ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τέταρτο τμήμα)

της 6ης Μαΐου 2010 *

Στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-145/08 και C-149/08,

με αντικείμενο δύο αιτήσεις για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, τις οποίες υπέβαλε το Συμβούλιο της Επικρατείας (Ελλάδα) με αποφάσεις της 15ης Φεβρουαρίου 2008, που περιήλθαν στο Δικαστήριο στις 9 Απριλίου 2008, στο πλαίσιο των δικών

Κλαμπ Οτέλ Λουτράκι ΑΕ,

Αθηναϊκή Τεχνική ΑΕ,

Ευάγγελος Μαρινάκης

κατά

Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης,

* Γλώσσα διαδικασίας: η ελληνική.

Υπουργού Επικρατείας,

παρισταμένων των:

Athens Resort Casino ΑΕ Συμμετοχών,

Ελλάκτωρ ΑΕ, πρώην Ελληνική Τεχνοδομική ΤΕΒ ΑΕ,

Regency Entertainment Ψυχαγωγική και Τουριστική ΑΕ, πρώην Hyatt Regency Ξενοδοχειακή και Τουριστική (Ελλάς) ΑΕ,

Λεωνίδα Μπόμπολα (C-145/08),

και

Άκτωρ Ανώνυμη Τεχνική Εταιρεία (Άκτωρ ΑΤΕ)

κατά

Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης,

παρισταμένης της:

Μηχανική ΑΕ (C-149/08),

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (τέταρτο τμήμα),

συγκείμενο από τους K. Lenaerts, πρόεδρο του τρίτου τμήματος, προεδρεύοντα του τετάρτου τμήματος, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (εισηγητή), Γ. Αρέστη και J. Malenovský, δικαστές,

γενική εισαγγελέας: E. Sharpston
γραμματέας: L. Hewlett, κύρια υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 11ης Ιουνίου 2009,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

— η Κλαμπ Οτέλ Λουτράκι ΑΕ, εκπροσωπούμενη από τους Ι. Κ. Θεοδωρόπουλο και Σ. Α. Παππά, δικηγόρους,

— οι Athens Resort Casino ΑΕ Συμμετοχών και Regency Entertainment Ψυχαγωγική και Τουριστική ΑΕ, πρώην Hyatt Regency Ξενοδοχειακή και Τουριστική (Ελλάς) ΑΕ, εκπροσωπούμενες από τους Φ. Σπυρόπουλο, Κ. Σπυρόπουλο και Ι. Δρυλλεράκη, δικηγόρους,

— η Ελλάκτωρ ΑΕ, πρώην Ελληνική Τεχνοδομική ΤΕΒ ΑΕ, εκπροσωπούμενη από τη Β. Νιάτσου, δικηγόρο,

— η Άκτωρ ΑΤΕ, εκπροσωπούμενη από τον Κ. Γιαννακόπουλο, δικηγόρο,

— η Ελληνική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τις Α. Σαμώνη-Ράντου, Ε.-Μ. Μαμούνα και Ν. Μαριόλη καθώς και τον Ι. Διονυσόπουλο,

— η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τη Μ. Πατακιά και τον D. Kukovec,

αφού άκουσε τη γενική εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις της κατά τη συνεδρίαση της 29ης Οκτωβρίου 2009,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

1 Οι αιτήσεις για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως αφορούν την ερμηνεία των κρισίμων, σε σχέση προς τα πραγματικά περιστατικά των διαφορών των κυρίων δικών, διατάξεων των οδηγιών 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), και 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), όπως αυτή τροποποιήθηκε από την οδηγία 92/50 (στο εξής: οδηγία 89/665), καθώς και την ερμηνεία των γενικών αρχών του δικαίου της Ένωσης όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις και, ιδίως, της αρχής της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας.

2 Οι αιτήσεις αυτές υποβλήθηκαν στο πλαίσιο διαφορών μεταξύ, αφενός, ιδιωτικών επιχειρήσεων και φυσικών προσώπων και, αφετέρου, του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης (στο εξής: ΕΣΡ), αρχής η οποία, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία, έχει την εξουσία και την υποχρέωση να ελέγχει αν στα πρόσωπα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου, του μέλους οργάνου διοικήσεως ή του διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεως η οποία υπέβαλε προσφορά σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τη νομοθεσία αυτή ασυμβίβαστες ιδιότητες και αν, ως εκ τούτου, τα πρόσωπα αυτά πρέπει αυτομάτως να αποκλειστούν από τη διαδικασία.

Το νομικό πλαίσιο

Η νομοθεσία της Ένωσης

3 Το άρθρο 1, στοιχείο α΄, της οδηγίας 92/50 ορίζει τα ακόλουθα:

«[Ο]ι *δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών* είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ ενός παρέχοντος υπηρεσίες και μιας αναθέτουσας αρχής […]

[…]»

4 Το άρθρο 2 της οδηγίας αυτής ορίζει τα εξής:

«Αν η δημόσια σύμβαση έχει ως αντικείμενο ταυτοχρόνως προϊόντα κατά την έννοια της οδηγίας 77/62/ΕΟΚ [του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών (ΕΕ L 13, σ. 1)] και υπηρεσίες κατά την έννοια των παραρτημάτων I A και I B της παρούσας οδηγίας, εμπίπτει στην παρούσα οδηγία εφόσον η αξία των υπό κρίση υπηρεσιών υπερβαίνει την αξία των προϊόντων που περιλαμβάνονται στη σύμβαση.»

5 Το άρθρο 3 της ίδιας οδηγίας προβλέπει τα ακόλουθα:

«1. Κατά την υπ' αυτών σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, ή διοργάνωση διαγωνισμού μελετών, οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν διαδικασίες προσαρμοσμένες στις διατάξεις της παρούσας οδηγίας.

2. Οι αναθέτουσες αρχές φροντίζουν ώστε να μην υπάρχουν διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων παρεχόντων υπηρεσίες.

[…]»

6 Το άρθρο 8 της οδηγίας 92/50 προβλέπει τα εξής:

«Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες που απαριθμούνται στο παράρτημα I A συνάπτονται σύμφωνα με τις διατάξεις των τίτλων III έως VI.»

7 Το άρθρο 9 της οδηγίας αυτής ορίζει τα εξής:

«Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες που απαριθμούνται στο παράρτημα I B συνάπτονται σύμφωνα με τα άρθρα 14 και 16».

8 Το άρθρο 14 περιλαμβάνεται στον τίτλο IV της οδηγίας αυτής, ο οποίος αφορά τους κοινούς κανόνες στον τεχνικό τομέα και αναφέρεται στις τεχνικές προδιαγραφές που πρέπει να περιλαμβάνονται στα κείμενα γενικού περιεχομένου ή στη συγγραφή υποχρεώσεων κάθε συμβάσεως, το δε άρθρο 16 περιλαμβάνεται στον τίτλο V που ορίζει τους κοινούς κανόνες δημοσιότητας.

9 Το παράρτημα I B της οδηγίας 92/50, που τιτλοφορείται «Υπηρεσίες κατά την έννοια του άρθρου 9», περιλαμβάνει:

«[…]

17 Υπηρεσίες ξενοδοχειακές και εστίασης

[…]

26 Υπηρεσίες αναψυχής, πολιτιστικές και αθλητικές

27 Λοιπές υπηρεσίες».

10 Τέλος, η παράγραφος 1 του άρθρου 26 της ίδιας οδηγίας προβλέπει τα εξής:

«Κοινοπραξίες παρεχόντων υπηρεσίες δύνανται να υποβάλουν προσφορές. Οι εν λόγω κοινοπραξίες δεν δύναται να υποχρεωθούν να περιβληθούν ιδιαίτερη νομική μορφή προκειμένου να υποβάλουν την προσφορά. Η επιλεγείσα κοινοπραξία δύναται να υποχρεωθεί να πράξει τούτο όταν της ανατεθεί η σύμβαση».

11 Το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665 προβλέπει τα ακόλουθα:

«1. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα, έτσι ώστε, όσον αφορά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 71/305/ΕΟΚ [του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων [ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7], 77/62 […] και 92/50 […], οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, σύμφωνα με τους όρους που τίθενται στα ακόλουθα άρθρα καθώς και, ιδίως, στο άρθρο 2, παράγραφος 7, στην περίπτωση όπου οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν την κοινοτική νομοθεσία στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή τους εθνικούς κανόνες που θέτουν σε εφαρμογή την κοινοτική νομοθεσία.

2. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να μην υφίσταται καμία διάκριση μεταξύ των επιχειρήσεων που μπορούν να επικαλεσθούν ζημία στα πλαίσια διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεως του Δημοσίου, λόγω της διάκρισης που γίνεται με την παρούσα οδηγία μεταξύ των εθνικών κανόνων που μεταγράφουν το κοινοτικό δίκαιο και των άλλων εθνικών κανόνων.

3. Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες προσφυγής μπορούν να κινηθούν, σύμφωνα με προϋποθέσεις που μπορούν να καθορίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων [ή υπηρεσιών] και το οποίο

υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση. Ειδικότερα, τα κράτη μέλη μπορούν να απαιτούν από το πρόσωπο που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία αυτή να ενημερώνει προηγουμένως την αναθέτουσα αρχή για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει προσφυγή.»

12 Το άρθρο 2 της οδηγίας αυτής ορίζει τα εξής:

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικασίες προσφυγής που ορίζονται στο άρθρο 1 να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου:

α) να λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με την επείγουσα διαδικασία, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της εν λόγω σύμβασης του Δημοσίου ή της εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνεται από τις αναθέτουσες αρχές·

β) να ακυρώνουν ή να επιτρέπουν την ακύρωση των παράνομων αποφάσεων, και ιδίως να καταργούν τις τεχνικές, οικονομικές και χρηματοδοτικές προδιαγραφές που εισάγουν διακρίσεις και περιλαμβάνονται στα έγγραφα με τα οποία καλούνται οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, στις συγγραφές υποχρεώσεων ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με τη διαδικασία σύναψης της συγκεκριμένης σύμβασης·

γ) να επιδικάζουν αποζημίωση στα ζημιωθέντα από την παράβαση πρόσωπα.

[…]

5. Τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν ότι, οσάκις ζητείται αποζημίωση για τον λόγο ότι απόφαση ελήφθη παρανόμως, πρέπει πρώτα να ακυρώνεται η προσβαλλόμενη απόφαση από μια αρμόδια προς τούτο αρχή.

6. Τα αποτελέσματα της άσκησης των εξουσιών που προβλέπονται στην παράγραφο 1 επί της συμβάσεως που ακολουθεί την ανάθεση μιας σύμβασης δημοσίου θα καθορίζονται από το εθνικό δίκαιο.

Εκτός από την περίπτωση κατά την οποία μια απόφαση πρέπει να ακυρωθεί προτού χορηγηθεί αποζημίωση, ένα κράτος μέλος μπορεί επίσης να προβλέπει ότι, μετά τη σύναψη της σύμβασης που ακολουθεί την ανάθεση της σύμβασης του δημοσίου, οι εξουσίες της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής περιορίζονται στη χορήγηση αποζημίωσης σε κάθε πρόσωπο που υπέστη ζημία από παράβαση.

[…]»

Η εθνική νομοθεσία

13 Η οδηγία 89/665 μεταφέρθηκε στο ελληνικό δίκαιο με τον νόμο 2522/1997, περί της δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης συμβάσεως δημοσίων έργων, κρατικών προμηθειών και υπηρεσιών (*ΦΕΚ* Α΄ 178).

14 Το άρθρο 2 του νόμου αυτού, με τίτλο «Έκταση δικαστικής προστασίας», προβλέπει τα ακόλουθα:

«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση δημόσιων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από παράβαση της κοινοτικής ή εσωτερικής νομοθεσίας, δικαιούται να ζητήσει, κατά τα οριζόμενα ειδικότερα στα επόμενα άρθρα, προσωρινή δικαστική προστασία, ακύρωση ή αναγνώριση ως άκυρης της παράνομης πράξης της αναθέτουσας αρχής και επιδίκαση αποζημίωσης.

[…]»

15 Το άρθρο 4 του εν λόγω νόμου, που τιτλοφορείται «Ακύρωση ή αναγνώριση της ακυρότητας», ορίζει τα εξής:

«1. Ο ενδιαφερόμενος δικαιούται να ζητήσει την ακύρωση ή την αναγνώριση ως άκυρης κάθε πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, που παραβιάζει κανόνα του κοινοτικού ή εσωτερικού δικαίου σχετικού με τη διαδικασία που προηγείται της σύναψης της σύμβασης. […]

2. Αν το δικαστήριο ακυρώσει ή αναγνωρίσει την ακυρότητα πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, η τελευταία δεν θίγεται, εκτός αν πριν από τη σύναψη αυτής είχε ανασταλεί η διαδικασία κατακύρωσης του διαγωνισμού με απόφαση ασφαλιστικών μέτρων ή προσωρινή διαταγή. Στην περίπτωση αυτή ο ενδιαφερόμενος δικαιούται να αξιώσει αποζημίωση, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο επόμενο άρθρο.»

16 Το άρθρο 5 του ίδιου νόμου, που τιτλοφορείται «Αξίωση αποζημίωσης», προβλέπει τα ακόλουθα:

«1. Ο ενδιαφερόμενος ο οποίος αποκλείσθηκε από τη συμμετοχή ή την ανάθεση δημόσιου έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας, κατά παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή του εσωτερικού δικαίου, δικαιούται να αξιώσει από την αναθέτουσα αρχή αποζημίωση, κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 του Αστικού Κώδικα. Κάθε διάταξη που αποκλείει ή περιορίζει την αξίωση αυτή δεν εφαρμόζεται.

2. Για την επιδίκαση της αποζημίωσης απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση ή αναγνώριση της ακυρότητας της παράνομης πράξης ή παράλειψης από το αρμόδιο δικαστήριο. Επιτρέπεται σώρευση της αγωγής αποζημίωσης με την αγωγή αναγνώρισης της ακυρότητας κατά τις κοινές διατάξεις.»

17 Τα άρθρα 197 και 198 του Αστικού Κώδικα, στα οποία παραπέμπει η προπαρατεθείσα διάταξη, προβλέπουν ευθύνη «εκ των διαπραγματεύσεων», ήτοι την υποχρέωση προς αποζημίωση στις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι ενδιαφερόμενοι υποβλήθηκαν σε αδικαιολόγητες δαπάνες στο πλαίσιο διαδικασίας για τη σύναψη συμβάσεως.

18 Το προεδρικό διάταγμα 18/1989 αποτελεί κωδικοποίηση των νόμων για το Συμβούλιο της Επικρατείας (*ΦΕΚ* Α΄ 8). Το άρθρο 47, με τίτλο «Έννομο συμφέρον», προβλέπει τα ακόλουθα:

«1. Αίτηση ακυρώσεως δικαιούται να ασκήσει ο ιδιώτης ή το νομικό πρόσωπο, τους οποίους αφορά η διοικητική πράξη ή των οποίων έννομα συμφέροντα, έστω και μη χρηματικά, προσβάλλονται από αυτήν.

[…]»

19 Ο νόμος 2206/1994 αφορά την «Ίδρυση, οργάνωση, λειτουργία, έλεγχο καζίνων κ.λπ.» (*ΦΕΚ* Α΄ 62). Το άρθρο 1, παράγραφος 7, του νόμου αυτού, που τιτλοφορείται «Χορήγηση αδειών λειτουργίας καζίνων», ορίζει τα ακόλουθα:

«Οι άδειες λειτουργίας των επιχειρήσεων καζίνων παραχωρούνται με απόφαση του Υπουργού Τουρισμού μετά από διεθνή πλειοδοτικό διαγωνισμό που διενεργείται από επταμελή επιτροπή.»

20 Το άρθρο 3 του νόμου αυτού, με τίτλο «Λειτουργία των καζίνων», ορίζει το εξής:

«Η λειτουργία των καζίνων υπόκειται στον έλεγχο του κράτους.

[…]»

21 Το άρθρο 14, παράγραφος 9, του ελληνικού Συντάγματος και ο εκτελεστικός νόμος 3021/2002 (*ΦΕΚ* Α΄ 143) εισάγουν καθεστώς περιορισμών στη σύναψη δημοσίων

συμβάσεων με πρόσωπα που δραστηριοποιούνται ή συμμετέχουν σε επιχειρήσεις μέσων ενημερώσεως. Το καθεστώς αυτό καθιερώνει τεκμήριο ασυμβιβάστου μεταξύ της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεως που δραστηριοποιείται στον τομέα των μέσων ενημερώσεως και της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεως που αναλαμβάνει έναντι του Δημοσίου ή νομικού προσώπου του ευρύτερου δημόσιου τομέα την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών. Το ασυμβίβαστο αυτό καταλαμβάνει και τα φυσικά πρόσωπα που έχουν μεταξύ τους σχέση συγγένειας μέχρις ορισμένου βαθμού.

22 Ο νόμος 3021/2002 προβλέπει, κατ' ουσίαν, ότι, πριν από την έκδοση της πράξεως κατακυρώσεως ή της αναθέσεως του αντικειμένου της δημοσίας συμβάσεως και, πάντως, πριν από την υπογραφή της αντίστοιχης συμβάσεως, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, επ' απειλή ακυρότητας της δημοσίας συμβάσεως, να ζητήσει από το ΕΣΡ την έκδοση πιστοποιητικού που να βεβαιώνει τη μη συνδρομή των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων που προβλέπει ο νόμος αυτός. Η απόφαση του ΕΣΡ δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή, μπορεί όμως να ασκηθεί κατ' αυτής αίτηση ακυρώσεως από τους έχοντες έννομο συμφέρον, συμπεριλαμβανομένων των δημοσίων αρχών.

