά μέσα, και προς το άρθρο 24, το οποίο αφορά την απόδειξη της εγγραφής στο επαγγελματικό μητρώο της χώρας καταγωγής της επιχειρήσεως.

τις αλλοδαπές επιχειρήσεις, επιβαρύνσεις που δεν θα μπορούσαν ευλόγως να θεωρηθούν ότι δικαιολογούνται ενόψει του σκοπού για τον οποίο τίθενται.

72. Η Επιτροπή υποστήριξε επίσης ότι οι διατάξεις του άρθρου 25, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3, της RGCE αντιβαίνουν προς το άρθρο 59 της Συνθήκης, το οποίο αφορά την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, καθόσον εφαρμόζονται στις συμβάσεις δημοσίων έργων.

73. Η αναγνώριση του ότι οι επίμαχες ισπανικές διατάξεις αντιβαίνουν προς το άρθρο 59 παρουσιάζει σχετικά μικρή σημασία, αφού διαπιστώθηκε ήδη ότι αντιβαίνουν προς τους κανόνες των οδηγιών. Αρκεί η διαπίστωση ότι τα απαιτούμενα έγγραφα είναι περιττά, καθόσον προστίθενται στα έγγραφα των οποίων η προσκόμιση μπορεί να απαιτηθεί από τις επιχειρήσεις βάσει των οδηγιών· οι απαιτήσεις αυτές επιβαρύνουν χωρίς λόγο τους ενδιαφερομένους. Εντούτοις, αν το Δικαστήριο κρίνει ότι πρέπει επίσης να αναγνωριστεί η εκ μέρους της Ισπανίας παράβαση του άρθρου 59 της Συνθήκης, εύκολα συνάγεται το συμπέρασμα ότι η αιτίαση αυτή είναι βάσιμη.

74. Από την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι το άρθρο 59 της Συνθήκης επιβάλλει, μεταξύ άλλων, την κατάργηση κάθε διακρίσεως λόγω της ιθαγένειας του παρέχοντος τις υπηρεσίες ή λόγω του ότι είναι εγκατεστημένος σε άλλο κράτος μέλος και όχι σ' αυτό εντός του οποίου πρέπει να εκπληρωθεί η παροχή. Οι εθνικές ρυθμίσεις, οι οποίες δεν ισχύουν αδιακρίτως για όλες τις παροχές υπηρεσιών, ανεξαρτήτως προελεύσεως, δεν συμβιβάζονται με το κοινοτικό δίκαιο παρά μόνο αν εμπίπτουν σε ρητή διάταξη περί παρεκκλίσεως, όπως είναι το άρθρο 56 της Συνθήκης, το οποίο αφορά τους λόγους που ανάγονται στη δημόσια τάξη, τη δημόσια ασφάλεια και τη δημόσια υγεία [29]. Εντούτοις, τα προσκόμματα στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών ενδέχεται επίσης να προέρχονται από το γεγονός ότι οι ισχύουσες για κάθε πρόσωπο εγκατεστημένο εντός της εθνικής επικράτειας εθνικές ρυθμίσεις εφαρμόζονται σε παρέχοντες υπηρεσίες εγκατεστημένους εντός της επικράτειας άλλου κράτους μέλους, οι οποίοι επίσης πρέπει να πληρούν τις προϋποθέσεις της νομοθεσίας του κράτους αυτού. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, τα προσκόμματα αυτά συμβιβάζονται με το άρθρο 59 της Συνθήκης μόνο εφόσον δικαιολογούνται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος που δεν καλύπτονται ήδη από τους κανόνες του κράτους μέλους εντός του οποίου είναι εγκατεστημένος ο παρέχων τις υπηρεσίες και εφόσον είναι ενδεδειγμένα και αναγκαία για την επίτευξη του επιδιωκομένου σκοπού, πράγμα που σημαίνει ότι το ίδιο αποτέλεσμα δεν πρέπει να μπορεί να επιτευχθεί με την εφαρμογή λιγότερο περιοριστικών κανόνων [30].

75. Οι απαιτήσεις που επιβάλλονται με το άρθρο 25, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3, δηλαδή η υποχρέωση προσκομίσεως ειδικών εγγράφων ως προϋπόθεση για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, αποτελούν προσκόμματα στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Νομίζω ότι πρέπει να συμφωνήσουμε με την Επιτροπή ότι, ανεξάρτητα από τον επιδιωκόμενο γενικού συμφέροντος σκοπό, ο σκοπός αυτός διασφαλίζεται επαρκώς από τη δυνατότητα απαιτήσεως της προσκομίσεως των εγγράφων που απαριθμούνται στην οδηγία 71/305. Οι επίμαχες διατάξεις, δεδομένου ότι δεν μπορούν να θεωρηθούν ως αντικειμενικά αναγκαίες για την προστασία του συμφέροντος ή των συμφερόντων των

29 — Βλ. ως τελευταία απόφαση, την απόφαση του Δικαστηρίου της 4ης Μαΐου 1993, C-17/92, Federación de Distribuidores Cinematográficos (Συλλογή 1993, σ. I-2239, σκέψεις 13 και 16).

30 — Βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της 25ης Ιουλίου 1991, C-288/89, Collectieve Antenne voorziening Gouda (Συλλογή 1991, σ. I-4035, σκέψεις 12 έως 15).

οποίων την προστασία επιδιώκουν, είναι ασυμβίβαστες προς το άρθρο 59 της Συνθήκης.

76. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 25, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3, της RGCE είναι ασυμβίβαστο τόσο με τις οδηγίες 71/305 και 77/62 όσο και με το άρθρο 59 της Συνθήκης.

β) *Το άρθρο 284, παράγραφος 5, της RGCE*

77. Το άρθρο 28 της οδηγίας 71/305 αφορά τους επίσημους καταλόγους αναγνωρισμένων εργοληπτών που απαντούν σε ορισμένα κράτη μέλη (το λεγόμενο σύστημα κατατάξεως) και ρυθμίζει την εκ μέρους των εργοληπτών χρήση των πιστοποιητικών κατατάξεως με σκοπό την απόδειξη του ότι πληρούν ορισμένα από τα κριτήρια που προβλέπουν οι οδηγίες σχετικά με την επιλογή τους.

