ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
POIARES MADURO
της 17ης Δεκεμβρίου 2008 [1]

1. Η υπό κρίση προσφυγή που ασκήθηκε από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά της Ελλάδας αφορά δημόσια σύμβαση σχετική με σταθμό παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας στη νήσο της Κρήτης. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή, παραλείποντας, πρώτον, να δημοσιεύσει προκήρυξη διαγωνισμού και, δεύτερον, να αιτιολογήσει την απόρριψη συγκεκριμένης προσφοράς, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από την οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών [2].

Πραγματικά περιστατικά

2. Τον Ιούλιο του 2003, η Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού (ΔΕΗ) δημοσίευσε προκήρυξη διαγωνισμού για την προμήθεια και την εγκατάσταση δύο θερμοηλεκτρικών μονάδων για τον σταθμό παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας στον Αθερινόλακκο της νήσου Κρήτης. Η ΔΕΗ θεώρησε ότι οι υποβληθείσες προσφορές δεν ανταποκρίνονταν πλήρως στους όρους της προκήρυξης του διαγωνισμού και, ως εκ τούτου, η διαδικασία εγκαταλείφθηκε. Τον Μάιο του 2004 δημοσιεύθηκε νέα προκήρυξη διαγωνισμού για το ίδιο έργο, η οποία ήταν ελαφρώς διαφορετική από την πρώτη. Και οι πέντε προσφορές που υποβλήθηκαν κατόπιν της δεύτερης προκήρυξης διαγωνισμού απορρίφθηκαν ως «ακατάλληλες», διότι δεν ανταποκρίνονταν πλήρως σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές και η διαδικασία εγκαταλείφθηκε εκ νέου.

3. Στις 14 Δεκεμβρίου 2004, η ΔΕΗ, χωρίς να δημοσιεύσει νέα προκήρυξη διαγωνισμού, απηύθυνε έγγραφο στους πέντε υποψηφίους που μετέσχαν στον δεύτερο διαγωνισμό και τους ζήτησε να υποβάλουν, εντός 15 ημερών, τις «τελικές οικονομικές προσφορές» τους καθώς και να άρουν τις όποιες αποκλίσεις, ιδίως τεχνικές, υφίσταντο μεταξύ των προηγούμενων προσφορών τους και των προδιαγραφών του έργου. Με το έγγραφο αυτό, η ΔΕΗ εξήγησε ότι αποφάσισε να μη δημοσιεύσει προκήρυξη διαγωνισμού επικαλούμενη, μεταξύ άλλων, το «ιστορικό της όλης υπόθεσης», «τον αναγκαίο για την εγκατάσταση των δύο νέων μονάδων χρόνο, που είναι 29 και 31 μήνες αντίστοιχα», «την ανάγκη για έγκαιρη κάλυψη των αυξημένων και επειγουσών αναγκών σε ηλεκτρική ενέργεια του συστήματος της Κρήτης από το 2007» και «την απρόβλεπτη καθυστέρηση ανάθεσης του έργου η οποία ανέκυψε λόγω της αναποτελεσματικότητας των προαναφερθέντων διαγωνισμών». Και οι πέντε υποψήφιοι που μετέσχαν στον δεύτερο διαγωνισμό υπέβαλαν νέες προσφορές.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.
2 — ΕΕ 1993, L 199, σ. 84.

4. Στις 7 Φεβρουαρίου 2005, η ΔΕΗ ενημέρωσε με έγγραφό της έναν εκ των υποψηφίων για την απόρριψη της προσφοράς του, χωρίς, ωστόσο, να εξηγήσει τους λόγους απόρριψης. Ο εν λόγω υποψήφιος υπέβαλε τρεις αιτήσεις προς τη ΔΕΗ, στις 10 και 11 Φεβρουαρίου 2005 και στις 10 Μαρτίου 2005, και δύο αιτήσεις προς το Υπουργείο Ανάπτυξης, στις 17 και 31 Μαρτίου 2005, ζητώντας να του γνωστοποιηθούν οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς. Τελικά, η ΔΕΗ απάντησε στις 4 Απριλίου 2005. Εν συνεχεία, ο ανωτέρω υποψήφιος υπέβαλε ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών αίτηση λήψεως ασφαλιστικών μέτρων, η οποία απορρίφθηκε στις 7 Ιουλίου 2005. Η ΔΕΗ συνήψε τη σύμβαση με άλλον υποβαλόντα προσφορά στις 15 Σεπτεμβρίου 2005.

5. Ο αποκλεισθείς υποψήφιος υπέβαλε καταγγελία ενώπιον της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η οποία, κρίνοντας ότι η εκ μέρους της ΔΕΗ διεξαγωγή της διαδικασίας διαγωνισμού δεν ήταν σύμφωνη προς το κοινοτικό δίκαιο και λαμβάνοντας υπόψη τη μεγάλη οικονομική αξία της συμβάσεως, κίνησε τη διαδικασία λόγω παραβάσεως κατά της Ελλάδας. Μη ικανοποιηθείσα από την απάντηση των ελληνικών αρχών στο έγγραφο οχλήσεως και στην αιτιολογημένη γνώμη της, η Επιτροπή άσκησε προσφυγή με την οποία ζήτησε από το Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι η Ελλάδα παρέβη την υποχρέωση που υπέχει από το άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο α', όσον αφορά τη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού και από το άρθρο 41, παράγραφος 4, όσον αφορά την υποχρέωση αιτιολογήσεως της απόρριψης της προσφοράς των αποκλεισθέντων υποψηφίων, της οδηγίας 93/38.

I — Η μη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού

6. Εφαρμοστέα διάταξη είναι το άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας 93/38 που ορίζει: «οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να χρησιμοποιήσουν διαδικασία χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού στις ακόλουθες περιπτώσεις: […] εάν ύστερα από διαδικασία με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού καμία προσφορά δεν υποβλήθηκε ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν ήταν κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιαστικά οι αρχικοί όροι της σύμβασης». Όπως ορθά υπογραμμίζει η Ελληνική Κυβέρνηση, η διάταξη αυτή παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να χρησιμοποιούν διαδικασία χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού, όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες τρεις προϋποθέσεις: (i) έχει προηγηθεί προκήρυξη διαγωνισμού, (ii) καμία προσφορά δεν υποβλήθηκε ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν ήταν κατάλληλη και (iii) δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιαστικά οι αρχικοί όροι της σύμβασης.

7. Στην υπό κρίση υπόθεση, είναι σαφές ότι η πρώτη προϋπόθεση πληρούται. Η Ελληνική Κυβέρνηση και η Επιτροπή διαφωνούν ως προς το αν πληρούνται ομοίως η δεύτερη και η τρίτη προϋπόθεση.