23 Με την απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 2008, C-213/07, Μηχανική (Συλλογή 2008, σ. I-9999, σημεία 1 και 2 του διατακτικού), το Δικαστήριο έκρινε ότι το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει μεν μια τέτοια ρύθμιση επιδιώκουσα τους θεμιτούς σκοπούς της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλλόντων προσφορά και της διαφάνειας στο πλαίσιο των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, απαγορεύει, όμως, βάσει της αρχής της αναλογικότητας, τη θέσπιση αμάχητου τεκμηρίου ασυμβιβάστου όπως το προβλεπόμενο από την επίδικη εθνική ρύθμιση.

Οι διαφορές των κύριων δικών και τα προδικαστικά ερωτήματα

Υπόθεση C-145/08

24 Από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι, με απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2001, η αρμόδια διυπουργική επιτροπή αποφάσισε την ιδιωτικοποίηση της εταιρίας Ελληνικό Καζίνο Πάρνηθας ΑΕ (στο εξής: ΕΚΠ), θυγατρικής της εταιρίας Ελληνικά Τουριστικά Ακίνητα ΑΕ (στο εξής: ΕΤΑ), το σύνολο των μετοχών της οποίας κατέχει το Ελληνικό Δημόσιο. Η προκήρυξη δημόσιου διαγωνισμού, που δημοσιεύθηκε τον Οκτώβριο του 2001, προέβλεπε ένα πρώτο στάδιο προεπιλογής, μεταξύ των ενδιαφερομένων, εκείνων που πληρούσαν τις προϋποθέσεις της εν λόγω προκηρύξεως. Σε μεταγενέστερο στάδιο θα καθοριζόταν, μεταξύ των ενδιαφερομένων, ο πλειοδότης που θα καλούνταν να υπογράψει τη σύμβαση. Κατά την πρώτη φάση προεπελέγησαν η Κοινοπραξία Καζίνο Αττικής και ο όμιλος επιχειρήσεων Hyatt Regency Ξενοδοχειακή και Τουριστική (Ελλάς) ΑΕ — Ελληνική Τεχνοδομική ΑΕ.

25 Με συμπληρωματική προκήρυξη που δημοσιεύθηκε τον Απρίλιο του 2002, οι όροι της μέλλουσας να υπογραφεί συμβάσεως οριστικοποιήθηκαν ως εξής:

Η σύμβαση έχει μικτό χαρακτήρα και περιλαμβάνει:

— Συμφωνία για τη μεταβίβαση, εκ μέρους της ΕΤΑ, του 49 % των μετοχών της ΕΚΠ σε «ανώνυμη εταιρία αποκλειστικού σκοπού» (στο εξής: ΑΕΑΣ), την οποία οφείλει να συστήσει ο αναδειχθησόμενος πλειοδότης.

— Συμφωνία βάσει της οποίας η ΑΕΑΣ αναλαμβάνει να υλοποιήσει ένα αναπτυξιακό σχέδιο που πρέπει να ολοκληρωθεί εντός 750 ημερολογιακών ημερών από τη λήψη των απαραίτητων αδειών. Αυτό το αναπτυξιακό σχέδιο περιλαμβάνει την αναβάθμιση των χώρων του καζίνο και την αξιοποίηση των δυνατοτήτων που προσφέρει η άδεια λειτουργίας του, τη διαμόρφωση και την αναβάθμιση των δύο ξενοδοχειακών μονάδων που ανήκουν στο κτιριακό συγκρότημα, καθώς και τη διαμόρφωση του περιβάλλοντος υπαίθριου χώρου, εμβαδού περίπου 2 800 στρεμμάτων. Η εκτέλεση των έργων αυτών αποτελεί μέρος του τιμήματος για την αγορά του 49 % των μετοχών της ΕΚΠ.

— Συμφωνία μεταξύ της ΕΤΑ και της ΑΕΑΣ, με την οποία η τελευταία αποκτά το δικαίωμα να διορίζει την πλειοψηφία των μελών του διοικητικού συμβουλίου της ΕΚΠ και να ασκεί με τον τρόπο αυτό τη διοίκηση της εταιρίας σύμφωνα με τους όρους της συμβάσεως.

— Συμφωνία για την ανάληψη της διαχειρίσεως της επιχειρήσεως καζίνο από την ΑΕΑΣ έναντι αμοιβής η οποία θα καταβάλλεται από την ΕΤΑ. Ως αμοιβή, η ΑΕΑΣ θα εισπράττει ποσό μη δυνάμενο να υπερβεί ένα ποσοστό επί των ετησίων λειτουργικών κερδών αντιστρόφως ανάλογο του ύψους των κερδών αυτών (μειούμενο από 20 % για κέρδη που δεν υπερβαίνουν τα 30 εκατομμύρια ευρώ έως 5 % για κέρδη υπερβαίνοντα τα 90 εκατομμύρια ευρώ) και 2 % του κύκλου εργασιών.

— Ως έχουσα τη διαχείριση, η ΑΕΑΣ οφείλει να διαχειρίζεται την επιχείρηση καζίνο κατά τρόπον ώστε να διατηρείται σταθερά ένα πολυτελές περιβάλλον που θα προσφέρει υπηρεσίες υψηλού επιπέδου και κατά τρόπον οικονομικώς αποδοτικό για την ΕΚΠ. Συγκεκριμένα, τα ετήσια διαχειριστικά κέρδη προ φόρων δεν πρέπει να υπολείπονται, αθροιστικά, των 105 εκατομμυρίων ευρώ για τα πέντε πρώτα οικονομικά έτη από την έναρξη της ισχύος της συμβάσεως. Τα καθαρά κέρδη θα κατανέμονται μεταξύ της ΕΤΑ και της ΑΕΑΣ αναλόγως του ποσοστού που κατέχει εκάστη στο κεφάλαιο της ΕΚΠ.

— Δεδομένου ότι η ΕΚΠ είναι η μοναδική επιχείρηση καζίνο που λειτουργεί σήμερα στον Νομό Αττικής, προβλέπεται στη σύμβαση ότι, σε περίπτωση που λειτουργήσει νομίμως άλλο καζίνο εντός των γεωγραφικών αυτών ορίων εντός δέκα ετών από την έναρξη της ισχύος της συμβάσεως, η ΕΤΑ υποχρεούται να αποζημιώσει την ΑΕΑΣ καταβάλλοντάς της, ως αποζημίωση, ποσό ίσο προς το 70 % του τιμήματος συναλλαγής. Το ύψος της αποζημιώσεως θα απομειούται κατά το ένα δέκατο για κάθε έτος από την έναρξη της ισχύος της συμβάσεως.

— Όσον αφορά τη διαχείριση της επιχειρήσεως καζίνο, η σύμβαση λήγει δέκα έτη μετά τη θέση της σε ισχύ.

26 Ανάδοχος αναδείχθηκε ο όμιλος Hyatt Regency Ξενοδοχειακή και Τουριστική (Ελλάς) ΑΕ — Ελληνική Τεχνοδομική ΑΕ, δεδομένου ότι πλειοδότησε στο πλαίσιο της επίδικης διαδικασίας διαγωνισμού. Πριν από την υπογραφή της σχετικής συμβάσεως, η ΕΤΑ γνωστοποίησε στο ΕΣΡ τα στοιχεία της ταυτότητας των ιδιοκτητών, των εταίρων, των βασικών μετόχων και των διευθυντικών στελεχών του αναδόχου ομίλου, προκειμένου να πιστοποιηθεί ότι στο πρόσωπό τους δεν συνέτρεχαν οι ασυμβίβαστες ιδιότητες που προβλέπει το άρθρο 3 του νόμου 3021/2002. Με πιστοποιητικό που εξέδωσε στις 27 Σεπτεμβρίου 2002, το ΕΣΡ πιστοποίησε τη μη συνδρομή, εν προκειμένω, ασυμβίβαστων ιδιοτήτων όσον αφορά τα προμνησθέντα πρόσωπα.

27 Κατά της πράξεως αυτής του ΕΣΡ άσκησαν αίτηση ακυρώσεως τρία μόνον από τα επτά μέλη της υποβαλούσας προσφορά Κοινοπραξίας Καζίνο Αττικής, της οποίας η προσφορά δεν επελέγη. Οι αιτούντες υποστήριξαν ότι ένα μέλος του ομίλου ο οποίος επελέγη ως ανάδοχος ενέπιπτε στις περιπτώσεις ασυμβιβάστου που προβλέπει η εθνική νομοθεσία και, ως εκ τούτου, η απόφαση περί αναθέσεως έπρεπε να ακυρωθεί.