78. Το άρθρο 284, παράγραφος 5, ορίζει τα εξής:

«Οι μη Ισπανοί επιχειρηματίες από κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας πρέπει, προκειμένου να επικαλεστούν τις διατάξεις της παραγράφου 3 του παρόντος άρθρου (δηλαδή προκειμένου να μπορούν να ασκήσουν το δικαίωμα να αποδείξουν την ικανότητά τους με άλλα μέσα και όχι με την κατάταξή τους στην Ισπανία), να αποδείξουν, προσκομίζοντας πιστοποιητικό της Συμβουλευτικής Επιτροπής Δημοσίων Συμβάσεων, ότι δεν έχουν καταταγεί σε καμία κατηγορία ή ότι η κατάταξή τους δεν έχει ανασταλεί ή ακυρωθεί.»

Αν ερμηνεύω ορθά τα στοιχεία που διαθέτουμε, η διάταξη αυτή έχει την έννοια ότι, κατά το ισπανικό δίκαιο, οι επιχειρηματίες πρέπει καταρχήν να χρησιμοποιούν τα πιστοποιητικά κατατάξεως και ότι δεν μπορούν να αποδεικνύουν τα προσόντα τους παρά μόνο με την προσκόμιση πιστοποιητικού εκδοθέντος από ισπανικό οργανισμό, από το οποίο να προκύπτει ότι δεν έχουν καταταγεί στον ισπανικό κατάλογο [31] ή ότι η κατάταξή τους δεν έχει ανασταλεί ή ακυρωθεί.

79. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι από την οδηγία 71/305 μπορεί να συναχθεί [32] ότι οι επιχειρηματίες έχουν το δικαίωμα να επιλέξουν μεταξύ της αποδείξεως των ικανοτήτων τους με την προσκόμιση πιστοποιητικού κατατάξεως και της αποδείξεως με κάποιον άλλο τρόπο. Η Επιτροπή συνεπώς θεωρεί ότι η απαίτηση ειδικού πιστοποιητικού ως προϋπόθεση της δυνατότητας του επιχειρηματία να αποδείξει τις ικανότητές του με άλλο τρόπο αντιβαίνει προς το σύστημα της οδηγίας. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε επιπλέον ότι πρόκειται για αδικαιολόγητο και δυσανάλογο πρόσκομμα στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, το οποίο είναι αντίθετο προς το άρθρο 59 της Συνθήκης.

80. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι σκοπός της διατάξεως αυτής είναι η αποφυγή των απατών στο σύστημα κατατάξεως, η οποία θα μπορούσε να οφείλεται στην εκ μέρους των επιχειρήσεων άλλων κρατών μελών αποφυγή των αποτελεσμάτων της αναστολής ή της ακυρώσεως

31 — Η Επιτροπή θεωρεί ότι η διάταξη αυτή επιβάλλει την προϋπόθεση κατοχής «αρνητικού» πιστοποιητικού για το ότι ο επιχειρηματίας δεν έχει καταταγεί στον κατάλογο των εργοληπτών που είναι αναγνωρισμένοι *στην Ισπανία*. Η Ισπανική Κυβέρνηση δεν αμφισβητεί την ορθότητα αυτής της ερμηνείας της διατάξεως.

32 — Με το δικόγραφο της προσφυγής η Επιτροπή είχε υποστηρίξει ότι η επίμαχη διάταξη ίσχυε επίσης, δυνάμει του άρθρου 109 του LCE, για τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών. Η Ισπανική Κυβέρνηση όμως ανέφερε ότι οι κανόνες κατατάξεως δεν είναι στην πραγματικότητα τόσο ευρείς, ώστε να καλύπτουν και τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών. Κατόπιν της προβολής της αντιρρήσεως αυτής και σε απάντηση σε σχετική ερώτηση του Δικαστηρίου, η Επιτροπή διευκρίνισε ότι δεν ζητεί να αναγνωριστεί ότι το άρθρο 284, παράγραφος 5, της RGCE αντιβαίνει προς τις διατάξεις της οδηγίας 77/62.

μιας προηγούμενης κατατάξεως, εφόσον οι επιχειρήσεις αυτές θα έκαναν χρήση της δυνατότητας να αποδείξουν την ικανότητά τους με την προσκόμιση άλλων αποδεικτικών μέσων. Κατά την Ισπανική Κυβέρνηση, πρόκειται για απλή τυπική προϋπόθεση, η πλήρωση της οποίας δεν είναι δύσκολη και η οποία δεν μπορεί να θεωρηθεί ως παράλογη ή ως μη αντικειμενικώς δικαιολογούμενη σε σχέση με τον σαφέστατο σκοπό της, δηλαδή την αποφυγή της συνάψεως της συμβάσεως με επιχείρηση που δεν πληροί τις οικονομικές, χρηματοδοτικές και τεχνικές προϋποθέσεις της επαγγελματικής κατατάξεως.

81. Φρονώ ότι πρέπει να συμφωνήσουμε με την Επιτροπή ότι τα κράτη μέλη δεν μπορούν να επιβάλλουν περιορισμούς στο δικαίωμα των επιχειρηματιών να επιλέγουν τα αποδεικτικά μέσα που θα χρησιμοποιήσουν προς απόδειξη των ικανοτήτων τους. Η οδηγία προϋποθέτει την ελευθερία επιλογής [33] και οι διατάξεις της οδηγίας σχετικά με τα μέσα αποδείξεως, δηλαδή τα άρθρα 23 έως 26, δεν επιτρέπουν στα κράτη μέλη να επιβάλλουν τυπικές προϋποθέσεις σαν την επίμαχη εν προκειμένω. Πρέπει επίσης να συμφωνήσουμε με την Επιτροπή ότι πρόκειται για πρόσκομμα στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, το οποίο δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί δικαιολογημένο για τους λόγους που επικαλείται η Ισπανική Κυβέρνηση. Δεδομένου ότι η προϋπόθεση να περιλαμβάνονται οι επιχειρηματίες στον επίσημο κατάλογο εργοληπτών του κράτους μέλους στο οποίο διεξάγεται η διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως είναι ασυμβίβαστη με την οδηγία 71/305 [34], δεν επιτρέπεται να αποδοθεί σημασία ούτε στο γεγονός ότι η κατάταξη αυτή κάποτε ακυρώθηκε ή αναστάληκε. Το μόνο σημείο που είναι κρίσιμο είναι το κατά πόσον οι υποβάλλοντες προσφορά μπορούν να αποδείξουν ότι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους διαθέτουν τα αναγκαία προσόντα. Η προϋπόθεση αυτή πρέπει να θεωρηθεί ότι διασφαλίζεται επαρκώς από το γεγονός ότι παρέχεται η δυνατότητα να υποχρεωθούν οι υποβάλλοντες προσφορά να προσκομίσουν τα πιστοποιητικά και έγγραφα που απαριθμούνται στην οδηγία 71/305.

82. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 284, παράγραφος 5, της RGCE είναι ασυμβίβαστο προς την οδηγία 71/305 και το άρθρο 59 της Συνθήκης.

γ) *Το άρθρο 287, παράγραφος 2, της RGCE*

83. Το άρθρο 287, παράγραφος 2, της RGCE, το οποίο αφορά τις προϋποθέσεις κατατάξεως των εργοληπτών στην Ισπανία, ορίζει τα εξής:

«Προς τούτο θα αξιολογούνται κατά προτίμηση τα χρηματοοικονομικά μέσα και τα μέσα από άποψη προσωπικού και υλικού που διαθέτουν μονίμως οι επιχειρήσεις εντός της εθνικής επικράτειας.»

84. Η Επιτροπή υποστήριξε ότι η διάταξη αυτή αντιβαίνει προς την οδηγία 71/305 [35] και προς το άρθρο 59 της Συνθήκης.

85. Η Ισπανική Κυβέρνηση υποστήριξε ότι η διάταξη αυτή δεν έχει κανένα συγκεκριμένο έννομο αποτέλεσμα, αφού δεν διευκρινίζει σε τί πρέπει να συνίσταται η προτίμηση

33 — Βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της 9ης Ιουλίου 1987, 27 έως 29/86, Bellini (Συλλογή 1987, σ. 3347, σκέψεις 24 και 25).

34 — Βλ. την απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Transporoute, σκέψεις 12 και 13.

35 — Με το δικόγραφο της προσφυγής η Επιτροπή είχε υποστηρίξει ότι η επίμαχη διάταξη ίσχυε επίσης, δυνάμει των άρθρων 320 και 330 της RGCE, για τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών. Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, η Ισπανική Κυβέρνηση όμως ανέφερε ότι οι κανόνες κατατάξεως δεν είναι στην πραγματικότητα τόσο ευρείς, ώστε να καλύπτουν και τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών. Κατόπιν της προβολής της αντιρρήσεως αυτής και σε απάντηση σε σχετική ερώτηση του Δικαστηρίου, η Επιτροπή διευκρίνισε ότι δεν ζητεί να αναγνωριστεί ότι το άρθρο 287, παράγραφος 2, της RGCE αντιβαίνει προς τις διατάξεις της οδηγίας 77/62.

που προβλέπει, και επιπλέον δήλωσε ότι για τον λόγο αυτό έχει την πρόθεση να την καταργήσει. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε επίσης ότι η διάταξη αυτή, αν παρήγε έννομα αποτελέσματα, θα ήταν δικαιολογημένη βάσει του άρθρου 26, στοιχεία γ' και δ', της οδηγίας 71/305.

86. Το άρθρο 28, παράγραφος 4, της οδηγίας 71/305 ορίζει ότι «για την εγγραφή εργολήπτη των άλλων κρατών μελών σε [επίσημο κατάλογο αναγνωρισμένων εργοληπτών] (...) δύνανται να ζητηθούν μόνο εκείνες οι υποδείξεις και δηλώσεις που ζητούνται από τους ημεδαπούς εργολήπτες, και εν πάση περιπτώσει μόνο εκείνες που προβλέπονται από τις διατάξεις των άρθρων 23 μέχρι 26». Όπως ορθώς τόνισε η Επιτροπή, οι διατάξεις αυτές δεν επιτρέπουν να επιβάλλεται στους εργολήπτες των άλλων κρατών μελών η υποχρέωση να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τα αναφερόμενα στο άρθρο 287, παράγραφος 2, της RGCE πραγματικά στοιχεία. Το άρθρο 26, στοιχεία γ' και δ', της οδηγίας ορίζει ότι επιτρέπεται να επιβάλλεται στον εργολήπτη η υποχρέωση καταθέσεως δηλώσεως στην οποία να αναφέρονται, μεταξύ άλλων, ο τεχνικός εξοπλισμός που θα διαθέτει για την εκτέλεση του έργου, καθώς και δηλώσεως σχετικά με το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό της επιχειρήσεως κατά την τελευταία τριετία. Το κρίσιμο σημείο σχετικά με την εκτίμηση του επίμαχου κανόνα είναι πάντως ότι στην οδηγία δεν απαντά καμία νομική βάση για την υποχρέωση παροχής ιδιαίτερων στοιχείων σχετικά με το εργατικό δυναμικό, τον τεχνικό εξοπλισμό και τα οικονομικά μέσα *εντός της ισπανικής επικράτειας*. Το άρθρο 287, παράγραφος 2, της RGCE είναι συνεπώς ασυμβίβαστο με την οδηγία 71/305.