Η έννοια των ακατάλληλων προσφορών

8. Η ΔΕΗ απέρριψε τις υποβληθείσες στο πλαίσιο της δεύτερης διαδικασίας διαγωνισμού προσφορές ως «ακατάλληλες», διότι δεν ανταποκρίνονταν πλήρως σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές. Προέβη ορθά η ΔΕΗ στον χαρακτηρισμό αυτό των προσφορών;

Με άλλα λόγια, ποια είναι η έννοια του όρου «ακατάλληλη» προσφορά; Το ερώτημα είναι σημαντικό, διότι από την απάντηση σε αυτό εξαρτάται η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να συνάψει τη σύμβαση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. Αν οι υποβληθείσες προσφορές ορθά χαρακτηρίζονται ως «ακατάλληλες», δεν απαιτείται περαιτέρω προκήρυξη διαγωνισμού αντιθέτως, αν οι απορριφθείσες προσφορές δεν μπορούν να θεωρηθούν ως «ακατάλληλες», η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να επαναλάβει την όλη διαδικασία.

9. Κατά την Επιτροπή, μόνον η προσφορά η οποία προδήλως δεν καλύπτει τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής εμπίπτει στην κατηγορία των «ακατάλληλων» προσφορών άλλες αποκλίσεις, ήσσονος σημασίας, δικαιολογούν ενδεχομένως την απόρριψη της προσφοράς, αλλά δεν την καθιστούν «ακατάλληλη», ούτως ώστε να παρέχεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να συνάψει τη σύμβαση χωρίς να ακολουθήσει τη συνήθη διαδικασία διαγωνισμού. Αντιθέτως, η Ελληνική Κυβέρνηση προτείνει μια πιο ευρεία ερμηνεία του όρου «ακατάλληλη» προσφορά. Επικαλούμενη ιδίως την αιτιολογική σκέψη 45 του προοιμίου της οδηγίας, κατά την οποία «οι κανόνες που θα πρέπει να εφαρμόζονται από τους ενδιαφερόμενους φορείς πρέπει να αποτελούν πλαίσιο για τις θεμιτές εμπορικές πρακτικές και να επιτρέπουν τη μέγιστη δυνατή ευελιξία», η Ελληνική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να διαθέτουν ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως για την απόρριψη ως «ακατάλληλων» όλων των προσφορών που δεν ανταποκρίνονται πλήρως στα κριτήρια που θέτει η προκήρυξη του διαγωνισμού και, εν συνεχεία, να έχουν τη δυνατότητα να συνεχίσουν τη διαδικασία χωρίς νέα προκήρυξη διαγωνισμού.

10. Έχω τη γνώμη ότι η προτεινόμενη από την Ελληνική Κυβέρνηση ερμηνεία είναι υπερβολικά ευρεία. Κατά την εκτίμηση της εκτάσεως της διακριτικής ευχέρειας που απολαύουν οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να λαμβάνονται ως βάση οι απαιτήσεις της Συνθήκης. Με την απόφαση Teleaustria και Telefonadress το Δικαστήριο έκρινε ότι, αν και οι συμβάσεις παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτοντες φορείς, όταν τις συνάπτουν, υποχρεούνται, πάντως, να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης εν γένει και την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας ειδικότερα, η οποία συνεπάγεται μια υποχρέωση διαφάνειας [3]. Εν συνεχεία, το Δικαστήριο διευκρίνισε το περιεχόμενο της υποχρεώσεως διαφάνειας υπό την έννοια ότι «[η] εν λόγω υποχρέωση διαφάνειας που απόκειται στην αναθέτουσα αρχή συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού» [4]. Επομένως, η διαφάνεια στις δημόσιες συμβάσεις αποτελεί απαίτηση του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου και συνεπάγεται, τουλάχιστον, κάποιας μορφής δημοσιότητα. Η σημασία της δημοσιότητας είναι διπλή: πρώτον, οι δυνητικοί ανάδοχοι λαμβάνουν γνώση της υπάρξεως επιχειρηματικής δυνατότητας, γεγονός το οποίο, με τη σειρά του, μπορεί να οξύνει τον ανταγωνισμό για τη σύναψη της συμβάσεως, καθόσον είναι πιθανό να υποβληθούν περισσότερες προσφορές δεύτερον, η δημοσιότητα αποτρέπει το ενδεχόμενο μεροληψίας και διαφθοράς, καθόσον

3 — Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Teleaustria και Telefonadress (Συλλογή 2000, σ. I-10745, σκέψεις 60 έως 61).

4 — Όπ.π., σκέψη 62.

διευκολύνει τον έλεγχο των διαδικασιών συνάψεως της συμβάσεως [5]. Στη νομολογία του Δικαστηρίου, η διαφάνεια συνδέεται με την απαγόρευση των διακρίσεων και δρα ως μηχανισμός για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης προς τη θεμελιώδη αυτή αρχή του κοινοτικού δικαίου [6].

11. Ένα περαιτέρω στοιχείο το οποίο έχει σημασία για την ερμηνεία του όρου «ακατάλληλη» προσφορά είναι το ότι ένας από τους σκοπούς των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων είναι η ανάπτυξη αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην αγορά. Με την πρόσφατη απόφαση Επιτροπή κατά Ιταλίας, στο πλαίσιο της οποίας η Επιτροπή υποστήριξε ότι η Ιταλία παρέβη τις υποχρεώσεις που υπείχε από διάφορες οδηγίες, συμπεριλαμβανομένης της οδηγίας 93/38, το Δικαστήριο επισήμανε ότι «οι οδηγίες αποβλέπουν στην εξάλειψη των πρακτικών που περιορίζουν τον ανταγωνισμό γενικά και τη συμμετοχή στις δημόσιες συμβάσεις υπηκόων άλλων κρατών μελών, προκειμένου να τεθεί σε εφαρμογή, μεταξύ άλλων, η ελευθερία εγκαταστάσεως και η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών που καθιερώνονται, αντιστοίχως, με τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ» [7]. Όπως έχει διευκρινίσει το Δικαστήριο με προγενέστερη απόφαση επί υποθέσεως που αφορούσε την ερμηνεία της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ [8], «πρωταρχικός σκοπός της οδηγίας είναι η ενίσχυση του ανταγωνισμού στον τομέα της αναθέσεως συμβάσεων δημοσίων έργων. Πράγματι, ο κίνδυνος ευνοιοκρατίας από τις δημόσιες αρχές αποφεύγεται χάρη στο άνοιγμα στον κοινοτικό ανταγωνισμό σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπει η οδηγία» [9]. Επομένως, ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός αίρει τα εμπόδια για την είσοδο νέων επιχειρήσεων στην αγορά, αποβαίνει υπέρ των αναθετόντων φορέων οι οποίοι έχουν τη δυνατότητα επιλογής μεταξύ πλειόνων της μιας προσφορών και περισσότερες πιθανότητες να επιτύχουν έτσι το μέγιστο δυνατό όφελος και διασφαλίζει την πλήρη εφαρμογή αυτών καθεαυτών των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων.