28 Το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί ότι η επίδικη σύμβαση είναι μικτή σύμβαση περιλαμβάνουσα, αφενός, ένα σκέλος που αφορά την πώληση μετοχών από την ΕΤΑ στον πλειοδότη, μη εμπίπτον, ως τοιούτο, στους κανόνες της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων, και, αφετέρου, ένα σκέλος συνιστάμενο σε σύμβαση υπηρεσιών που συνάπτεται με τον πλειοδότη, ο οποίος αναλαμβάνει υποχρεώσεις διαχειρίσεως

της επιχειρήσεως καζίνο. Το σκέλος της συμβάσεως το οποίο αφορά την πώληση των μετοχών είναι, κατά το αιτούν δικαστήριο, το σημαντικότερο σκέλος της μικτής αυτής συμβάσεως. Εξάλλου, η σύμβαση αυτή έχει επίσης χαρακτήρα συμβάσεως δημοσίων έργων, στο μέτρο που ο ανάδοχος αναλαμβάνει την υποχρέωση να εκτελέσει τις εργασίες που αναφέρονται στην απόφαση περί παραπομπής, ως μέρος του τιμήματος αγοράς των μεταβιβαζομένων μετοχών. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι το τελευταίο αυτό σκέλος έχει χαρακτήρα όλως παρακολουθηματικό σε σχέση προς το σκέλος «υπηρεσίες».

29 Στο πλαίσιο αυτό, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται μήπως μπορεί να θεωρηθεί ότι το σκέλος «υπηρεσίες» της επίδικης συμβάσεως συνιστά σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων υπηρεσιών, μη υποκείμενη στη νομοθεσία της Ένωσης. Συναφώς, θα πρέπει να εξεταστεί σε ποιο βαθμό ο ανάδοχος αναλαμβάνει τους κινδύνους που συνδέονται με την οργάνωση και την εκμετάλλευση των εν λόγω υπηρεσιών, λαμβανομένου επίσης υπόψη ότι οι υπηρεσίες αυτές αφορούν δραστηριότητες οι οποίες, σύμφωνα με τους εθνικούς κανόνες στους οποίους υπόκεινται, μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο αποκλειστικών ή ειδικών δικαιωμάτων.

30 Για την περίπτωση που το Δικαστήριο θα έκρινε ότι το σκέλος της επίδικης συμβάσεως το οποίο αφορά τη διαχείριση του καζίνο αποτελεί δημόσια σύμβαση υπηρεσιών, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται αν η αίτηση ακυρώσεως που ασκείται ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων καλύπτεται από τις δικονομικές εγγυήσεις που προβλέπει η οδηγία 89/665, δεδομένου ότι το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως, ήτοι η πώληση μετοχών της ΕΚΠ, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων και ότι οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο τέτοιες υπηρεσίες, εμπίπτουσες στο παράρτημα I B της οδηγίας 92/50, πρέπει να συνάπτονται σύμφωνα με τα άρθρα 14 και 16 της οδηγίας αυτής, που περιλαμβάνουν αποκλειστικά υποχρεώσεις διαδικαστικού χαρακτήρα. Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται, εντούτοις, μήπως, παρά τον περιορισμένο χαρακτήρα των υποχρεώσεων, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των συμμετεχόντων σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, στην προάσπιση της οποίας αποσκοπεί η οδηγία 89/665, ισχύει και στις περιπτώσεις αυτές.

31 Για την περίπτωση που το Δικαστήριο θα έκρινε ότι αίτηση ακυρώσεως όπως αυτή της κύριας δίκης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 89/665, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται αν προσκρούει στους κανόνες του δικαίου της Ένωσης εθνικός δικονομικός κανόνας, όπως ο περιεχόμενος στο άρθρο 47, παράγραφος 1, του προεδρικού διατάγματος 18/1989, όπως αυτό ερμηνεύεται από το αιτούν δικαστήριο,

κατά τον οποίο οι συμμετέχοντες σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως ως κοινοπραξία μπορούν μόνον όλοι μαζί και από κοινού να ασκήσουν αίτηση ακυρώσεως κατά πράξεων εντασσομένων στη διαδικασία αυτή, άλλως η αίτηση αυτή απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

32 Το αιτούν δικαστήριο παραπέμπει συναφώς στην απόφαση του Δικαστηρίου της 8ης Σεπτεμβρίου 2005, C-129/04, Espace Trianon και Sofibail (Συλλογή 2005, σ. I-7805, σκέψη 22), σύμφωνα με την οποία εθνικός δικονομικός κανόνας κατά τον οποίο προσφυγή ακυρώσεως κατά αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής σχετικής με την ανάθεση του αντικειμένου δημοσίας συμβάσεως πρέπει να ασκείται από το σύνολο των μελών μιας κοινοπραξίας που υπέβαλε προσφορά δεν περιορίζει τη δυνατότητα ασκήσεως τέτοιας προσφυγής κατά τρόπο αντίθετο προς το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665.

33 Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται, εντούτοις, κατά πόσον το συμπέρασμα αυτό, το οποίο αφορούσε, στην απόφαση εκείνη, αίτηση ακυρώσεως κατά της αποφάσεως μιας αναθέτουσας αρχής σχετικά με την ανάθεση του αντικειμένου δημοσίας συμβάσεως, ισχύει και για κάθε μορφή δικαστικής προστασίας που παρέχει η προμνησθείσα οδηγία και, ιδίως, για τη δυνατότητα ασκήσεως αγωγής αποζημιώσεως. Η προβληματική αυτή συνδέεται με το ότι, εν προκειμένω, ο εθνικός νομοθέτης, κάνοντας χρήση της διακριτικής ευχέρειας που παρέχει στα κράτη μέλη το άρθρο 2, παράγραφος 5, της οδηγίας 89/665, εξάρτησε τη χορήγηση αποζημιώσεως από την προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξεως.

34 Ο συνδυασμός της διατάξεως αυτής με τον δικονομικό κανόνα του άρθρου 47, παράγραφος 1, του προεδρικού διατάγματος 18/1989, όπως ερμηνεύεται από το αιτούν δικαστήριο, οδηγεί σε αδυναμία των μεμονωμένων μελών μιας κοινοπραξίας που μετέσχε ανεπιτυχώς σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως όχι μόνον να ζητήσουν την ακύρωση της πράξεως που θίγει τα συμφέροντά τους, αλλά και να προσφύγουν ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου και να ζητήσουν την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν ατομικώς. Υπογραμμίζεται ότι, εν προκειμένω, το αρμόδιο να κρίνει επί αιτήσεων ακυρώσεως δικαστήριο είναι το Συμβούλιο της Επικρατείας, ενώ η επιδίκαση αποζημιώσεως εμπίπτει στην αρμοδιότητα άλλου δικαστηρίου.

35 Στο πλαίσιο αυτό, το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί ότι η δυνατότητα καθενός από τα μέλη κοινοπραξίας να ζητήσουν από το αρμόδιο δικαστήριο την επιδίκαση αποζημιώσεως εξαρτάται, συνεπώς, από τη βούληση όλων των λοιπών μελών της κοινοπραξίας προς άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως, ενώ η ζημία την οποία υπέστησαν ατομικώς τα μέλη της κοινοπραξίας εξ αιτίας της μη επιλογής της κοινοπραξίας ως αναδόχου μπορεί να είναι διαφορετική αναλόγως του ύψους των δαπανών στις οποίες υποβλήθηκαν τα μέλη της για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, το συμφέρον καθενός από τα μέλη της κοινοπραξίας να ζητήσει την ακύρωση κάποιας αποφάσεως μπορεί επίσης να είναι διαφορετικό. Μπορεί, επομένως, να τεθεί το ερώτημα κατά πόσον, σε ένα τέτοιο δικονομικό πλαίσιο, γίνεται σεβαστή η αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας στην οποία αποσκοπεί η οδηγία 89/665.

36 Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει, τέλος, ότι, σύμφωνα με τους εθνικούς δικονομικούς κανόνες που αφορούν το γενικό δίκαιο της αποζημιώσεως από παράνομες πράξεις του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, ο δικαστής της αποζημιώσεως είναι αυτός που ελέγχει επίσης, παρεμπιπτόντως, τη νομιμότητα της διοικητικής πράξεως επ' ευκαιρία της ασκήσεως της αγωγής αποζημιώσεως, και όχι άλλο δικαστήριο, όπως συμβαίνει με τις αιτήσεις ακυρώσεως που ασκούνται στο πλαίσιο των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Διερωτάται, συνεπώς, μήπως οι διαδικασίες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της προστασίας των δικαιωμάτων που απορρέουν από το δίκαιο της Ένωσης είναι λιγότερο ευνοϊκές από εκείνες που αφορούν την προστασία ομοειδών ή αναλόγου περιεχομένου δικαιωμάτων που απορρέουν από τους εθνικούς κανόνες.

37 Το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί, τέλος, ότι η ερμηνεία που δίνει τώρα στο άρθρο 47, παράγραφος 1, του προεδρικού διατάγματος 18/1989, δηλαδή ότι μόνον όλα τα μέλη κοινοπραξίας, ενεργούντα από κοινού, μπορούν να ζητήσουν παραδεκτώς την ακύρωση πράξεως εντασσόμενης στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, συνιστά μεταστροφή της πάγιας προηγούμενης νομολογίας του, σύμφωνα με την οποία τα μέλη της κοινοπραξίας μπορούσαν να ασκήσουν αυτοτελώς αίτηση ακυρώσεως.