87. Η Επιτροπή ορθώς επίσης υποστηρίζει ότι η επίμαχη διάταξη συνιστά πρόσκομμα στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Η διάταξη αυτή έχει την έννοια ότι το γεγονός ότι μια επιχείρηση δεν διαθέτει (ή δεν διαθέτει σε επαρκή βαθμό) τεχνικό εξοπλισμό κ.λπ. εντός της ισπανικής επικράτειας θα μπορούσε να έχει σημασία για την κατάταξή της στην Ισπανία, πράγμα που επίσης θα μπορούσε να επηρεάσει τις δυνατότητες του ενδιαφερομένου επιχειρηματία να παρέχει υπηρεσίες εντός της Ισπανίας. Μολονότι η διάταξη αυτή ισχύει τυπικά εξίσου για τους αλλοδαπούς και για τους ημεδαπούς επιχειρηματίες, νομίζω ότι πρόκειται για διάταξη που ευνοεί στην πράξη τους Ισπανούς επιχειρηματίες, για τους οποίους υπάρχουν πολύ μεγαλύτερες πιθανότητες να διαθέτουν εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και τεχνικό εξοπλισμό εντός της ισπανικής επικράτειας [36]. Με άλλα λόγια, πρόκειται συνεπώς για συγκαλυμμένη διάκριση λόγω ιθαγένειας, η οποία δεν στηρίζεται σε κανέναν από τους λόγους που θα μπορούσαν, κατά τη Συνθήκη, να δικαιολογήσουν τους κανόνες αυτούς.

88. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 287, παράγραφος 2, της RGCE είναι ασυμβίβαστο προς την οδηγία 71/305 και το άρθρο 59 της Συνθήκης.

δ) *Το άρθρο 312, παράγραφος 2, της RGCE*

89. Η διάταξη αυτή, η οποία ρυθμίζει την αποδεικτική δύναμη των παρόμοιων πιστοποιητικών και εγγράφων που εκδίδουν οι αρχές των άλλων κρατών μελών σε σχέση με ορισμένες ισπανικές προϋποθέσεις ως προς την απόδειξη, είναι σε ορισμένα σημεία, κατά την άποψη της Επιτροπής, αντίθετη προς το άρθρο 28, παράγραφος 3, της οδηγίας 71/305, το οποίο προβλέπει ορισμένους κανόνες σχετικά με την αποδεικτική δύναμη των πιστοποιητικών κατατάξεως που εκδίδουν τα άλλα κράτη μέλη. Στο σημείο αυτό

36 — Βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1992, σ. I-3401, σκέψεις 10, 11 και 12).

η Ισπανική Κυβέρνηση δεν προέβαλε αντιρρήσεις και ανέφερε ότι η εν λόγω διάταξη επρόκειτο να τροποποιηθεί κατά την προβλεπόμενη τροποποίηση του LCE. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να δεχθεί τα αιτήματα της Επιτροπής επί του σημείου αυτού.

ε) *Το άρθρο 330, παράγραφος 3, σημείο 5, της RGCE*

90. Η διάταξη αυτή προβλέπει τους τρόπους με τους οποίους ο προμηθευτής μπορεί να αποδεικνύει την τεχνική ικανότητά του και ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι η απόδειξη αυτή μπορεί να συνίσταται στην προσκόμιση πιστοποιητικών που να έχουν εκδώσει σχετικά με τα οικεία εμπορεύματα τα επίσημα ισπανικά ινστιτούτα ή οι επίσημες ισπανικές υπηρεσίες που είναι αρμόδιες για τον ποιοτικό έλεγχο. Κατά την άποψη της Επιτροπής, η διάταξη αυτή αντιβαίνει προς το άρθρο 23, παράγραφος 1, στοιχείο ε', της οδηγίας 77/62, το οποίο επιτρέπει βέβαια την επιβολή της υποχρεώσεως προσκομίσεως πιστοποιητικών για την ποιότητα των εμπορευμάτων, όχι όμως και της υποχρεώσεως να έχουν καταρτισθεί τα πιστοποιητικά αυτά από οργανισμό του κράτους στο οποίο εδρεύουν οι αναθέτουσες αρχές. Η Επιτροπή υποστήριξε παράλληλα ότι η επιβολή της υποχρεώσεως αυτής συνιστά πρόσκομμα στην ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, το οποίο αντιβαίνει προς το άρθρο 30 της Συνθήκης. Η Ισπανική Κυβέρνηση δεν προέβαλε αντιρρήσεις επί του σημείου αυτού και ανέφερε ότι η εν λόγω διάταξη επρόκειτο να καταργηθεί κατά την προβλεπόμενη τροποποίηση του LCE. Η Ισπανική Κυβέρνηση πρόβαλε απλώς το επιχείρημα ότι πρόκειται για εσφαλμένη διατύπωση και ότι η λύση θα ήταν να μην προσδοθεί στενά γραμματική ερμηνεία στην εν λόγω διάταξη. Το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να δεχθεί το αίτημα της Επιτροπής επί του σημείου αυτού.

στ) *Το άρθρο 341 της RGCE*

91. Το άρθρο 341 της RGCE ορίζει τα εξής:

«Σύμφωνα με την τέταρτη από τις τελικές διατάξεις του LCE, η Κυβέρνηση μπορεί, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, να απαλλάσσει τους επιχειρηματίες που έχουν περιληφθεί σε πίνακα κατατάξεως του Υπουργείου Οικονομικών από την υποχρέωση συστάσεως προσωρινής εγγυήσεως, όταν υποβάλλουν προσφορά για συμβάσεις έργου.»

92. Η Επιτροπή ανέφερε ότι η δυνατότητα αυτή υλοποιήθηκε με το βασιλικό διάταγμα 1883/79, της 1ης Ιουνίου 1979, το οποίο επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές να προσθέτουν στις συγγραφές υποχρεώσεων που καταρτίζουν μια ρήτρα περί απαλλαγής, και με την υπουργική απόφαση της 23ης Οκτωβρίου 1979, κατά την οποία επιτρέπεται η προσθήκη ρήτρας περί απαλλαγής στις συγγραφές υποχρεώσεων του Υπουργείου Δημοσίων Έργων και Πολεοδομίας και των αυτόνομων οργανισμών του.