12. Όπως προκύπτει από τις προαναφερθείσες αποφάσεις, η υποχρέωση προκήρυξης διαγωνισμού έχει ως βάση το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο και πρέπει να τηρείται συστηματικά. Η σύναψη συμβάσεων χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού είναι ικανή να βλάψει όχι μόνο δυνητικούς υποψηφίους, αλλά και τους πολίτες οι οποίοι μέσω της φορολογίας πληρώνουν για δημόσια έργα και να νοθεύσει τον ανταγωνιστικό χαρακτήρα της αγοράς δημοσίων συμβάσεων, θίγοντας την αποτελεσματικότητα των διατάξεων της Συνθήκης περί των θεμελιωδών κοινοτικών ελευθεριών. Για τους λόγους αυτούς, διάταξη παρέχουσα τη δυνατότητα σε αναθέτουσα αρχή να μη δημοσιεύσει προκήρυξη διαγωνισμού πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικώς. Το άρθρο 20, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/38 αποτελεί μια τέτοια διάταξη. Καταρχάς, ορίζει ότι οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να συνάψουν

5 — Οι νέες οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων επιβάλλουν ρητά στους αναθέτοντες φορείς υποχρέωση διαφάνειας. Το άρθρο 2 της νέας οδηγίας για τις συμβάσεις του δημόσιου τομέα [οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114)] και το άρθρο 10 της νέας οδηγίας για τις συμβάσεις των οργανισμών κοινής ωφέλειας [οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 1)] προβλέπουν ότι οι αναθέτοντες φορείς πρέπει να «ενεργούν με διαφάνεια».

6 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, Unitron Scandinavia (Συλλογή 1999, σ. I-8291, σκέψη 31), της 18ης Νοεμβρίου 2001, C-19/00, SIAC (Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψη 41), και της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06, PRESSETEXT NACHRICHTENAGENTUR (δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλογή, σκέψη 32).

7 — Απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας (δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλογή, σκέψη 2).

8 — Οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ 1993, L 199, σ. 54).

9 — Απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti κ.λπ. (Συλλογή 2001, σ. I-5409, σκέψη 75). Βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και 286/99, Lombardini και Mantovani (Συλλογή 2001, σ. I-9233, σκέψη 35), και της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochan (Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 44).

σύμβαση χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού και εν συνεχεία προβαίνει σε εξαντλητική απαρίθμηση των περιπτώσεων στις οποίες αυτό είναι δυνατό. Το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ως προς την ορθή ερμηνευτική προσέγγιση της διατάξεως αυτής με την απόφαση Επιτροπή κατά Ελλάδας, η οποία αφορούσε τα στοιχεία γ' και δ' της εν λόγω διατάξεως σχετικά, αντίστοιχα, με συμβάσεις οι οποίες για λόγους τεχνικής ή καλλιτεχνικής ιδιομορφίας μπορούν να εκτελεστούν μόνον από συγκεκριμένο εργολήπτη και με περιπτώσεις κατεπείγουσας ανάγκης: «πρέπει, προκαταρκτικώς, να υπομνησθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 20, παράγραφος 2, στοιχεία γ' και δ', της οδηγίας 93/38, ως παρεκκλίνουσες από τους κανόνες περί των διαδικασιών αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικώς» [10]. Η υπό κρίση υπόθεση πρέπει να επιλυθεί με βάση το στοιχείο α' (ελλείψει προσφορών και «ακατάλληλων» προσφορών), το οποίο πρέπει να ερμηνευθεί εξίσου συσταλτικά με τα στοιχεία γ' και δ', δεδομένου ότι δεν υπάρχει τίποτε στο πνεύμα ή στο γράμμα του άρθρου 20, παράγραφος 2, ή στην απόφαση του Δικαστηρίου Επιτροπή κατά Ελλάδας το οποίο θα δικαιολογούσε διαφορετική ερμηνευτική προσέγγιση.

13. Υπό το πρίσμα της ανωτέρω ανάλυσης, η προτεινόμενη από την Ελληνική Κυβέρνηση ευρεία ερμηνεία του όρου «ακατάλληλη» προσφορά δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Η παροχή στους αναθέτοντες φορείς της δυνατότητας να στηρίζονται σε ασήμαντες αποκλίσεις των υποβληθεισών προσφορών προκειμένου να τις απορρίψουν ως «ακατάλληλες» ισοδυναμεί, στη πράξη, με την αναγνώριση σε αυτούς απόλυτης διακριτικής ευχέρειας όσον αφορά τη δημοσίευση ή μη προκήρυξης διαγωνισμού. Ο αναθέτων φορέας που επιθυμεί να επιδείξει «εύνοια» προς ορισμένους υποψηφίους, για να χρησιμοποιήσω τη διατύπωση του Δικαστηρίου στην απόφαση Ordine degli Architetti, μπορεί εύκολα να εντοπίσει ένα στοιχείο σε σχέση με το οποίο η υποβληθείσα προσφορά δεν ανταποκρίνεται πλήρως στις προδιαγραφές του έργου, να απορρίψει την προσφορά ως «ακατάλληλη» και, εν συνεχεία, να προχωρήσει στη σύναψη της συμβάσεως χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού. Αυτό ισχύει ιδίως προκειμένου περί σημαντικών έργων τα οποία απαιτούν προηγμένη τεχνογνωσία και στα οποία η συγγραφή υποχρεώσεων είναι δικαιολογημένα περίπλοκη. Ακριβώς αυτόν τον κίνδυνο καλούνται να αποτρέψουν οι κοινοτικοί κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων, είτε αυτοί προβλέπονται από τη Συνθήκη είτε από το παράγωγο δίκαιο. Αντιθέτως, η προτεινόμενη από την Επιτροπή ερμηνεία, κατά την οποία μία προσφορά μπορεί να απορριφθεί ως «ακατάλληλη» και ο αναθέτων φορέας να ακολουθήσει, έτσι, διαδικασία χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού μόνο στην περίπτωση κατά την οποία η προσφορά δεν ανταποκρίνεται στις ανάγκες του εν λόγω φορέα, αναγνωρίζει στον αναθέτοντα φορέα επαρκή διακριτική ευχέρεια όσον αφορά την αξιολόγηση των υποβληθεισών προσφορών, ενώ συγχρόνως εξασφαλίζει την τήρηση των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων.