38 Το αιτούν δικαστήριο υπογραμμίζει παράλληλα το ιδιαίτερο πλαίσιο της υποθέσεως της κύριας δίκης, ήτοι ότι, αρχικά, η αίτηση ακυρώσεως είχε ασκηθεί από αυτή καθαυτήν την κοινοπραξία και τα επτά μέλη της ενώπιον του τετάρτου τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας. Ο δικαστικός αυτός σχηματισμός έκρινε απαράδεκτη την αίτηση όσον αφορά την κοινοπραξία καθώς και τέσσερα από τα μέλη της, για τον λόγο ότι δεν είχαν νομιμοποιήσει νομοτύπως τον δικηγόρο τους προς άσκηση της

αιτήσεως ακυρώσεως, και, ως προς τα υπόλοιπα τρία μέλη της κοινοπραξίας, παρέπεμψε την υπόθεση, λόγω της σπουδαιότητάς της, στην ολομέλεια του δικαστηρίου αυτού. Το εν λόγω τέταρτο τμήμα εφάρμοσε την μέχρι τότε πάγια νομολογία, σύμφωνα με την οποία προσφυγή ασκηθείσα από ορισμένα από τα μέλη κοινοπραξίας ήταν επίσης παραδεκτή.

39 Ωστόσο, η περί απαραδέκτου απόφαση του τετάρτου αυτού τμήματος όσον αφορά την αίτηση της κοινοπραξίας και τεσσάρων από τα μέλη της είναι οριστική, οπότε τα κριθέντα δεν μπορούν πλέον να ανατραπούν στο πλαίσιο της διαδικασίας που εκκρεμεί ενώπιον της ολομέλειας του αιτούντος δικαστηρίου. Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται, συνεπώς, αν αυτή η μεταστροφή της νομολογίας του είναι σύμφωνη με την αρχή της δίκαιης δίκης, η οποία αποτελεί γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης και προβλέπεται επίσης από το άρθρο 6 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών, που υπογράφηκε στη Ρώμη στις 4 Νοεμβρίου 1950 (στο εξής: ΕΣΔΑ), καθώς και με την αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης.

40 Βάσει αυτών των σκέψεων, η ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Σύμβαση με την οποία η αναθέτουσα αρχή αναθέτει στον ανάδοχο την διαχείριση επιχειρήσεως καζίνο, την εκπλήρωση αναπτυξιακού σχεδίου, συνισταμένου στην αναβάθμιση των χώρων του καζίνο και την επιχειρηματική αξιοποίηση των δυνατοτήτων της άδειας του καζίνο αυτού και στην οποία συμπεριλαμβάνεται όρος, σύμφωνα με τον οποίο, αν στην ευρύτερη περιοχή, στην οποία λειτουργεί το επίμαχο καζίνο, λειτουργήσει νομίμως άλλο καζίνο, η αναθέτουσα αρχή αναλαμβάνει την υποχρέωση να καταβάλει στον ανάδοχο αποζημίωση, αποτελεί σύμβαση παραχωρήσεως, μη διεπομένη από τις διατάξεις της οδηγίας 92/50 […];

2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα: ένδικο βοήθημα, το οποίο ασκούν συμμετασχόντες σε διαδικασία αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως μικτής μορφής, η οποία προβλέπει και παροχή υπηρεσιών,

υπαγομένων στο Παράρτημα Ι Β της οδηγίας 92/50 […], με το οποίο προβάλλεται παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (αρχής επιβεβαιωνόμενης με το άρθρο 3 παρ. 2 της εν λόγω οδηγίας), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 89/665 […], ή τέτοια εφαρμογή αποκλείεται, εφ' όσον στην διαδικασία σύναψης της ανωτέρω συμβάσεως παροχής υπηρεσιών εφαρμόζονται, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 9 της οδηγίας 92/50 […], μόνο τα άρθρα 14 και 16 αυτής;

3) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα: εφ' όσον γίνεται δεκτό ότι δεν αντίκειται, κατ' αρχήν, στο κοινοτικό δίκαιο, ειδικότερα δε στις διατάξεις της οδηγίας 89/665 […], εθνική διάταξη, κατά την οποία μόνον το σύνολο μελών κοινοπραξίας, χωρίς νομική προσωπικότητα, η οποία μετέσχε ανεπιτυχώς σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, μπορεί να ασκήσει ένδικα βοηθήματα κατά της κατακυρωτικής πράξεως και όχι μεμονωμένα μέλη της, τούτο δε ισχύει ακόμη και όταν το ένδικο βοήθημα έχει μεν αρχικώς ασκηθεί από όλα τα μέλη της κοινοπραξίας από κοινού, αλλά, τελικώς, ως προς ορισμένα από αυτά, προέκυψε ότι ασκείται απαραδέκτως, είναι, περαιτέρω, από πλευράς εφαρμογής της ως άνω οδηγίας, αναγκαίο να εξετασθεί, προκειμένου να απαγγελθεί το ως άνω απαράδεκτο, αν τα μεμονωμένα αυτά μέλη διατηρούν μετά ταύτα το δικαίωμα να διεκδικήσουν σε άλλο εθνικό δικαστήριο την αποζημίωση που τυχόν προβλέπεται από διάταξη του εθνικού δικαίου;

4) Όταν με πάγια νομολογία εθνικού δικαστηρίου γινόταν δεκτό ότι μπορεί και μεμονωμένο μέλος κοινοπραξίας να ασκεί παραδεκτώς ένδικο βοήθημα κατά πράξεως, εντεταγμένης σε διαδικασία αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, είναι συμβατή με τις διατάξεις της οδηγίας 89/665 […], ερμηνευομένης υπό το φως του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ ως γενικής αρχής του κοινοτικού δικαίου, η απόρριψη ενδίκου βοηθήματος ως απαραδέκτου, λόγω μεταβολής της ως άνω πάγιας νομολογίας, χωρίς προηγουμένως να δοθεί στον ασκήσαντα το ένδικο αυτό βοήθημα είτε η δυνατότητα να θεραπεύσει το σχετικό απαράδεκτο, είτε, σε κάθε περίπτωση, η δυνατότητα να διατυπώσει, με βάση την αρχή της αντιμωλίας, τις απόψεις του σχετικά με το ζήτημα αυτό;»

Υπόθεση C-149/08

41 Ο Δήμος Θεσσαλονίκης αποφάσισε τη διενέργεια διαγωνισμού για την ανάθεση της εκτελέσεως του έργου «Κατασκευή Δημαρχιακού Μεγάρου Θεσσαλονίκης και Υπογείου Σταθμού Αυτοκινήτων». Με την απόφαση της Δημαρχιακής Επιτροπής της 1ης Ιουλίου 2004, το έργο κατακυρώθηκε στην κοινοπραξία Άκτωρ ΑΤΕ, Θεμελιοδομή ΑΕ και Δομοτεχνική ΑΕ. Ενόψει της συνάψεως της σχετικής συμβάσεως, η αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε στο ΕΣΡ, σύμφωνα με την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, τα στοιχεία ταυτότητας των προσώπων που είχαν την ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους των εταιριών που μετείχαν στην προμνησθείσα κοινοπραξία, προκειμένου να πιστοποιηθεί ότι δεν συντρέχουν, στο πρόσωπό τους, οι ασυμβίβαστες ιδιότητες τις οποίες προβλέπει το άρθρο 3 του νόμου 3021/2002.

42 Το ΕΣΡ, αφού διαπίστωσε ότι στο πρόσωπο μέλους του διοικητικού συμβουλίου της εταιρίας Άκτωρ ΑΤΕ συνέτρεχε ασυμβίβαστη ιδιότητα από τις προβλεπόμενες στην προμνησθείσα εθνική διάταξη, αρνήθηκε, με πράξη της 1ης Νοεμβρίου 2004, τη χορήγηση του πιστοποιητικού που αποτελούσε απαραίτητη προϋπόθεση για την υπογραφή της συμβάσεως. Η προσφυγή της εταιρίας Άκτωρ ΑΤΕ κατά της αρνητικής αυτής πράξεως του ΕΣΡ απορρίφθηκε με απόφαση του τελευταίου της 9ης Νοεμβρίου 2004. Κατά των δύο αυτών αρνητικών αποφάσεων του ΕΣΡ η εταιρία Άκτωρ ΑΤΕ, μόνη μεταξύ των τριών εταιριών που απαρτίζουν την κοινοπραξία στην οποία ανατέθηκε το έργο, άσκησε αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, επικαλούμενη τη νομολογία του δικαστηρίου αυτού που έκρινε παραδεκτές τις αιτήσεις ακυρώσεως που ασκούνταν από μεμονωμένα μέλη κοινοπραξίας.