93. Η Επιτροπή υποστήριξε ότι το άρθρο 341 της RGCE είναι ασυμβίβαστο προς την οδηγία 71/305 και το άρθρο 59 της Συνθήκης. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι η δυνατότητα υποβολής προσφοράς χωρίς να έχει προηγηθεί κατάταξη αποτελεί δικαίωμα του επιχειρηματία και ότι η άσκηση του δικαιώματος αυτού δεν μπορεί να παρακωλύεται για τους λόγους που προέβαλαν οι ισπανικές αρχές. Η απαλλαγή από την υποχρέωση συστάσεως προσωρινής εγγυήσεως, η οποία προβλέπεται για τους επιχειρηματίες που έχουν καταταγεί, συνιστά οικονομικό κίνητρο για την επιδίωξη της κατατάξεως και έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό στην πράξη του δικαιώματος των επιχειρηματιών να υποβάλλουν προσφορές χωρίς προηγουμένως να έχουν καταταγεί.

Η Επιτροπή ανέφερε επίσης ότι δεν θεωρεί ότι είναι δύσκολο να επεκταθεί το ευεργέτημα της απαλλαγής από την υποχρέωση συστάσεως προσωρινής ασφάλειας, ώστε να

καλύπτονται και οι υποβάλλοντες προσφορά που αποδεικνύουν τις ικανότητές τους με άλλα μέσα πλην της κατατάξεως. Κατά την Επιτροπή, οι αναθέτουσες αρχές έχουν αρκετά μέσα επιβολής κυρώσεων στον «ανεύθυνο επιχειρηματία που υποβάλλει προσφορά», εφαρμόζοντας π.χ. τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 23, παράγραφος 1, στοιχεία δ' και ζ'.

94. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι οι ισπανικές διατάξεις παρέχουν στους αλλοδαπούς εργολήπτες τη δυνατότητα να προβαίνουν, υπό τις ίδιες ακριβώς συνθήκες που ισχύουν για τους Ισπανούς εργολήπτες, στη σύσταση δύο ειδών εγγυήσεως, προς τον σκοπό εξασφαλίσεως της ορθής εκτελέσεως της συμβάσεως. Οι επιχειρήσεις δηλαδή μπορούν να επιλέγουν είτε τη σύσταση προσωρινής εγγυήσεως είτε την κατάταξή τους σε κατάλογο του ισπανικού Υπουργείου Οικονομικών. Κατά συνέπεια, οι μη Ισπανοί επιχειρηματίες μπορούν να απαλλάσσονται, υπό τις ίδιες ακριβώς συνθήκες όπως οι ισπανικές επιχειρήσεις, από την υποχρέωση συστάσεως προσωρινής εγγυήσεως. Σε περίπτωση μη εκτελέσεως της συμβάσεως, οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα να επιβάλλουν ως κύρωση για τη μη εκτέλεση της συμβάσεως είτε την κατάπτωση της προσωρινής αυτής ασφάλειας είτε την αναστολή της κατατάξεως. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι αμφότερα αυτά τα είδη εγγυήσεως εμπίπτουν στο στοιχείο θ' του άρθρου 16 της οδηγίας 71/305, το οποίο επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές την υποχρέωση να προσθέτουν στις προκηρύξεις των ανοικτών διαδικασιών «τις πληροφορίες περί των εγγυήσεων και των λοιπών εξασφαλίσεων οποιασδήποτε μορφής οι οποίες δύνανται να απαιτούνται από τις αναθέτουσες αρχές». Κατά την Ισπανική Κυβέρνηση, οι αναθέτουσες αρχές δεν θα είχαν καμία δυνατότητα να επιβάλλουν αποτελεσματικές κυρώσεις σε περίπτωση μη εκτελέσεως της συμβάσεως, αν η απαλλαγή από την υποχρέωση συστάσεως προσωρινής εγγυήσεως κάλυπτε και τους μη Ισπανούς επιχειρηματίες που θα αποδείκνυαν την οικονομική, χρηματοδοτική και τεχνική ικανότητά τους με άλλα μέσα πλην της κατατάξεως.

95. Όπως προκύπτει από τα ανωτέρω, η Ισπανική Κυβέρνηση εμμένει επί της ανάγκης εξασφαλίσεως της ορθής εκπληρώσεως των συμβάσεων. Ο σκοπός αυτός λαμβάνεται επαρκώς υπόψη από την υποχρέωση συστάσεως προσωρινής ασφάλειας, η οποία πρέπει να θεωρηθεί ότι επιτρέπεται βάσει του άρθρου 16, στοιχείο θ', της οδηγίας 71/305. Κατά τη γνώμη μου, η επιβολή της υποχρεώσεως κατατάξεως στο ισπανικό Υπουργείο Οικονομικών δεν παρέχει αντίθετα καμία ιδιαίτερη εγγύηση για την ορθή εκπλήρωση των συναπτομένων συμβάσεων. Κατά την άποψη της Ισπανικής Κυβερνήσεως, η εγγύηση αυτή συνίσταται στην «απειλή» αναστολής της κατατάξεως σε περίπτωση μη εκτελέσεως των συμβάσεων, πράγμα που θα είχε ως συνέπεια ότι η μετέπειτα ανάθεση άλλων συμβάσεων στην ενδιαφερομένη επιχείρηση θα καθίστατο δύσκολη. Η «απειλή» αυτή όμως σχετικά με τον αποκλεισμό από μελλοντικές προσκλήσεις προς υποβολή προσφορών υφίσταται ανεξάρτητα από το ζήτημα της κατατάξεως στην Ισπανία. Όπως τόνισε η Επιτροπή, το άρθρο 23, στοιχεία δ' και ζ', της οδηγίας ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή στον διαγωνισμό κάθε εργολήπτη «που έχει διαπράξει βαρύ επαγγελματικό παράπτωμα που δύναται αποδεδειγμένως να διαπιστωθεί με οποιοδήποτε μέσο από τις αναθέτουσες αρχές» ή «που κατέστη ιδιαίτερα σοβαρά ένοχος ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του (...) κεφαλαίου» της οδηγίας περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Οι διατάξεις αυτές δίνουν τουλάχιστον τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να επιβάλλουν κυρώσεις για την εσκεμμένη μη εκπλήρωση των συμβάσεων — ακόμη και όσον αφορά τους μη Ισπανούς εργολήπτες που έχουν αποδείξει την οικονομική, χρηματοδοτική

και τεχνική ικανότητά τους με άλλα μέσα πλην της κατατάξεως — και η ύπαρξη της δυνατότητας αυτής παρέχει, κατά την άποψή μου, την ίδια ακριβώς εγγύηση για την εκτέλεση των συναπτομένων συμβάσεων την οποία παρέχει και η υποχρέωση κατατάξεως που επιβάλλει η Ισπανική Κυβέρνηση, δηλαδή αποτελεί «απειλή» αποκλεισμού από τις μετέπειτα διαδικασίες διαγωνισμών.