14. Προς στήριξη της ευρείας ερμηνείας του άρθρου 20, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 93/38, η Ελληνική Κυβέρνηση επικαλέστηκε κυρίως την αιτιολογική σκέψη 45 του προοιμίου της οδηγίας, η οποία κάνει λόγο για την ανάγκη «μέγιστης δυνατής ευελιξίας» σε σχέση με τους κανόνες περί συνάψεως συμβάσεων σχετικών με υπηρεσίες κοινής ωφέλειας. Από την αιτιολογική αυτή σκέψη η Ελληνική Κυβέρνηση συνάγει ότι οι αναθέτοντες φορείς του εν λόγω τομέα διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά την εφαρμογή των διατάξεων της οδηγίας, συμπεριλαμβανομένης της διατάξεως περί «ακατάλληλων» προσφορών και περί συνάψεως συμβάσεων χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού. Σε σχέση με το επιχείρημα αυτό έχω δύο αντιρρήσεις.

10 — Απόφαση της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας (Συλλογή 2005, σ. I-4713, σκέψη 33).

15. Πρώτον, η αιτιολογική σκέψη 45 δεν αποτελεί αυτοτελή διάταξη δικαίου, παρέχουσα δικαιώματα ή επιβάλλουσα υποχρεώσεις. Όπως οι διατάξεις όλων των προοιμίων των οδηγιών, έχει μάλλον διευκρινιστικό χαρακτήρα, ήτοι ο λόγος υπάρξεώς της έγκειται στο να βοηθήσει αυτούς που ερμηνεύουν την οδηγία να κατανοούν τους σκοπούς και το πνεύμα βάσει του οποίου η οδηγία εκδόθηκε. Στην υπό κρίση υπόθεση, η αιτιολογική σκέψη 45 εξηγεί τους λόγους για τους οποίους ο κοινοτικός νομοθέτης θέσπισε, όσον αφορά τον τομέα των υπηρεσιών κοινής ωφέλειας ένα σύνολο κανόνων λιγότερο αυστηρών σε σχέση με τους κανόνες που θέσπισε για άλλους τομείς, όπως για τους τομείς των υπηρεσιών και προμηθειών. Ακόμη σημαντικότερο, αυτό καθεαυτό το άρθρο 20, παράγραφος 2, αποτελεί έκφραση της πιο ευέλικτης προσέγγισης που υιοθετείται στον τομέα των υπηρεσιών κοινής ωφέλειας, καθόσον επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές να ακολουθούν διαδικασία χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού σε περισσότερες περιπτώσεις απ' ό,τι οι οδηγίες που διέπουν άλλους τομείς [11]. Με άλλα λόγια, ο ίδιος ο κοινοτικός νομοθέτης, δια της θεσπίσεως των ειδικών διατάξεων της οδηγίας 93/38, καθόρισε τον τρόπο με τον οποίο οι σχετικοί προς τις υπηρεσίες κοινής ωφέλειας κανόνες πρέπει να είναι πιο ευέλικτοι και θα ήταν εσφαλμένο να γίνει δεκτό ότι η αιτιολογική σκέψη 45 παρέχει στις αναθέτουσες αρχές κάποια αυτοτελή ευελιξία η οποία προστίθεται στις ήδη ελαστικές διατάξεις της οδηγίας.

16. Δεύτερον, όπως επισήμανα, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η δημοσιότητα αποτελεί μια θετική υποχρέωση την οποία η Συνθήκη επιβάλλει στους αναθέτοντες φορείς. Παρεκκλίσεις από την υποχρέωση αυτή πρέπει να προβλέπονται ρητά από τον νόμο και να ερμηνεύονται συσταλτικώς. Ακόμη κι αν γινόταν δεκτή η ύπαρξη μιας τέτοιας γενικής αρχής ευελιξίας για την ερμηνεία της οδηγίας, η αρχή αυτή δεν θα μπορούσε, πάντως, να υπερισχύει υποχρεώσεων που απορρέουν από το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο.

17. Τέλος, πρέπει να γίνει αναφορά στη σχέση μεταξύ των διαφόρων οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Η Ελληνική Κυβέρνηση αντιτάχθηκε έντονα στην άποψη που υποστήριξε η Επιτροπή ότι η ερμηνεία της οδηγίας 93/38 θα μπορούσε να γίνει με γνώμονα τις οδηγίες για τις συμβάσεις του δημόσιου τομέα. Ισχυρίζεται ότι η οδηγία αυτή θεσπίζει σύστημα κανόνων που αφορά ειδικά τον τομέα των υπηρεσιών κοινής ωφέλειας και ότι θα ήταν σφάλμα να συγκρίνονται οι κανόνες αυτοί με τους κανόνες που διέπουν τις συμβάσεις έργων ή προμηθειών. Δεν συμφωνώ με τον ισχυρισμό αυτό. Μεμονωμένες διατάξεις απαντώνται μόνο σε σπάνιες περιπτώσεις. Οι κανόνες δικαίου αποτελούν μέρος ενός πλαισίου νοηματοδούνται όταν ερμηνεύονται εντός του ευρύτερου νομικού πλαισίου στο οποίο εντάσσονται. Στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων το Δικαστήριο έχει αναφερθεί συχνά στις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων ως σύνολο κανόνων που επιδιώκουν κοινούς σκοπούς και στηρίζονται σε κοινές αρχές. Ανέφερα ήδη την απόφαση Επιτροπή κατά Ιταλίας, με την οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι οι οδηγίες 92/50 [12], 93/36 [13], 93/37 και 93/38 έχουν ως

11 — Όπως υπογραμμίζει η Επιτροπή, αυτή η προσέγγιση της «ευελιξίας», ως εξήγηση της φύσεως των κανόνων περί συνάψεως συμβάσεων της οδηγίας 93/38, ενισχύεται, κατ' αναλογία, από την αιτιολογική σκέψη 28 της νέας οδηγίας για τις συμβάσεις των οργανισμών κοινής ωφέλειας που αντικατέστησε την οδηγία 93/38. Η αιτιολογική αυτή σκέψη αναφέρει σε σχέση με τις ταχυδρομικές υπηρεσίες: «οι συμβάσεις που συνάπτονται από τους αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι παρέχουν ταχυδρομικές υπηρεσίες, θα πρέπει να υπόκεινται στους κανόνες της παρούσας οδηγίας, συμπεριλαμβανομένων εκείνων του άρθρου 30, οι οποίοι, εξασφαλίζοντας την εφαρμογή των αρχών που αναφέρονται στην αιτιολογική σκέψη 9, δημιουργούν ένα πλαίσιο θεμιτών εμπορικών πρακτικών και επιτρέπουν μεγαλύτερη ευελιξία από αυτή που προσφέρει η οδηγία 2004/18/ΕΚ […]». Εν προκειμένω, η νέα οδηγία για τις συμβάσεις των οργανισμών κοινής ωφέλειας συγκρίνεται με την οδηγία για τις συμβάσεις του δημόσιου τομέα προκειμένου να καταστεί σαφές υπό ποια έννοια οι διατάξεις της πρώτης είναι πιο ευέλικτες από τις διατάξεις της δεύτερης.