43 Υπό τις συνθήκες αυτές, η ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Εφ' όσον γίνεται δεκτό ότι δεν αντίκειται, κατ' αρχήν, στο κοινοτικό δίκαιο, ειδικότερα δε στις διατάξεις της οδηγίας 89/665 [...], εθνική διάταξη, κατά την οποία μόνον το σύνολο μελών κοινοπραξίας, χωρίς νομική προσωπικότητα, η οποία μετέσχε ανεπιτυχώς σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, μπορεί να ασκήσει ένδικα βοηθήματα κατά της κατακυρωτικής πράξεως, όχι δε και μεμονωμένα μέλη της, τούτο δε ισχύει ακόμη και όταν το ένδικο βοήθημα έχει

μεν αρχικώς ασκηθεί από όλα τα μέλη της κοινοπραξίας, αλλά, τελικώς, ως προς ορισμένα από αυτά, προέκυψε ότι ασκείται απαραδέκτως, είναι, περαιτέρω, από πλευράς εφαρμογής της ως άνω οδηγίας, αναγκαίο να εξετασθεί, προκειμένου να απαγγελθεί το ως άνω απαράδεκτο, κατά πόσον τα μεμονωμένα αυτά μέλη διατηρούν, μετά ταύτα, ή όχι το δικαίωμα να διεκδικήσουν σε άλλο εθνικό δικαστήριο την αποζημίωση που τυχόν προβλέπεται από διάταξη του εθνικού δικαίου;

2) Όταν με πάγια νομολογία εθνικού δικαστηρίου γινόταν δεκτό ότι μπορεί και μεμονωμένο μέλος κοινοπραξίας να ασκεί παραδεκτώς ένδικο βοήθημα κατά πράξεως, εντεταγμένης σε διαδικασία αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, είναι συμβατή με τις διατάξεις της οδηγίας 89/665 [...], ερμηνευομένης υπό το φως του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ, ως γενικής αρχής του κοινοτικού δικαίου, η απόρριψη ενδίκου βοηθήματος ως απαραδέκτου, λόγω μεταβολής της ως άνω πάγιας νομολογίας, χωρίς προηγουμένως να δοθεί στον ασκήσαντα το ένδικο αυτό βοήθημα η δυνατότητα να θεραπεύσει το σχετικό απαράδεκτο είτε, σε κάθε περίπτωση, η δυνατότητα να διατυπώσει, με βάση την αρχή της αντιμωλίας, τις απόψεις του σχετικά με το ζήτημα αυτό;»

44 Με διάταξη του Προέδρου του Δικαστηρίου της 22ας Μαΐου 2008, οι υποθέσεις C-145/08 και C-149/08 ενώθηκαν προς διευκόλυνση της έγγραφης και προφορικής διαδικασίας καθώς και προς έκδοση κοινής αποφάσεως.

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

Επί των ερωτημάτων στην υπόθεση C-145/08

45 Με τα ερωτήματά του όσον αφορά τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 92/50 σε σύμβαση όπως η επίδικη στην κύρια δίκη, το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν η οδηγία 89/665 έχει εν προκειμένω εφαρμογή, δεδομένου ότι η εφαρμογή της προϋποθέτει τη δυνατότητα εφαρμογής μιας από τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων στις οποίες αναφέρεται το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665. Συνεπώς, τα ερωτήματα αυτά πρέπει να εξεταστούν μαζί και να καθοριστεί κατά πόσον μια τέτοια σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής μιας από τις οδηγίες που αναφέρονται στο εν λόγω άρθρο.

46 Τόσο από τις λεπτομερείς και εμπεριστατωμένες αναλύσεις της αποφάσεως περί παραπομπής όσο και από τον χαρακτηρισμό που προσέδωσε το αιτούν δικαστήριο στην επίδικη στην κύρια δίκη πράξη προκύπτει ότι η πράξη αυτή συνιστά μικτή σύμβαση.

47 Πράγματι, η μικτή αυτή σύμβαση αποτελείται, κατ' ουσίαν, από σύμβαση μεταβιβάσεως, εκ μέρους της ΕΤΑ, του 49 % των μετοχών της ΕΚΠ στην ΑΕΑΣ (στο εξής: σκέλος «πώληση μετοχών»), από σύμβαση δυνάμει της οποίας η ΑΕΑΣ αναλαμβάνει τη διαχείριση της επιχειρήσεως καζίνο έναντι αμοιβής (στο εξής: σκέλος «υπηρεσίες») και από σύμβαση δυνάμει της οποίας η ΑΕΑΣ αναλαμβάνει να υλοποιήσει σχέδιο αναβαθμίσεως των χώρων του καζίνο και των παρακειμένων ξενοδοχειακών μονάδων καθώς και διαμορφώσεως του περιβάλλοντος υπαίθριου χώρου (στο εξής: σκέλος «έργα»).

48 Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, στην περίπτωση μικτής συμβάσεως της οποίας τα διάφορα σκέλη, σύμφωνα με την προκήρυξη του διαγωνισμού, συνδέονται άρρηκτα μεταξύ τους και σχηματίζουν μια αδιαίρετη ολότητα, η επίμαχη πράξη πρέπει να εξετάζεται, προς τον σκοπό του νομικού χαρακτηρισμού της, στο σύνολό της κατά τρόπο ενιαίο και να εκτιμάται βάσει των κανόνων που διέπουν το σκέλος που αποτελεί το κύριο αντικείμενο ή το επικρατέστερο στοιχείο της

συμβάσεως (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, αποφάσεις της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκέψη 19· της 19ης Απριλίου 1994, C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Συλλογή 1994, σ. I-1329, σκέψεις 23 έως 26· της 18ης Ιανουαρίου 2007, C-220/05 Auroux κ.λπ., Συλλογή 2007, σ. I-385, σκέψεις 36 και 37· της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-619, σκέψη 47, καθώς και της 29ης Οκτωβρίου 2009, C-536/07, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2009, σ. I-10355, σκέψεις 28, 29, 57 και 61).

49 Το συμπέρασμα αυτό ισχύει ανεξαρτήτως του αν το σκέλος που αποτελεί το κύριο αντικείμενο μικτής συμβάσεως εμπίπτει ή όχι στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων.

50 Κατά συνέπεια, πρέπει να εξεταστεί αν η επίδικη στην κύρια δίκη μικτή σύμβαση αποτελεί αδιαίρετη ολότητα και, ενδεχομένως, αν εμπίπτει, στο σύνολό της, λόγω του κύριου αντικειμένου της, στο πεδίο εφαρμογής μιας από τις αναφερόμενες στο άρθρο 1 της οδηγίας 89/665 οδηγίες οι οποίες ρυθμίζουν τα των δημοσίων συμβάσεων.

51 Πρώτον, πρέπει να παρατηρηθεί ότι η σύμβαση αυτή εντάσσεται σε διαδικασία μερικής ιδιωτικοποιήσεως μιας δημόσιας επιχειρήσεως καζίνο, η οποία αποφασίστηκε από την αρμόδια διυπουργική επιτροπή σε εθνικό επίπεδο και κινήθηκε με τη δημοσίευση ενιαίας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών.

52 Από τον φάκελο και, ειδικότερα, από τους όρους της συμπληρωματικής προκηρύξεως που δημοσιεύθηκε τον Απρίλιο του 2002 προκύπτει ότι η επίδικη στην κύρια δίκη μικτή σύμβαση εμφανίζεται ως ενιαία σύμβαση αφορώσα συγχρόνως τη μεταβίβαση μετοχών της ΕΚΠ, την απόκτηση του δικαιώματος διορισμού της πλειοψηφίας των μελών του διοικητικού συμβουλίου της ΕΚΠ, την υποχρέωση αναλήψεως της διαχειρίσεως της επιχειρήσεως καζίνο και παροχής υπηρεσιών υψηλού επιπέδου, οικονομικώς αποδοτικών, καθώς και την υποχρέωση εκτελέσεως έργων διαμορφώσεως και αναβαθμίσεως των χώρων του καζίνο καθώς και παρακειμένων υπαίθριων χώρων.

53 Οι διαπιστώσεις αυτές εκφράζουν την ανάγκη συνάψεως της εν λόγω μικτής συμβάσεως με ένα μοναδικό αντισυμβαλλόμενο, διαθέτοντα συγχρόνως την απαραίτητη οικονομική δυνατότητα προς αγορά των εν λόγω μετοχών και επαγγελματική πείρα στον τομέα της εκμεταλλεύσεως καζίνο.

54 Επομένως, τα διάφορα σκέλη της συμβάσεως αυτής πρέπει να εκληφθούν ως συνιστώντα μια αδιαίρετη ολότητα.

55 Δεύτερον, από τις διαπιστώσεις στις οποίες προέβη το αιτούν δικαστήριο προκύπτει ότι το κύριο αντικείμενο της μικτής συμβάσεως ήταν η πώληση, στον πλειοδότη, του 49 % των μετοχών της ΕΚΠ και ότι το σκέλος «έργα» της πράξεως αυτής καθώς και το σκέλος «υπηρεσίες», ανεξαρτήτως του αν το τελευταίο αυτό σκέλος συνιστά δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών ή παραχωρήσεως υπηρεσιών, είχαν παρεπόμενο χαρακτήρα σε σχέση προς το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως. Το αιτούν δικαστήριο επισήμανε επίσης ότι το σκέλος «έργα» είχε όλως παρακολουθηματικό χαρακτήρα σε σχέση προς το σκέλος «υπηρεσίες».

56 Η εκτίμηση αυτή επιβεβαιώνεται από τα στοιχεία της δικογραφίας που υποβλήθηκε στο Δικαστήριο.

57 Πράγματι, δεν χωρεί αμφιβολία ως προς το ότι, στην περίπτωση αγοράς του 49 % των μετοχών μιας δημόσιας επιχειρήσεως όπως η ΕΚΠ, η πράξη αυτή αποτελεί το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως. Πρέπει να παρατηρηθεί ότι τα έσοδα τα οποία η ΑΕΑΣ θα αποκόμιζε ως μέτοχος φαίνονται σαφώς σημαντικότερα από την αμοιβή που θα εισέπραττε ως πάροχος υπηρεσιών. Επιπλέον, η ΑΕΑΣ θα αποκόμιζε τα έσοδα αυτά χωρίς χρονικό περιορισμό, ενώ η δραστηριότητα διαχειρίσεως του καζίνο θα έληγε μετά την πάροδο δεκαετίας.

58 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι τα διάφορα σκέλη της επίδικης στην κύρια δίκη μικτής συμβάσεως συνιστούν μια αδιαίρετη ολότητα, της οποίας το σκέλος που αφορά τη μεταβίβαση μετοχών αποτελεί το κύριο αντικείμενο.

59 Όμως, η μεταβίβαση μετοχών σε υποβάλλοντα προσφορά στο πλαίσιο πράξεως ιδιωτικοποιήσεως μιας δημόσιας επιχειρήσεως δεν εμπίπτει στις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων.

60 Αυτό, εξάλλου, υπενθυμίζεται δεόντως στο σημείο 66 του πράσινου βιβλίου της Επιτροπής σχετικά με τις συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα και το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης [COM(2004) 327 τελικό, της 30ής Απριλίου 2004].

61 Στο σημείο 69 του προμνησθέντος πράσινου βιβλίου σχετικά με τις συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα, η Επιτροπή τονίζει ότι πρέπει να εξασφαλίζεται ότι μια πράξη κεφαλαιακής συναλλαγής δεν υποκρύπτει στην πραγματικότητα την ανάθεση σε εταίρο του ιδιωτικού τομέα συμβάσεων που δύνανται να χαρακτηριστούν ως δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεως. Πάντως, εν προκειμένω, στη δικογραφία δεν περιέχεται κανένα στοιχείο δυνάμενο να θέσει εν αμφιβόλω τη φύση της επίδικης στην κύρια δίκη πράξεως, όπως αυτή χαρακτηρίζεται από το αιτούν δικαστήριο.

62 Βάσει των ανωτέρω σκέψεων, πρέπει να συναχθεί ότι μικτή σύμβαση της οποίας το κύριο αντικείμενο συνίσταται στην εκ μέρους επιχειρήσεως απόκτηση του 49 % του κεφαλαίου δημόσιας επιχειρήσεως και της οποίας το —αρρήκτως συνδεδεμένο με το κύριο αυτό αντικείμενο— παρεπόμενο αντικείμενο αφορά την παροχή υπηρεσιών και την εκτέλεση έργων δεν εμπίπτει, στο σύνολό της, στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων.

63 Το συμπέρασμα αυτό δεν αποκλείει την υποχρέωση τηρήσεως, στο πλαίσιο μιας τέτοιας συμβάσεως, των θεμελιωδών κανόνων και των γενικών αρχών της Συνθήκης, ιδίως όσον αφορά την ελευθερία εγκαταστάσεως και την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων. Ωστόσο, δεν χρειάζεται εν προκειμένω να εξεταστεί το ζήτημα της τηρήσεως των εν λόγω κανόνων και αρχών, δεδομένου ότι το αποτέλεσμα μιας τέτοιας εξετάσεως ουδόλως θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια την εφαρμογή της οδηγίας 89/665.

64 Συνεπώς, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, παρέλκει η απάντηση στα λοιπά ερωτήματα που υποβλήθηκαν στο πλαίσιο της υποθέσεως C-145/08.

Επί του πρώτου ερωτήματος στην υπόθεση C-149/08

65 Με το ερώτημα αυτό, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, αν αντίκειται στην οδηγία 89/665 εθνική ρύθμιση, όπως αυτή ερμηνεύεται από το εν λόγω δικαστήριο, κατά την οποία μόνον το σύνολο των μελών κοινοπραξίας που υπέβαλε προσφορά μπορεί παραδεκτώς να ασκήσει προσφυγή κατά αποφάσεως περί κατακυρώσεως δημοσίας συμβάσεως την οποία έλαβε η αναθέτουσα αρχή, οπότε μεμονωμένα μέλη της εν λόγω κοινοπραξίας στερούνται όχι μόνον της δυνατότητας να ζητήσουν την ακύρωση μιας τέτοιας αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, αλλά και της δυνατότητας να ζητήσουν την αποκατάσταση ζημίας την οποία υπέστησαν ατομικώς λόγω παρατυπιών που σημειώθηκαν στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της εν λόγω δημοσίας συμβάσεως.

66 Προκειμένου να δοθεί απάντηση στο ερώτημα αυτό, πρέπει να παρατηρηθεί ότι η πράξη της οποίας η ακύρωση ζητείται ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου αποτελεί πράξη του ΕΣΡ, ήτοι αρχής άλλης από την αναθέτουσα αρχή που οργάνωσε τη διαδικασία συνάψεως της επίδικης στην κύρια δίκη δημοσίας συμβάσεως.

67 Όμως, από τους όρους της οδηγίας 89/665, η οποία κοινώς αποκαλείται οδηγία «περί προσφυγών», προκύπτει ότι η προστασία στην οποία αποσκοπεί η οδηγία αυτή αφορά τις πράξεις ή παραλείψεις των αναθετουσών αρχών.

68 Μεταξύ άλλων, προκύπτει σαφώς από το γράμμα τους ότι η πέμπτη αιτιολογική σκέψη και το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής αναφέρονται στα μέτρα

που πρέπει να λαμβάνονται έναντι των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών. Ομοίως, κατά την παράγραφο 3 του άρθρου αυτού, τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέψουν ότι το πρόσωπο που έχει την πρόθεση να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία προσφυγής οφείλει να ενημερώσει προηγουμένως για την εικαζόμενη παράβαση την αναθέτουσα αρχή, ούτως ώστε η τελευταία να μπορέσει να τη θεραπεύσει. Επιπλέον, το άρθρο 3, παράγραφος 2, της εν λόγω οδηγίας παρέχει στην Επιτροπή τη δυνατότητα να γνωστοποιήσει στην οικεία αναθέτουσα αρχή τους λόγους για τους οποίους πιστεύει ότι, κατά τη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, έχει διαπραχθεί παράβαση και να ζητήσει τη διόρθωσή της

69 Συνεπώς, πρέπει να συναχθεί ότι στις διαφορές που αφορούν τις αποφάσεις αρχής όπως το ΕΣΡ δεν έχει εφαρμογή το σύστημα προσφυγής που καθιερώνει η οδηγία 89/665.

70 Ωστόσο, οι αποφάσεις του ΕΣΡ είναι ικανές να επηρεάσουν σημαντικά την εξέλιξη, αν όχι και την έκβαση μιας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, στο μέτρο που μπορούν να οδηγήσουν σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου, ακόμα δε και του αναδόχου, στο πρόσωπο του οποίου, ατομικώς, συντρέχει κάποια από τις περιπτώσεις ασυμβιβάστου που προβλέπονται από τη σχετική εθνική νομοθεσία. Επομένως, οι αποφάσεις αυτές δεν είναι άμοιρες ενδιαφέροντος από πλευράς της ορθής εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης στον τομέα αυτόν.

71 Στην υπό κρίση υπόθεση, από τα στοιχεία που παρέσχε το αιτούν δικαστήριο προκύπτει ότι η απόφαση του ΕΣΡ, αποτέλεσμα της οποίας ήταν να μην ανατεθεί στην αιτούσα της κύριας δίκης το αντικείμενο της επίδικης δημοσίας συμβάσεως, ενώ είχε ορισθεί ως ανάδοχος, εκδόθηκε, κατά τη γνώμη της εν λόγω αιτούσας, κατά παράβαση των διατάξεων της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54), καθώς και κατά παραβίαση αρχών απορρεουσών από το πρωτογενές δίκαιο της Ένωσης.