Κατά συνέπεια, η κατά τις ισπανικές διατάξεις υποχρέωση κατατάξεως στο ισπανικό Υπουργείο Οικονομικών ως προϋπόθεση της απαλλαγής από την υποχρέωση συστάσεως προσωρινής εγγυήσεως καταλήγει στην πράξη στην επιβολή μιας ιδιαίτερης οικονομικής επιβαρύνσεως στους μη Ισπανούς επιχειρηματίες που δεν έχουν καταταγεί στην Ισπανία [37]. Όπως όμως τόνισε η Επιτροπή, η οδηγία 71/305 παρέχει στους επιχειρηματίες τη δυνατότητα να αποδεικνύουν την ικανότητά τους με την προσκόμιση των αποδεικτικών μέσων που μνημονεύονται στα άρθρα 23 έως 26 της οδηγίας 71/305 ή με την προσκόμιση πιστοποιητικού κατατάξεως εντός άλλου κράτους μέλους. Δεν είναι δυνατόν να επιβληθεί στους επιχειρηματίες η υποχρέωση να έχουν καταταγεί εντός του κράτους μέλους εντός του οποίου διεξάγεται η διαδικασία του διαγωνισμού [38]. Κατά συνέπεια, είναι ασυμβίβαστο προς την οδηγία το γεγονός ότι η έλλειψη κατατάξεως στην Ισπανία συνεπάγεται οικονομικές επιβαρύνσεις.

96. Οποιαδήποτε οικομική επιβάρυνση επιβάλλεται σε μη Ισπανούς επιχειρηματίες που δεν έχουν καταταγεί στην Ισπανία συνιστά πρόσκομμα στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών κατά το άρθρο 59 της Συνθήκης. Το επιχείρημα της Ισπανικής Κυβερνήσεως σχετικά με την ανάγκη εξασφαλίσεως της ορθής εκτελέσεως των συμβάσεων δεν μπορεί, όπως ανέφερα ήδη, να γίνει δεκτό και δεν νομίζω ότι θα μπορούσαν να προβληθούν άλλοι λόγοι γενικού συμφέροντος προς δικαιολόγηση κανόνων σαν τον επίμαχο εν προκειμένω.

97. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 341 της RGCE είναι ασυμβίβαστο προς την οδηγία 71/305 και το άρθρο 59 της Συνθήκης.

Διατάξεις περί τεχνικών προδιαγραφών

98. Η Επιτροπή ζητεί να αναγνωρισθεί ότι το άρθρο 244 της RGCE, το οποίο προβλέπει ορισμένους κανόνες σχετικά με τεχνικές προδιαγραφές, αντιβαίνει προς το άρθρο 7 της οδηγίας 77/62.

99. Το άρθρο 7, παράγραφος 1, της οδηγίας ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που προβλέπονται στο πλαίσιο συμβάσεων δημοσίων προμηθειών πρέπει να καθορίζονται με αναφορά σε κατάλληλα πρότυπα και ότι στην περίπτωση αυτή πρέπει να γίνεται αναφορά — κατά σειρά προτιμήσεως — σε κοινοτικά πρότυπα, σε ευρωπαϊκά πρότυπα, σε διεθνή πρότυπα, σε εθνικά πρότυπα και, τέλος, σε λοιπά πρότυπα. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι η επίμαχη διάταξη της RGCE δεν μετέφερε στο εθνικό δίκαιο τους κανόνες αυτούς σχετικά με τη σειρά προτιμήσεως.

100. Η Ισπανική Κυβέρνηση αναγνώρισε ότι η σειρά προτιμήσεως που προβλέπεται

37 — Όσον αφορά τους Ισπανούς επιχειρηματίες, φαίνεται ότι η προϋπόθεση κατατάξεως είναι υποχρεωτική. Η Ισπανική Κυβέρνηση τόνισε δηλαδή ότι η προϋπόθεση κατατάξεως είναι υποχρεωτική για τις δημόσιες συμβάσεις των οποίων η αξία υπερβαίνει τα 20 εκατομμύρια πεσέτες και ότι η δυνατότητα αποδείξεως της τεχνικής και χρηματοδοτικής ικανότητας με άλλα μέσα, πλην της κατατάξεως, δεν ισχύει για τους Ισπανούς επιχειρηματίες. Οι διλώσεις αυτές έχουν, κατά την άποψή μου, την έννοια ότι, όσον αφορά τις συμβάσεις που φθάνουν ή υπερβαίνουν το ανωτέρω ποσό, τη δυνατότητα επιλογής μεταξύ κατατάξεως ή συστάσεως προσωρινής εγγυήσεως έχουν μόνο οι μη Ισπανοί επιχειρηματίες.

38 — Βλ. την απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Transporoute, σκέψεις 12 και 13.