12 — Οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ 1992, L 209, σ. 1).

13 — Οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ 1993, L 199, σ. 1).

κοινό σκοπό την εξάλειψη των αντίθετων προς τον ανταγωνισμό πρακτικών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων [14], ενώ υπάρχουν και άλλες πρόσφατες περιπτώσεις στις οποίες το Δικαστήριο χρησιμοποίησε διατύπωση από την οποία προκύπτει ότι οι οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων πρέπει να ερμηνεύονται κατά τρόπο συστηματικό και συνεκτικό [15]. Αγνοούσε, επομένως, το Δικαστήριο ότι κάθε οδηγία διέπει ένα διαφορετικό τομέα των δημοσίων συμβάσεων και ότι μεταξύ των κανόνων που οι οδηγίες αυτές θεσπίζουν υφίσταντο διαφορές; Ασφαλώς όχι. Αυτό που εννοούσε το Δικαστήριο είναι ότι, παρά τις διαφορές τους, οι οδηγίες συνιστούν ένα πλέγμα κανόνων που έχουν ως κοινό σκοπό να διασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων είναι δίκαιες, ανοιχτές και αποτελεσματικές.

18. Συμπερασματικά, έχω τη γνώμη ότι η ΔΕΗ, χαρακτηρίζοντας την απορριφθείσα προσφορά ως «ακατάλληλη» και μη δημοσιεύοντας προκήρυξη διαγωνισμού, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 20, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/38.

14 — Απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 2.

15 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-373/00, Truley, Συλλογή 2003, σ. I-1931, σκέψη 42 («από πάγια νομολογία προκύπτει επίσης ότι σκοπός των κοινοτικών οδηγιών σχετικά με το συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων είναι τόσο η αποσόβηση του κινδύνου να προτιμηθούν οι ημεδαποί υποβάλλοντες προσφορά ή υποψήφιοι κατά τη σύναψη οποιασδήποτε συμβάσεως στην οποία προβαίνουν οι αναθέτουσες αρχές όσο και ο αποκλεισμός του ενδεχομένου ένας οργανισμός ο οποίος χρηματοδοτείται ή ελέγχεται από το κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου να καθορίζει τη στάση του βάσει εκτιμήσεων μη οικονομικής φύσεως») προπαρατεθείσα απόφαση PRESSETEXT NACHRICHTENAGENTUR, σκέψη 31 («Από τη νομολογία προκύπτει ότι κύριος σκοπός των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων είναι η διασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός εντός όλων των κρατών μελών»). Επίσης, με την απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland (Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψη 91), το Δικαστήριο έκρινε ότι «δεν υπάρχει κανένας λόγος να ερμηνευθούν κατά διαφορετικό τρόπο δύο διατάξεις εμπίπτουσες στον ίδιο τομέα του κοινοτικού δικαίου και έχουσες ουσιαστικά πανομοιότυπη διατύπωση». Κατά το Δικαστήριο, κριτήριο αποτελεί το ουσιαστικό περιεχόμενο των προς ερμηνεία διατάξεων αν το ουσιαστικό περιεχόμενο είναι το ίδιο και η ερμηνεία πρέπει να είναι η ίδια.

Οι όροι της συμβάσεως

19. Καθόσον η δεύτερη από τις τρεις προϋποθέσεις του άρθρου 20, παράγραφος 2, στοιχείο α', δεν συνέτρεχε, η ΔΕΗ δεν μπορούσε να κάνει χρήση της διατάξεως αυτής, ανεξαρτήτως του αν οι αρχικοί όροι της συμβάσεως παρέμεναν αμετάβλητοι. Εντούτοις, χάριν πληρότητας, θα αναφέρω συνοπτικά τους λόγους για τους οποίους η Επιτροπή ορθά, κατά τη γνώμη μου, υποστηρίζει ότι δεν υπήρξε ουσιώδης τροποποίηση των αρχικών όρων.

20. Η δεύτερη προκήρυξη διαγωνισμού προέβλεπε ότι δεν επιτρέπονταν αποκλίσεις μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών που καθόρισε η αναθέτουσα αρχή και αυτών που περιλαμβάνονταν στις προσφορές των υποψηφίων. Εντούτοις, προσφορές που δεν ανταποκρίνονταν πλήρως στις τεχνικές αυτές προδιαγραφές μπορούσαν να γίνουν δεκτές υπό τον όρον ότι τυχόν αποκλίσεις όσον αφορά τα τεχνικά χαρακτηριστικά του μηχανολογικού εξοπλισμού, τον οποίο ο υποβαλών προσφορά πρότεινε να χρησιμοποιήσει, θα αποτελούσαν αντικείμενο χωριστής μνείας στα έγγραφα της προσφοράς και δεν θα επηρέαζαν τη συνολική απόδοση του σταθμού παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας. Στην περίπτωση αυτή, ο υποβαλών προσφορά ουδεμία υποχρέωση είχε να άρει τις αποκλίσεις και να επιβαρυνθεί με το πρόσθετο οικονομικό κόστος. Εντούτοις, κατά την τρίτη φάση της διαδικασίας, ζητήθηκε από τους υποβαλόντες προσφορά να άρουν ενδεχόμενες αποκλίσεις που παρουσίαζαν οι προηγούμενες προσφορές τους, επιβαρυνόμενοι με το σχετικό κόστος και να υποβάλουν σχετική υπεύθυνη δήλωση.