72 Η αιτούσα της κύριας δίκης υποστηρίζει ότι, κατ' εφαρμογήν της επίδικης εθνικής νομοθεσίας, εμποδίστηκε όχι μόνο να ζητήσει την ακύρωση της παράνομης αποφάσεως του ΕΣΡ, η οποία οδήγησε στον αποκλεισμό της από την επίδικη στην κύρια δίκη διαδικασία, αλλά και να ζητήσει αποζημίωση για τη ζημία που της προξένησε η

απόφαση αυτή. Στερήθηκε, έτσι, του δικαιώματός της σε αποτελεσματική δικαστική προστασία.

73 Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι η αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας συνιστά γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης (βλ. απόφαση της 13ης Μαρτίου 2007, C-432/05, Unibet, Συλλογή 2007, σ. I-2271, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

74 Κατά πάγια νομολογία, ελλείψει σχετικής κοινοτικής νομοθεσίας, σε κάθε κράτος μέλος εναπόκειται να καθορίσει τα αρμόδια δικαστήρια και να ρυθμίσει τις δικονομικές λεπτομέρειες των ενδίκων προσφυγών που αποσκοπούν στη διασφάλιση των δικαιωμάτων που οι πολίτες αντλούν από το δίκαιο της Ένωσης. Πάντως, οι δικονομικές αυτές λεπτομέρειες δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκές από αυτές που αφορούν παρόμοιες προσφυγές που προβλέπονται για την προστασία των δικαιωμάτων που αντλούνται από την εσωτερική έννομη τάξη (αρχή της ισοδυναμίας) και δεν πρέπει να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή εξαιρετικώς δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από την έννομη τάξη της Ένωσης (αρχή της αποτελεσματικότητας) (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, απόφαση της 15ης Απριλίου 2008, C-268/06, Impact, Συλλογή 2008, σ. I-2483, σκέψεις 44 και 46 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

75 Όσον αφορά την αρχή της ισοδυναμίας, από τις διευκρινίσεις που παρέσχε το αιτούν δικαστήριο προκύπτει ότι, σύμφωνα με το εσωτερικό δίκαιο που διέπει, γενικώς, την αποκατάσταση των ζημιών που προξενούνται από παράνομες πράξεις του Δημοσίου ή νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, ο δικαστής της αποζημιώσεως είναι επίσης αρμόδιος να ελέγχει, παρεμπιπτόντως, τη νομιμότητα της βλαπτικής διοικητικής πράξεως, πράγμα που μπορεί να οδηγήσει, με αφετηρία ένδικη προσφυγή ασκηθείσα από μεμονωμένο ιδιώτη, στην επιδίκαση αποζημιώσεως εφόσον πληρούνται οι σχετικές ουσιαστικές προϋποθέσεις.

76 Αντιθέτως, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, τομέα ο οποίος καλύπτεται από το δίκαιο της Ένωσης, αυτές οι δύο αρμοδιότητες, ήτοι, αφενός, η αρμοδιότητα προς ακύρωση ή προς αναγνώριση της ακυρότητας διοικητικής πράξεως και, αφετέρου, η

αρμοδιότητα προς επιδίκαση αποζημιώσεως για την προξενηθείσα ζημία, ανήκουν, στο εθνικό νομικό πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται η υπόθεση της κύριας δίκης, σε διαφορετικές δικαιοδοσίες.

77 Συνεπώς, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, ο συνδυασμός του άρθρου 5, παράγραφος 2, του νόμου 2522/1997, που εξαρτά τη χορήγηση αποζημιώσεως από την προηγούμενη ακύρωση της βλαπτικής πράξεως, και του άρθρου 47, παράγραφος 1, του προεδρικού διατάγματος 18/1989, κατά το οποίο μόνον όλα τα μέλη κοινοπραξίας δύνανται να ασκήσουν παραδεκτώς αίτηση ακυρώσεως κατά πράξεως εντασσομένης στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, οδηγεί, όπως παρατηρεί το αιτούν δικαστήριο, σε αδυναμία κάθε μεμονωμένου μέλους κοινοπραξίας όχι μόνο να επιτύχει την ακύρωση της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξεως, αλλά και να απευθυνθεί στον αρμόδιο δικαστή προς αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη ατομικώς, ενώ μια τέτοια αδυναμία δεν φαίνεται να υπάρχει σε άλλους τομείς, δυνάμει των κανόνων του εσωτερικού δικαίου που ισχύουν για τις αγωγές αποζημιώσεως που στηρίζονται σε ζημία προξενηθείσα από παράνομη πράξη δημοσίας αρχής.

78 Όσον αφορά την αρχή της αποτελεσματικότητας, διαπιστώνεται ότι, με την εφαρμογή της επίδικης στην κύρια δίκη εθνικής νομοθεσίας, ένας διαγωνιζόμενος όπως η αιτούσα της κύριας δίκης στερείται παντελώς της δυνατότητας να ζητήσει, ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου, την αποκατάσταση της ζημίας την οποία υπέστη εξ αιτίας παραβιάσεως του δικαίου της Ένωσης από διοικητική πράξη η οποία επηρέασε ενδεχομένως την εξέλιξη ή και την έκβαση της διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως. Ένας τέτοιος διαγωνιζόμενος στερείται της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας των δικαιωμάτων που αρύεται από το δίκαιο της Ένωσης στον τομέα αυτόν.

79 Όπως παρατήρησε η γενική εισαγγελέας στα σημεία 107 έως 116 των προτάσεών της, πρέπει, συναφώς, να υπογραμμιστεί ότι το πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως διαφέρει από εκείνο της υποθέσεως επί της οποίας εκδόθηκε η προμνησθείσα απόφαση Espace Trianon και Sofibail. Πράγματι, ενώ η δεύτερη αυτή υπόθεση αφορούσε προσφυγή ακυρώσεως κατά κατακυρωτικής αποφάσεως με την οποία το αντικείμενο της επίδικης συμβάσεως δεν ανατέθηκε στην υποβαλούσα προσφορά κοινοπραξία στο σύνολό της, η υπό κρίση υπόθεση αφορά, σε τελική ανάλυση, αίτημα αποκαταστάσεως της ζημίας που προξενήθηκε από παράνομη απόφαση διοικητικής αρχής με την οποία διαπιστώθηκε η συνδρομή ασυμβίβαστης ιδιότητας, υπό την έννοια της συναφούς εθνικής νομοθεσίας, στο πρόσωπο μόνον του διαγωνιζομένου που άσκησε την αίτηση ακυρώσεως.

80 Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, στο πρώτο από τα υποβληθέντα στην υπόθεση C-149/08 ερώτημα προσήκει η απάντηση ότι το δίκαιο της Ένωσης, και ειδικότερα το δικαίωμα σε αποτελεσματική δικαστική προστασία, δεν επιτρέπει εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στην κύρια δίκη, ερμηνευόμενη υπό την έννοια ότι μεμονωμένα μέλη κοινοπραξίας που υπέβαλε προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως δεν έχουν τη δυνατότητα να ζητήσουν την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν ατομικώς από απόφαση εκδοθείσα όχι από την αναθέτουσα αλλά από διαφορετική αρχή, εμπλεκόμενη στη διαδικασία αυτή σύμφωνα με τους εφαρμοστέους εθνικούς κανόνες, και η οποία απόφαση είναι ικανή να επηρεάσει την εξέλιξη της διαδικασίας αυτής.

81 Κατόπιν της απαντήσεως αυτής, παρέλκει η απάντηση στο δεύτερο ερώτημα που υποβλήθηκε στο πλαίσιο της υποθέσεως C-149/08.

Επί των δικαστικών εξόδων

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

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

1) Μικτή σύμβαση της οποίας το κύριο αντικείμενο συνίσταται στην εκ μέρους επιχειρήσεως απόκτηση του 49 % του κεφαλαίου δημοσίας επιχειρήσεως και της οποίας το —αρρήκτως συνδεδεμένο με το κύριο αυτό αντικείμενο— παρεπόμενο αντικείμενο αφορά την παροχή υπηρεσιών και την εκτέλεση

έργων δεν εμπίπτει, στο σύνολό της, στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων.

2) Το δίκαιο της Ένωσης, και ειδικότερα το δικαίωμα σε αποτελεσματική δικαστική προστασία, δεν επιτρέπει εθνική ρύθμιση, όπως η επίδικη στην κύρια δίκη, ερμηνευόμενη υπό την έννοια ότι μεμονωμένα μέλη κοινοπραξίας που υπέβαλε προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως δεν έχουν τη δυνατότητα να ζητήσουν την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν ατομικώς από απόφαση εκδοθείσα όχι από την αναθέτουσα αλλά από διαφορετική αρχή, εμπλεκόμενη στη διαδικασία αυτή σύμφωνα με τους εφαρμοστέους εθνικούς κανόνες, και η οποία απόφαση είναι ικανή να επηρεάσει την εξέλιξη της διαδικασίας αυτής.

(υπογραφές)