στο άρθρο 7, παράγραφος 1, της οδηγίας 77/62 δεν έχει μεταφερθεί στην ισπανική νομοθεσία, η οποία προβλέπει απλώς ότι οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν να καθορίζονται με αναφορά σε εθνικά ή διεθνή πρότυπα. Η Ισπανική Κυβέρνηση παρατήρησε πάντως ότι το άρθρο 7 έχει τροποποιηθεί ουσιαστικά από το άρθρο 8 της οδηγίας 88/295 και ότι επομένως θα ήταν ανεπίτρεπτο και παράλογο να απαιτείται η προσαρμογή της ισπανικής νομοθεσίας στις διατάξεις της οδηγίας 77/62 ή η μεταφορά των διατάξεων της οδηγίας 88/295 στην ισπανική νομοθεσία πριν από τη λήξη της προθεσμίας μεταφοράς. Η Ισπανική Κυβέρνηση τόνισε συναφώς ότι για τη μεταφορά της οδηγίας 88/295 στο ισπανικό δίκαιο έχει παραχωρηθεί στην Ισπανία συμπληρωματική προθεσμία. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι το αίτημα της Επιτροπής εν προκειμένω δεν συμβιβάζεται με την υποχρέωση διευκολύνσεως κατά το δυνατόν της εκ μέρους των κρατών μελών εκπληρώσεως των υποχρεώσεων που υπέχουν από τη Συνθήκη και παραπέμπει συναφώς στο άρθρο 5 της Συνθήκης, καθώς και στη νομολογία του Δικαστηρίου, και συγκεκριμένα στην απόφαση της 21ης Μαρτίου 1991 στην υπόθεση C-303/88, Ιταλία κατά Επιτροπής [39].

101. Τα επιχειρήματα της Ισπανικής Κυβερνήσεως δεν μπορούν να γίνουν δεκτά. Η υποχρέωση εμπρόθεσμης μεταφοράς των οδηγιών στα εθνικά δίκαια δεν αναιρείται από το γεγονός ότι οι οδηγίες αυτές έχουν τροποποιηθεί μεταγενέστερα, ενώ ούτε από το άρθρο 5 της Συνθήκης, το οποίο αφορά την αμοιβαία υποχρέωση ειλικρινούς συνεργασίας μεταξύ κρατών μελών και κοινοτικών οργάνων, ούτε από τη νομολογία του Δικαστηρίου μπορεί να συναχθεί ότι η Επιτροπή είναι εξουσιοδοτημένη να απαλλάσσει τα κράτη από τις υποχρεώσεις που υπέχουν σε σχέση με τις προβλεπόμενες προθεσμίες μεταφοράς. Κατά συνέπεια, πρέπει να θεωρηθεί αποδεδειγμένο ότι η Ισπανία παρέλειψε να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 7, παράγραφος 1, της οδηγίας 77/62, επειδή δεν μετέφερε εντός της προθεσμίας που προβλεπόταν για τη μεταφορά της οδηγίας τη σειρά προτιμήσεως που επιβάλλει η διάταξη αυτή.

102. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε επίσης ότι το άρθρο 244, παράγραφος 2, της RGCE αντιβαίνει προς το άρθρο 7, παράγραφος 2, της οδηγίας 77/62.

Το άρθρο 244, παράγραφος 2, ορίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«Οι τεχνικές προδιαγραφές δεν αναφέρουν προϊόντα ορισμένης κατασκευής ή προελεύσεως ή ορισμένες μεθόδους επεξεργασίας, οι οποίες θα είχαν ως αποτέλεσμα το να ευνοούν ή να αποκλείουν ορισμένες επιχειρήσεις, εκτός αν τούτο δικαιολογείται από το αντικείμενο της συμβάσεως. Όταν η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να περιγράψει το αντικείμενο της προσκλήσεως προς υποβολή προσφορών με άλλες προδιαγραφές, οι οποίες να είναι επαρκώς σαφείς και κατανοητές για όλους τους ενδιαφερομένους, επιτρέπεται η αναφορά σε σήματα, άδειες εκμεταλλεύσεως ή ορισμένους τύπους, υπό τον όρο ότι η αναφορά αυτή συνοδεύεται από τις λέξεις "ή αντίστοιχο".»

Το άρθρο 7, παράγραφος 2, της οδηγίας 77/62 έχει ως εξής:

«Πλην της περιπτώσεως κατά την οποία οι προδιαγραφές αυτές δικαιολογούνται από το αντικείμενο της συμβάσεως, τα κράτη μέλη απαγορεύουν την αναγραφή στους όρους των συμβάσεων κρατικών προμηθειών τεχνικών προδιαγραφών οι οποίες αναφέρουν προϊόντα ορισμένης κατασκευής ή προελεύσεως ή μεθόδους επεξεργασίας (...). Ειδικότερα απαγορεύεται η αναφορά

39 — Συλλογή 1991, σ. I-1433.

εμπορικών σημάτων, διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας, τύπων, ορισμένης προελεύσεως ή παραγωγής. Πάντως, τέτοια αναφορά, υπό την προϋπόθεση ότι συνοδεύεται από τις λέξεις "ή αντίστοιχο", επιτρέπεται όπου το αντικείμενο της συμβάσεως δεν δύναται να περιγραφεί διαφορετικά με προδιαγραφές επαρκώς σαφείς και πλήρως κατανοητές για όλους τους ενδιαφερομένους.»

103. Η Επιτροπή ισχυρίστηκε συναφώς ότι το άρθρο 244, παράγραφος 2, της RGCE προβλέπει τη δυνατότητα αναγραφής «ορισμένης προελεύσεως ή παραγωγής» χωρίς την παράλληλη αναγραφή της φράσης «ή αντίστοιχο».

104. Η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι η διάταξη αυτή καθιερώνει αφενός μια γενική απαγόρευση, η διατύπωση της οποίας είναι σχεδόν πανομοιότυπη με την πρώτη φράση του άρθρου 7, παράγραφος 2, της οδηγίας 77/62 και αφετέρου μια εξαίρεση, η οποία διαφέρει από την αντίστοιχη διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 7, καθόσον είναι αυστηρότερη, αφού δεν επιτρέπει, όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές, την αναγραφή ορισμένης προελεύσεως ή παραγωγής, έστω και αν οι ενδείξεις αυτές συνοδεύονται από τη φράση «ή αντίστοιχο».