21. Η Ελληνική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι το άρθρο 20, παράγραφος 2, δεν απαγορεύει οποιαδήποτε τροποποίηση των αρχικών όρων της συμβάσεως, αλλά μόνον τις «ουσιώδεις». Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ο εκπρόσωπος της Ελληνικής Κυβέρνησης, ερωτηθείς από τον εισηγητή-δικαστή πως συμβιβάζεται ο ισχυρισμός της κυβέρνησης ότι και οι πέντε προσφορές που υποβλήθηκαν στο πλαίσιο του δεύτερου διαγωνισμού ήταν «ακατάλληλες» και ότι καμία ουσιαστική τροποποίηση δεν επιτρεπόταν στο πλαίσιο του τρίτου διαγωνισμού με το γεγονός ότι η σύμβαση ανατέθηκε τελικά σε έναν από τους πέντε υποψηφίους, η προσφορά του οποίου είχε αρχικά απορριφθεί, υποστήριξε ότι οι μόνες τροποποιήσεις που ζήτησε η ΔΕΗ στο πλαίσιο του τρίτου διαγωνισμού αφορούσαν τις σχετικές με τις τεχνικές προδιαγραφές αποκλίσεις που είχαν διαπιστωθεί στο πλαίσιο του δεύτερου διαγωνισμού και είχαν οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς, ενώ οι λοιποί όροι της συμβάσεως παρέμεναν αμετάβλητοι.

22. Συμφωνώ με την Ελληνική Κυβέρνηση ότι το σχετικό κριτήριο είναι η φύση της τροποποιήσεως των όρων της συμβάσεως ως *ουσιώδους,* αλλά δεν είμαι πεπεισμένος ότι η τροποποίηση περί της οποίας πρόκειται ήταν επουσιώδης ή μη αρκούντως ουσιώδης κατά την έννοια του άρθρου 20, παράγραφος 2, στοιχείο α'. Ένας σημαντικός νέος όρος προστέθηκε κατά την τρίτη φάση: οι υποβαλόντες προσφορά όφειλαν να άρουν όλες τις αποκλίσεις, επιβαρυνόμενοι με το σχετικό κόστος, ενώ σύμφωνα με τους όρους της συγγραφής υποχρεώσεων στη δεύτερη φάση οι αποκλίσεις αυτές θα μπορούσαν να γίνουν δεκτές. Προφανώς, η αναθέτουσα αρχή θεώρησε τη νέα αυτή υποχρέωση σημαντική, άλλως δεν θα είχε ζητήσει από τους μετασχόντες υποψηφίους να υποβάλουν σχετική υπεύθυνη δήλωση. Παρομοίως, θεωρούμενη από την πλευρά των υποβαλόντων προσφορά, μια τέτοια τροποποίηση των όρων της συμβάσεως είναι πράγματι ουσιώδης, καθόσον αποκλείει ευθύς εξαρχής όσους ενδέχεται να μη μπορούν ή να μη θέλουν να άρουν τις αποκλίσεις που απαντούν στις αρχικές προσφορές τους και να επιβαρυνθούν με το σχετικό κόστος. Τέτοιου είδους τροποποιήσεις των αρχικών όρων της συμβάσεως πρέπει να θεωρούνται πάντα «ουσιώδεις». Επιπροσθέτως, όπως ανέφερα, διάταξη η οποία παρέχει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να συνάψει σύμβαση χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού, όπως το άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο α', πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικώς στο μέτρο που εισάγει εξαίρεση από τον στηριζόμενο στη Συνθήκη κανόνα περί διαφάνειας. Επομένως, οι αναθέτοντες φορείς έχουν τη δυνατότητα να μην προκηρύξουν διαγωνισμό μόνον αν οι τροποποιήσεις περί των οποίων πρόκειται δεν μπορούν σαφώς να επηρεάσουν, πραγματικώς ή δυνητικώς, τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως. Στην υπό κρίση υπόθεση, η τροποποίηση των όρων της συμβάσεως δεν είναι δυνατό να θεωρηθεί επουσιώδης ή μη αρκούντως ουσιώδης κατά την έννοια του άρθρου 20, παράγραφος 2, στοιχείο α'.

23. Δεδομένου ότι η ΔΕΗ απέρριψε τις υποβληθείσες στο πλαίσιο του δεύτερου διαγωνισμού προσφορές με την αιτιολογία ότι δεν ανταποκρίνονταν πλήρως στις καθοριζόμενες τεχνικές προδιαγραφές, ήταν πρακτικώς αδύνατη, κατά τον τρίτο διαγωνισμό, η σύναψη της συμβάσεως με έναν εκ των πέντε υποψηφίων, χωρίς προηγούμενη τροποποίηση της προσφοράς του. Επομένως, κατά τον τρίτο διαγωνισμό, η ΔΕΗ τροποποίησε τους όρους της συμβάσεως, ούτως ώστε να διασφαλίσει ότι οι υποβαλόντες προσφορά θα αναλάμβαναν την υποχρέωση να άρουν τις όποιες αποκλίσεις και τους ζήτησε να υποβάλουν νέα οικονομική προσφορά περιλαμβάνουσα το σχετικό κόστος. Αν η ΔΕΗ είχε δημοσιεύσει νέα προκήρυξη διαγωνισμού, η διαδικασία που ακολουθήθηκε θα ήταν απόλυτα ορθή. Η

ΔΕΗ, ωστόσο, παρά το γεγονός ότι οι αρχικοί όροι της συμβάσεως είχαν τροποποιηθεί ουσιωδώς, κάλεσε μόνο συγκεκριμένους υποψηφίους να υποβάλουν προσφορά. Ενεργώντας κατ' αυτό τον τρόπο, παρέβη το άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας 93/38.

Επείγουσα ανάγκη

24. Το άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο δ', της οδηγίας 93/38 προβλέπει ότι διαδικασία χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού μπορεί να χρησιμοποιηθεί «στο βαθμό που είναι αναγκαίος, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τον αναθέτοντα φορέα, οι προθεσμίες της κλειστής ή της ανοικτής διαδικασίας δεν είναι δυνατό να τηρηθούν». Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι από τον τρόπο με τον οποίο η ΔΕΗ αιτιολόγησε, με το έγγραφό της προς τους πέντε υποβαλόντες προσφορά στο πλαίσιο του δεύτερου διαγωνισμού, την απόφασή της να ακολουθήσει διαδικασία χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού (για παράδειγμα, οι αναφορές στις «επείγουσες ανάγκες» της Κρήτης σε ηλεκτρική ενέργεια, «στον χρόνο που χρειάζεται για να εγκατασταθούν οι δύο νέες μονάδες», στην «απρόβλεπτη καθυστέρηση») συνάγεται ότι στηρίχθηκε όχι μόνο στο άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο α', αλλά και στο άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο δ'. Η Ελληνική Κυβέρνηση διαφωνεί. Υποστηρίζει ότι εξαρχής η ΔΕΗ στηρίχθηκε μόνο στο άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο α', και διευκρίνισε ότι ο λόγος για τον οποίο ακολούθησε τη διαδικασία χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού ήταν ότι οι δύο προηγούμενοι διαγωνισμοί δεν ευδοκίμησαν. Αυτό ήταν το νόημα της φράσεως «το ιστορικό της όλης υπόθεσης». Η ΔΕΗ επικουρικώς αναφέρθηκε στην επείγουσα ανάγκη, θέλοντας να δείξει ότι ένα από τα στοιχεία τα οποία έλαβε υπόψη της ήταν το γεγονός ότι έπρεπε να δράσει άμεσα.