105. Είναι σαφές ότι το άρθρο 7, παράγραφος 2, της οδηγίας απαγορεύει τόσο την αναγραφή *ορισμένης προελεύσεως* ή *ορισμένης παραγωγής* όσο και την αναφορά *εμπορικών σημάτων, διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας* ή *τύπων*. Είναι επίσης σαφές ότι τα ανωτέρω επιτρέπεται να αναγράφονται, εφόσον είναι αναγκαίο, υπό ορισμένες συγκεκριμένες προϋποθέσεις και εφόσον συνοδεύονται από τη μνεία «ή αντίστοιχο». Αντίθετα, το άρθρο 244, παράγραφος 2, της RGCE ρυθμίζει τα δύο πρώτα από τα ανωτέρω αναφερόμενα στοιχεία στο πρώτο εδάφιο, τα δε τρία τελευταία στο τελευταίο εδάφιο. Έτσι όμως η διάταξη καθίσταται ασαφής. Αν η διάταξη αυτή ερμηνευθεί βάσει του γράμματός της και μόνο, δημιουργείται η εντύπωση ότι επιτρέπεται η αναγραφή ορισμένης προελεύσεως ή παραγωγής, εφόσον τούτο δικαιολογείται από το αντικείμενο της προσκλήσεως προς υποβολή προσφορών, χωρίς να απαιτείται η προσθήκη της μνείας «ή αντίστοιχο», και ότι επιτρέπεται η αναγραφή σημάτων, διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας ή τύπων, υπό την προϋπόθεση ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να περιγράψουν με άλλα στοιχεία το αντικείμενο της πρσκλήσεως προς υποβολή προσφορών και υπό την προϋπόθεση ότι θα υπάρχει η μνεία «ή αντίστοιχο». Όπως έχω ήδη αναφέρει, η Ισπανική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η ερμηνεία αυτή είναι εσφαλμένη, καθόσον η διάταξη αυτή ουδόλως επιτρέπει την αναγραφή της προελεύσεως του εμπορεύματος ή της παραγωγής του. Η ερμηνεία πάντως της Ισπανικής Κυβερνήσεως, η οποία καθιστά ίσως τη διάταξη αυτή σύμφωνη προς την οδηγία, δεν διακρίνεται από επαρκή σαφήνεια, αν ληφθεί υπόψη το γράμμα της διατάξεως, και συναφώς πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν υπάρχει βεβαιότητα ως προς το ισχύον δίκαιο στον τομέα αυτό, πράγμα που είναι καθαυτό αντίθετο προς την υποχρέωση ορθής μεταφοράς των οδηγιών, την οποία επιβάλλει το κοινοτικό δίκαιο.

106. Για τους ανωτέρω λόγους θα προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι το άρθρο 244 της RGCE είναι ασυμβίβαστο προς την οδηγία 77/62.

Διατάξεις σχετικές με τα κριτήρια για τη σύναψη των συμβάσεων

107. Με το δικόγραφο της προσφυγής η Επιτροπή ζήτησε από το Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι δεν συμβιβάζονται με το κοινοτικό δίκαιο ο νόμος της 24ης Νοεμβρίου 1939, περί οργανώσεως και προστασίας της εθνικής βιομηχανίας, και το άρθρο

11 του βασιλικού διατάγματος 946/1978, της 14ης Απριλίου 1978, περί των παροχών φαρμακευτικών προϊόντων. Κατά την προφορική διαδικασία η Ισπανική Κυβέρνηση τόνισε ότι οι διατάξεις αυτές έχουν καταργηθεί. Κατόπιν αυτού η Επιτροπή παραιτήθηκε από το αίτημά της.

Επί των δικαστικών εξόδων

108. Ανωτέρω κατέληξα στο συμπέρασμα ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, όσον αφορά το άρθρο 2, παράγραφος 8, και το άρθρο 29 bis, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3, του LCE, και το άρθρο 2, παράγραφος 8, το άρθρο 24, παράγραφος 1, σημείο 1, και το άρθρο 93 ter, 1, σημεία 1 και 3, της RGCE.

Δεδομένου όμως ότι πρέπει, κατά τη γνώμη μου, να γίνουν δεκτά τα περισσότερα από τα αιτήματα της Επιτροπής, θα προτείνω στο Δικαστήριο να καταδικάσει την Ισπανία στα δικαστικά έξοδα.

Πρόταση

Για τους ανωτέρω λόγους προτείνω στο Δικαστήριο

να αναγνωρίσει ότι το Βασίλειο της Ισπανίας παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τα άρθρα 30 και 59 της Συνθήκης ΕΟΚ και από τις οδηγίες 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων, και 77/62/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών, επειδή:

— διατηρεί σε ισχύ ορισμένες διατάξεις που προβλέπουν εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, και συγκεκριμένα το άρθρο 2, παράγραφος 3, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων και το άρθρο 2, παράγραφος 3, της κανονιστικής αποφάσεως περί δημοσίων συμβάσεων,

— διατηρεί σε ισχύ ορισμένες διατάξεις που επιτρέπουν τη σύναψη συμβάσεων με απευθείας ανάθεση, και συγκεκριμένα το άρθρο 37, παράγραφος 1, σημεία 1, 2, 7 και 8, και το άρθρο 87, παράγραφος 4, σημεία 1, 2 και 5, του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων, τα άρθρα 117, παράγραφος 1, σημεία 1, 2, 7 και 8, και 247, παράγραφος 4, σημεία 1, 2 και 5, της κανονιστικής αποφάσεως περί δημοσίων συμβάσεων, και το άρθρο 120 του νομοθετικού διατάγματος περί τοπικής αυτοδιοικήσεως,

— διατηρεί σε ισχύ ορισμένες διατάξεις σχετικά με τους κανόνες συμμετοχής και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, και συγκεκριμένα το άρθρο 25, παράγραφος 1, σημεία 1 και 3, το άρθρο 287, παράγραφος 2, το άρθρο 312, παράγραφος 2, το άρθρο 320, παράγραφος 3, σημείο 5, και το άρθρο 341 της κανονιστικής αποφάσεως περί δημοσίων συμβάσεων,

— διατηρεί σε ισχύ ορισμένες διατάξεις σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές, και συγκεκριμένα το άρθρο 244 της κανονιστικής αποφάσεως περί δημοσίων συμβάσεων,

να απορρίψει την προσφυγή κατά τα λοιπά και

να καταδικάσει το Βασίλειο της Ισπανίας στα δικαστικά έξοδα.