25. Είναι αληθές ότι από τη διατύπωση του εγγράφου της 14ης Δεκεμβρίου 2004 δίδεται η εντύπωση ότι η ΔΕΗ επικαλείται την επείγουσα ανάγκη ως έναν από τους λόγους που δικαιολογούν τη χρησιμοποίηση διαδικασίας χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού. Εντούτοις, δεν είναι σαφές αν γίνεται επίκληση του στοιχείου αυτού ως αυτοτελούς δικαιολογητικού λόγου στηριζόμενου στο άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο δ'. Εν πάση περιπτώσει, δεδομένου ότι η Ελληνική Κυβέρνηση δεν επικαλείται το στοιχείο αυτό, δεν υπάρχει λόγος για το Δικαστήριο να εξετάσει το ζήτημα περαιτέρω.

II — Η καθυστερημένη γνωστοποίηση των λόγων απόρριψης προσφοράς

26. Το άρθρο 41, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/38 έχει ως εξής: «Οι αναθέτοντες φορείς που ασκούν δραστηριότητα περιλαμβανομένη στα παραρτήματα I, II, VII, VIII και IX γνωστοποιούν σε κάθε αποκλεισθέντα υποψήφιο ή προσφέροντα, το συντομότερο από την παραλαβή σχετικής γραπτής αίτησης, τους λόγους απόρριψης της υποψηφιότητας ή της προσφοράς του και, σε κάθε προσφέροντα που υπέβαλε παραδεκτή προσφορά, τα χαρακτηριστικά και τα σχετικά πλεονεκτήματα της επιλεγείσας προσφοράς καθώς και το όνομα του αναδόχου». Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η μετά πάροδο δύο μηνών γνωστοποίηση στον αποκλεισθέντα υποψήφιο των λόγων απόρριψης της προσφοράς του δεν μπορεί να θεωρηθεί ως απάντηση εντός «σύντομης»

προθεσμίας κατά την έννοια της διατάξεως αυτής. Η Ελληνική Κυβέρνηση παραδέχεται ότι υπήρξε κάποια καθυστέρηση, αλλά υποστηρίζει ότι το κριτήριο που καθιστά δυνατή την εκτίμηση του αν η καθυστέρηση αυτή προσκρούει στο άρθρο 41, παράγραφος 4, έγκειται στο αν ο υποψήφιος εμποδίστηκε να ασκήσει τα δικαιώματα που του παρέχει το κοινοτικό δίκαιο. Επιπλέον, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ο εκπρόσωπος της Ελληνικής Κυβέρνησης υποστήριξε ότι από το ιστορικό της θεσπίσεως του άρθρου 41, παράγραφος 4 –η Επιτροπή είχε αρχικά προτείνει 15νθήμερη προθεσμία απαντήσεως, όπως η προβλεπόμενη στην οδηγία για τις συμβάσεις του δημόσιου τομέα, και όταν η πρόταση απορρίφθηκε από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, προκρίθηκε ο όρος «το συντομότερο»– προκύπτει ότι πρέπει να αναγνωριστεί κάποια διακριτική ευχέρεια στις αναθέτουσες αρχές κατά την εξέταση αιτήσεως με αντικείμενο την κοινοποίηση των λόγων απόρριψης ορισμένης προσφοράς. Κατά την Ελληνική Κυβέρνηση, δεδομένου ότι, στην υπό κρίση υπόθεση, ο αποκλεισθείς υποψήφιος είχε τη δυνατότητα να ασκήσει ένδικο βοήθημα για τον έλεγχο της νομιμότητας της αποφάσεως του αναθέτοντος φορέα, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η δίμηνη καθυστέρηση με την οποία ΔΕΗ απάντησε στην αίτησή του συνιστά παράλειψη της ΔΕΗ να συμμορφωθεί προς τις υποχρεώσεις που υπέχει από την οδηγία.

27. Συμφωνώ με την Ελληνική Κυβέρνηση ότι η χρήση του όρου «το συντομότερο», χωρίς αναφορά σε συγκεκριμένη προθεσμία, σημαίνει ότι η ερμηνεία του άρθρου 41, παράγραφος 4, δεν πρέπει να είναι υπερβολικά αυστηρή. Το γεγονός ότι η οδηγία για τις συμβάσεις του δημόσιου τομέα ρητά προβλέπει προθεσμία 15 ημερών [16], ενώ η οδηγία 93/38 για τις συμβάσεις των οργανισμών κοινής ωφέλειας δεν προβλέπει καμία προθεσμία, σημαίνει ότι πρόθεση του κοινοτικού νομοθέτη ήταν να κρίνεται κατά περίπτωση το πόσο σύντομα πρέπει να απαντήσει ο αναθέτων φορέας.

28. Προκειμένου να κριθεί, σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, αν πράγματι δόθηκε απάντηση εντός «σύντομης προθεσμίας», ένας από τους παράγοντες που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη είναι το αν ο υποψήφιος είχε τη δυνατότητα να κάνει χρήση των ενδίκων βοηθημάτων που του παρέχει το κοινοτικό και το εθνικό δίκαιο για τον δικαστικό έλεγχο της νομιμότητας της αποφάσεως του αναθέτοντος φορέα. Πράγματι, αν ο αναθέτων φορέας δεν εξηγήσει τους λόγους απόρριψης συγκεκριμένης προσφοράς, ο αποκλεισθείς υποψήφιος δεν είναι σε θέση να γνωρίζει αν έχει νόημα να προσβάλει την απόφαση του αναθέτοντος φορέα και για ποιους λόγους.

29. Πάντως, η προστασία των συμφερόντων των συμμετεχόντων σε διαδικασία για τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως υποψηφίων είναι ένας μόνον από τους επιδιωκόμενους από το άρθρο 41, παράγραφος 4, σκοπούς. Σκοπός της διατάξεως αυτής είναι, επίσης, η διασφάλιση της πλήρους εφαρμογής και της αποτελεσματικότητας της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεων στο πλαίσιο αυτό ωφελούμενοι είναι οι αναθέτοντες φορείς και, τελικά, οι φορολογούμενοι. Επομένως, κατά την ερμηνεία του όρου «το συντομότερο», πρέπει να λαμβάνεται υπόψη ότι η υποχρέωση των αναθετόντων φορέων να γνωστοποιούν τους λόγους απόρριψης εντός εύλογης προθεσμίας αποθαρρύνει την εκδήλωση εύνοιας προς ορισμένους υποψηφίους και ενθαρρύνει τη συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις του κοινοτικού δικαίου. Το άρθρο 41, παράγραφος 4, συνιστά διαδικαστική εγγύηση, η οποία συμβάλλει στη διασφάλιση του ότι οι λόγοι που δίδονται

16 — Άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/37, άρθρο 7, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/36, άρθρο 12, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50.

για την απόρριψη ορισμένης προσφοράς δεν αποτελούν πρόσχημα για την αυθαίρετη σύναψη συμβάσεων. Με άλλα λόγια, ο κανόνας αυτός επιτελεί αποτρεπτική λειτουργία: η αναθέτουσα αρχή, η οποία γνωρίζει ότι αμέσως μετά την επιλογή ενός υποψηφίου θα κληθεί να αιτιολογήσει την επιλογή της και να εξηγήσει τους λόγους απόρριψης των λοιπών υποψηφίων είναι λιγότερο πιθανό να παρεκκλίνει από τους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων.

30. Επιπροσθέτως, υπερβολική καθυστέρηση κατά την απάντηση σε αίτηση για διευκρίνιση των λόγων απόρριψης προσφοράς δύναται να έχει σημαντικές επιπτώσεις από πλευράς αποτελεσματικότητας. Για παράδειγμα, στην υπό κρίση υπόθεση, η ΔΕΗ τόνισε ιδιαίτερα το γεγονός ότι, στη νήσο της Κρήτης, υπήρχε επείγουσα ανάγκη για την παροχή πρόσθετης ηλεκτρικής ενέργειας. Εντούτοις, μη εξηγώντας τους λόγους επιλογής του συγκεκριμένου υποψηφίου και απόρριψης των λοιπών, καθυστέρησε το έργο κατά δύο μήνες. Η Ελληνική Κυβέρνηση δεν επικαλέστηκε κανένα λόγο προκειμένου να αιτιολογήσει την καθυστερημένη απάντηση εκ μέρους της ΔΕΗ, γεγονός το οποίο δύσκολα συμβιβάζεται με τον επείγοντα χαρακτήρα της επίδικης συμβάσεως. Δεδομένου ότι πολλά σημαντικά έργα σε διάφορα κράτη μέλη χρηματοδοτούνται, σε κάποιο ποσοστό, από τον κοινοτικό προϋπολογισμό, εύλογα αναμένεται οι αναθέτοντες φορείς να εφαρμόζουν τους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων κατά τρόπον ώστε να λαμβάνεται υπόψη η ανάγκη για αποτελεσματικότητα.

31. Πρέπει, επίσης, να επισημανθεί ότι η νέα οδηγία για τις συμβάσεις των οργανισμών κοινής ωφέλειας, που αντικατέστησε την οδηγία 93/38, προβλέπει στο άρθρο 49, παράγραφος 2, ότι οι αναθέτοντες φορείς γνωστοποιούν σε κάθε αποκλεισθέντα υποψήφιο τους λόγους για την απόρριψη της προσφοράς του «το συντομότερο δυνατό» και ότι «οι σχετικές προθεσμίες δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να υπερβαίνουν τις 15 ημέρες από την παραλαβή της γραπτής αίτησης». Οι συντάκτες της οδηγίας καθόρισαν το χρονικό διάστημα που θεωρείται αποδεκτό για την παροχή απαντήσεως και στέρησαν, έτσι, από τις αναθέτουσες αρχές κάθε περιθώριο διακριτικής ευχέρειας. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η υπό κρίση υπόθεση πρέπει να επιλυθεί, rationae temporis, σύμφωνα με την οδηγία 93/38 και όχι σύμφωνα με την οδηγία 2004/17. Εντούτοις, δεν πρέπει να παραβλέπεται το γεγονός ότι ο κοινοτικός νομοθέτης έκρινε ότι οι λόγοι που δικαιολογούσαν στο παρελθόν μια πιο ευέλικτη προσέγγιση του εν λόγω ζητήματος στον τομέα των υπηρεσιών κοινής ωφέλειας δεν υφίστανται πλέον. Συνεπώς, οι υπηρεσίες κοινής ωφέλειας υπόκεινται εφεξής στον ίδιο, αυστηρότερο κανόνα που διέπει τις συμβάσεις αγαθών, προμηθειών και υπηρεσιών και που ορίζει ότι σε καμία περίπτωση δεν επιτρέπεται υπέρβαση της 15νθήμερης προθεσμίας. Μολονότι η διάταξη αυτή δεν έχει εφαρμογή στην υπό κρίση υπόθεση, εντούτοις, οποιαδήποτε πρόταση προς το Δικαστήριο να μην τη λάβει υπόψη του θα ήταν σαφώς μη ρεαλιστική. Τελικά, η εύλογη προθεσμία κατά την οδηγία 93/38 θα πρέπει να καθορίζεται κατά περίπτωση, λαμβανομένης υπόψη της γενικής ανάγκης περί ταχύτητας στις δημόσιες συμβάσεις, η σημασία της οποίας δεν εξαντλείται στην προστασία των δικαιωμάτων των υποψηφίων. Ως εκ τούτου, φρονώ ότι η έννοια της απάντησης «εντός σύντομης προθεσμίας» πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικώς, λαμβανομένης υπόψη της συνήθους προθεσμίας που προβλέπεται σε άλλους τομείς δημοσίων συμβάσεων. Έχω τη γνώμη ότι η επί δύο μήνες παράλειψη της ΔΕΗ να γνωστοποιήσει στον αποκλεισθέντα υποψήφιο τους λόγους απόρριψης της προσφοράς του συνιστά –ελλείψει συγκεκριμένων λόγων που να δικαιολογούν την καθυστέρηση αυτή, η οποία σαφώς υπερβαίνει τη συνήθη προθεσμία που έχει εφαρμογή στις δημόσιες συμβάσεις– παράβαση του άρθρου 41, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/38.

III — Πρόταση

32. Προτείνω στο Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι η Ελληνική Δημοκρατία, παραλείποντας, δια της ΔΕΗ, να δημοσιεύσει προκήρυξη διαγωνισμού και να απαντήσει στο αίτημα του αποκλεισθέντος υποψηφίου για διευκρίνιση των λόγων απόρριψης της προσφοράς του, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τα άρθρα 20, παράγραφος 2, και 41, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών.