ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ ANTONIO LA PERGOLA της 23ης Οκτωβρίου 1997 *

I — Εισαγωγή

1. Με την παρούσα αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως το Raad van State van België καλεί το Δικαστήριο να διευκρινίσει το περιεχόμενο μιας από τις προγενέστερες αποφάσεις του [1], με την οποία το Δικαστήριο ερμήνευσε τις οδηγίες 71/304/ΕΟΚ [2] και 71/305/ΕΟΚ [3] κρίνοντας ότι οι εταιρίες χαρτοφυλακίου μπορούν να εγγράφονται στους καταλόγους των εργοληπτών προκειμένου να συμμετέχουν σε προσκλήσεις υποβολής προσφορών, οσάκις αποδεικνύουν ότι διαθέτουν όντως τα μέσα που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων δημοσίων έργων. Εκείνο που ερίζεται στην παρούσα υπόθεση είναι αν τα κράτη μέλη οφείλουν ή όχι να λαμβάνουν υπόψη τη δεσπόζουσα θέση ελέγχου που κατέχει μια εταιρία χαρτοφυλακίου σε σχέση με τις εταιρίες του ομίλου.

II — Τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως

2. Τα πραγματικά περιστατικά που έδωσαν λαβή στην υποβολή του παρόντος προδικαστικού ερωτήματος στο Δικαστήριο είναι τα ίδια με εκείνα της υποθέσεως C-389/92, επί της οποίας το Δικαστήριο αποφάνθηκε με την προαναφερθείσα απόφαση της 14ης Απριλίου 1994 και το διατακτικό της οποίας αποτελεί αντικείμενο της παρούσας αιτήσεως περί ερμηνείας.

3. Με την υπόθεση εκείνη, στην οποία παραπέμπω για την πληρέστερη κατανόηση των πραγματικών και νομικών στοιχείων της παρούσας διαφοράς, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι «Η οδηγία 71/304/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί καταργήσεως των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και στην ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων, και η οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων, πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι επιτρέπουν, προκειμένου να εκτιμηθούν τα κριτήρια στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ένας εργολήπτης κατά την εξέταση της αιτήσεως αναγνωρίσεως που έχει υποβληθεί από το δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου, να λαμβάνονται υπόψη οι εταιρίες που ανήκουν στον όμιλο αυτόν, εφόσον το εν λόγω νομικό πρόσωπο αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εταιριών αυτών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων δημοσίων έργων. Στο εθνικό δικαστήριο εναπόκειται να κρίνει αν αποδεικτικά στοιχεία αυτού του είδους έχουν προσκομιστεί στο πλαίσιο της κυρίας δίκης».

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — Απόφαση της 14ης Απριλίου 1994 στην υπόθεση C-389/92, Ballast Nedam Groep (Συλλογή 1994, σ. I-1289).

2 — Οδηγία του Συμβουλίου της 26ης Ιουλίου 1971 περί καταργήσεως των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και στην ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 3).

3 — Οδηγία του Συμβουλίου της 26ης Ιουλίου 1971 περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7).

4. Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται σήμερα, ενόψει και των προτάσεων που ανέπτυξε ο γενικός εισαγγελέας Gulmann στην προαναφερθείσα υπόθεση [4], ποιο είναι το ακριβές νόημα της λέξεως «επιτρέπουν» του διατακτικού της εν λόγω αποφάσεως και αν η έκφραση αυτή παρέχει στα κράτη μέλη εξουσία εκτιμήσεως για τη χορήγηση της εν λόγω εγκρίσεως.

Προκειμένου να επιλύσει τη διαφορά της οποίας επελήφθη, το Raad van State van België υπέβαλε, κατόπιν αυτού, στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«Ερωτάται αν η λέξη "επιτρέπουν" στη φράση "(...) να λαμβάνονται υπόψη (...)" του διατακτικού της αποφάσεως της 14ης Απριλίου 1994 στην υπόθεση C-389/92 πρέπει να νοηθεί ως "επιβάλλουν".

Ερωτάται αν, σε περίπτωση που η λέξη "επιτρέπουν" στην προαναφερθείσα φράση δεν πρέπει να νοηθεί ως "επιβάλλουν", τούτο σημαίνει ότι το οικείο κράτος μέλος διαθέτει εν προκειμένω διακριτική εξουσία, ακόμη και όταν πληρούται η τεθείσα από το Δικαστήριο προϋπόθεση.

Ερωτάται σε ποιες περιπτώσεις και για ποιους λόγους πρέπει τότε να λαμβάνονται υπόψη οι εταιρίες που ανήκουν σε δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου.»

III — Εξέταση της διαφοράς

5. Το υποβληθέν στο Δικαστήριο ερώτημα πρέπει να επιλυθεί με την υπαγωγή του αμφισβητουμένου όρου «επιτρέπουν» στο πλαίσιο της προαναφερθείσας αποφάσεως. Είναι προφανές ότι το Δικαστήριο έκανε χρήση του όρου αυτού επικαλούμενο το πνεύμα των οδηγιών 71/304 και 71/305, με τις οποίες η Κοινότητα επιδίωξε να ελευθερώσει τον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και να επιτρέψει στις ευρωπαϊκές επιχειρήσεις να συμμετέχουν στις προσκλήσεις υποβολής προσφορών εντός των κρατών μελών, αίροντας με τον τρόπο αυτό τα εμπόδια στα οποία προσέκρουε η πραγματική υλοποίηση μιας ανοικτής αγοράς στο επίπεδο της παροχής των εν λόγω υπηρεσιών [5]. Συγκεκριμένα, βούληση του Δικαστηρίου ήταν να διασφαλιστεί υπέρ των επιχειρήσεων των άλλων κρατών μελών η δυνατότητα συμμετοχής τους επί ίσης βάσεως, ομού με τις επιχειρήσεις του εν λόγω κράτους μέλους, στις προσκλήσεις υποβολής προσφορών που ρυθμίζει η οδηγία 71/305.

Είναι προφανές ότι, συναφώς, η δυνατότητα κράτους μέλους να ασκήσει διακριτική ευχέρεια, στο πλαίσιο της επίδικης εγκρίσεως, ενδεχομένως υπό τη μορφή προϋποθέσεως για τη συμμετοχή στις προσκλήσεις υποβολής προσφορών, στερεί

4 — Προτάσεις της 24ης Φεβρουαρίου 1994 στην υπόθεση C-389/92 (Συλλογή 1994, σ. I-1291).

5 — Βλ., συναφώς, την έβδομη και ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 71/305.

οποιουδήποτε περιεχομένου τον κανόνα του άρθρου 28, παράγραφος 4, της οδηγίας 71/305, σύμφωνα με τον οποίο: «Για την εγγραφή εργολήπτη των άλλων κρατών μελών στον κατάλογο αυτό δύνανται να ζητηθούν μόνον εκείνες οι αποδείξεις και δηλώσεις που ζητούνται από τους ημεδαπούς εργολήπτες και, εν πάση περιπτώσει, μόνον εκείνες που προβλέπονται από τις διατάξεις των άρθρων 23 έως 26.»

6. Υπενθυμίζω ακόμη ότι, με την προαναφερθείσα απόφασή του, το Δικαστήριο έκανε χρήση του όρου «επιτρέπουν» που είχε χρησιμοποιήσει και ο ίδιος ο παραπέμπων δικαστής διατυπώνοντας το υποβληθέν με την ευκαιρία εκείνη προδικαστικό ερώτημα. Επομένως, η έκφραση αυτή πρέπει να ερμηνευθεί υπό το φως της προϋποθέσεως που έθεσε το Δικαστήριο συναφώς ότι «το εν λόγω νομικό πρόσωπο αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εταιριών [του ομίλου] που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων δημοσίων έργων».

7. Επομένως, όπως προκύπτει από τα προεκτεθέντα, το κράτος μέλος δεν διαθέτει καμία διακριτική εξουσία όταν πρόκειται να εκδώσει την απόφαση περί εγκρίσεως των εταιριών χαρτοφυλακίου, εφόσον πληρούνται οι προβλεπόμενες από το Δικαστήριο προϋποθέσεις. Πάντως, εναπόκειται στο κράτος μέλος να ελέγξει αν η εταιρία χαρτοφυλακίου πληροί όντως τις ανωτέρω προϋποθέσεις. Πρέπει επίσης, κατά την άποψή μου, το κράτος μέλος να θεσπίσει κατάλληλα κριτήρια επιτρέποντα τον καθορισμό του τρόπου με τον οποίο ένας όμιλος εταιριών μπορεί να θεωρηθεί ότι παρέχει τα αναγκαία εχέγγυα διασφαλίσεως των ανειλημμένων υποχρεώσεών του μέσω της αναθέσεως σ' αυτόν μιας συμβάσεως.

8. Δεν αποκρύπτω ότι επί του θέματος αυτού θα ήταν ευκταίο ο κοινοτικός νομοθέτης να παρέμβει προς εναρμόνιση και συντονισμό των διαφόρων διατάξεων του δικαίου των εταιριών που ρυθμίζουν την ευθύνη του ομίλου και των επιμέρους εταιρών που συμμετέχουν σ' αυτόν όσον αφορά τις αναληφθείσες από τη δεσπόζουσα εταιρία του ομίλου δεσμεύσεις κατά τη στιγμή της αναθέσεως της συμβάσεως. Πράγματι, υφίστανται λεπτά ζητήματα απορρέοντα από την εξομοίωση ενός ομίλου ως ολότητας με έναν απλό εργολήπτη. Πρόκειται για ζητήματα ευρείας σημασίας, τα οποία, όπως προανέφερα, απαιτούν μεγαλύτερη εμβάθυνση κατά την επεξεργασία των εφαρμοστέων κανόνων. Ο ίδιος ο γενικός εισαγγελέας Gulmann, διατυπώνοντας τις προτάσεις του στην υπόθεση C-389/92 [6] αναφέρθηκε στο ζήτημα αυτό, εφιστώντας την προσοχή του Δικαστηρίου επί μιας τυχόν γενικής και αφηρημένης απαντήσεως, τασσόμενος υπέρ της επιλύσεως ad hoc της συγκεκριμένης υποβληθείσας στην κρίση του διαφοράς.

9. Πράγματι, ζητήματα οφειλόμενα σε καταστάσεις συγκρούσεως συμφερόντων μεταξύ της δεσπόζουσας εταιρίας ενός ομίλου και των συμμετεχουσών εταιριών ή προβλήματα αφορώντα την ακαταλληλότητα του εταιρικού σκοπού των εταιριών που οφείλουν εντέλει να πραγματοποιήσουν τα δημοπρατούμενα έργα μπορούν να προκαλέσουν σοβαρές ζημίες στην αναθέτουσα αρχή αν δεν εντοπιστούν και επιλυθούν έγκαιρα. Εξάλλου, δεν πρέπει να

6 — Προαναφερθείσες στην υποσημείωση 4 προτάσεις.

λησμονείται το γεγονός ότι η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων σε θέματα συγκρούσεως συμφερόντων εντός ενός ομίλου ή ακυρώσεως μιας πράξεως λόγω αντιθέσεώς της προς τον εταιρικό σκοπό οφείλεται κατά κανόνα σε καταστάσεις όπου ο πιστωτής μιας συμμετέχουσας εταιρίας ή μιας μειοψηφούσας εταιρίας επιδιώκει να επωφεληθεί των ελαττωμάτων της προσβαλλομένης συναλλαγής προκειμένου να παρεμποδίσει τυχόν διαφυγή του ελέγχου μέρους της περιουσίας της συμμετέχουσας εταιρίας και υπαγωγής της στην περιουσία της εταιρίας χαρτοφυλακίου ή ακόμη προκειμένου να επικαλεστεί την περιουσιακή ευθύνη της δεσπόζουσας εταιρίας. Η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων έχει την τάση να δώσει απάντηση στα ζητήματα αυτά, μετερχόμενη, ανάλογα με τις περιστάσεις, μέσα που, μολονότι επιδέχονται ασφαλώς βελτιώσεων, επιτρέπουν σε μεγάλο βαθμό την αντιμετώπιση της διπλής επιταγής της διασφαλίσεως μιας ορθής και υγιούς αναπτύξεως των εμπορικών συναλλαγών και της διαφανείας των σχέσεων μεταξύ πιστωτών, εταίρων και εταιριών [7].

10. Στην προκειμένη περίπτωση, αντίθετα, το Δικαστήριο βρίσκεται ενώπιον κατ' ουσίαν αντίστροφης καταστάσεως: πιστωτής είναι η αναθέτουσα αρχή και αντισυμβαλλόμενός του η ίδια η εταιρία χαρτοφυλακίου η οποία εκτελεί τη σύμβαση μέσω των εταίρων της. Οι υφιστάμενες μεταξύ της εταιρίας χαρτοφυλακίου και των εταιριών του ομίλου σχέσεις ποικίλλουν από απόψεως συμμετοχής και φύσεως των εννόμων σχέσεων που τις διέπει. Η επίδραση του εθνικού εταιρικού δικαίου μπορεί επίσης να διαδραματίσει καθοριστικό ρόλο όσον αφορά την εικόνα και τη δομή του ομίλου. Στην περίπτωση αυτή, η κατάσταση στην οποία μπορεί να περιέλθει εντέλει ο αναθέτων οργανισμός έγκειται στο ότι δεν θα είναι σε θέση να απαιτήσει εγκύρως και αποτελεσματικώς από την εταιρία χαρτοφυλακίου, αλλά κυρίως ούτε από τις επιμέρους εταιρίες του ομίλου, την τήρηση των υποχρεώσεων που ανέλαβε η εταιρία χαρτοφυλακίου με την ανάληψη της συμβάσεως [8]. Με άλλους λόγους, πρέπει να πληρούνται οι αναγκαίες προϋποθέσεις ώστε οι εταιρίες του ομίλου να υπέχουν πράγματι την προβλεπομένη υποχρέωση εκτελέσεως, η οποία πρέπει να λάβει τη μορφή υποχρεώσεως νομικής δεσμεύσεως [9]. Είναι αυτονόητο ότι το πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται η εν λόγω προβληματική καθίσταται σημαντικά περιπλοκότερο αν αναλογιστεί κανείς τις συνέπειες που απορρέουν από το γεγονός ότι, ακόμη και εντός του ομίλου, οι νομοθεσίες σε ζητήματα εταιρικού δικαίου των διαφόρων κρατών μελών τέμνονται, με αναπόδραστη συνέπεια την προσφυγή στους κανόνες του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, οι οποίοι συχνά δεν επαρκούν ώστε ο ερμηνευτής τους να εξέλθει του νομικού δαιδάλου με τον οποίο βρίσκεται αντιμέτωπος

7 — Βλ., συναφώς, ex multis, για μια συγκριτική προσέγγιση, Wooldridge, F.: «Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws», *European Company Laws — A comparative Approach*, Aldershot, 1991, σ. 103· Cerrai, A., και Mazzoni, A.: «La tutela del socio e delle minoranze», *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Μιλάνο, 1993, σ. 339; Hopt, K. G.: «Groups of companies, Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies», ibidem, σ. 715· και Grierson, C. K.: «Shareholders liability, Consolidation and Pooling», *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, Λονδίνο, 1994, σ. 205.

8 — Η κατάσταση εμφανίζει στην πραγματικότητα πτυχές ανάλογες προς εκείνη της εταιρίας η οποία αναθέτει υπεργοληπτικώς σε τρίτους μέρος του ανατεθέντος έργου. Συναφώς, η οδηγία 89/440/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουλίου 1989, περί τροποποιήσεως της οδηγίας 71/305 (ΕΕ L 210, σ. 1), μολονότι δεν τυγχάνει εφαρμογής ratione temporis στην προκειμένη περίπτωση, εισήγαγε το άρθρο 20γ, το οποίο προβλέπει ότι «Στη συγγραφή υποχρεώσεων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει από τον υποβάλλοντα την προσφορά να της ανακοινώσει, με την προσφορά της, το τμήμα της συμβάσεως που ενδεχομένως προτίθεται να αναθέσει υπεργοληπτικώς σε τρίτους. Η ανακοίνωση αυτή δεν προδικάζει το ζήτημα της ευθύνης του κυρίου εργολήπτη.»

9 — Βλ. συναφώς τις παρατηρήσεις που διατύπωσε ο G. Rossi επ' ευκαιρία της αποφάσεως της 14ης Απριλίου 1994, *Giurisprudenza italiana*, μέρος I, τμήμα 1, στήλη 545, 1995.

και κυρίως ώστε να διασφαλιστεί πλήρης ισοτιμία μεταξύ κανόνων κρατών που έχουν διαφορετικές παραδόσεις και αντιλήψεις στο πεδίο του δικαίου [10].

11. Επομένως, η αρχή του δικαίου που καθιέρωσε το Δικαστήριο με την προαναφερθείσα απόφαση επιβάλλει, κατά την άποψή μου, στα κράτη μέλη την υποχρέωση, πέραν της τηρήσεως της αρχής περί απαγορεύσεως των διακρίσεων, την οποία απηχεί στην προκειμένη περίπτωση η απαγόρευση ασκήσεως διακριτικής εξουσίας στα πλαίσια της χορηγήσεως της επίδικης εγκρίσεως, και την υποχρέωση επιδείξεως επιμέρους επιμελείας κατά τον καθορισμό και την εφαρμογή αντικειμενικών και διαφανών κανόνων, διασφαλιζόντων, με βάση το ισχύον στο κράτος μέλος νομικό πλαίσιο, την αποτελεσματική τήρηση των τεθεισών από το Δικαστήριο προϋποθέσεων, ήτοι της πλήρους διαθέσεως των μέσων που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως δημοσίων έργων. Ελλείψει αποδείξεως περί αυτού, θα νοθευόταν στην πραγματικότητα η ορθή άσκηση του ανταγωνισμού, επιτρέποντας σε ομίλους εταιριών που δεν είναι καταλλήλως εξοπλισμένοι, είτε από νομικής είτε από τεχνικοοικονομικής απόψεως, να συμμετέχουν επί ίσοις όροις σε προσκλήσεις υποβολής προσφορών πλάι σε υποψηφίους, οι οποίοι, αντίθετα, πληρούν απολύτως τα εν λόγω κριτήρια.

IV — Συμπεράσματα

12. Ενόψει των προηγηθεισών σκέψεων, προτείνω να δοθούν οι ακόλουθες απαντήσεις στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε Raad van State van België:

«Η λέξη "επιτρέπουν" του διατακτικού της αποφάσεως της 14ης Απριλίου 1994 στην υπόθεση C-389/92 πρέπει να νοηθεί ως "υποχρεώνουν".

10 — Το άρθρο 21 της οδηγίας 71/305 δέχεται την ανάγκη ένας όμιλος εταιριών που συμμετέχει στη διαδικασία της προσκλήσεως υποβολής προσφορών να πρέπει να έχει συγκεκριμένη νομική μορφή: «Κοινοπραξίες εργαληπτών δύνανται να υποβάλλουν προσφορές. Οι εν λόγω κοινοπραξίες δεν δύνανται να υποχρεωθούν να περιβληθούν ιδιαίτερη νομική μορφή προκειμένου να υποβάλουν την προσφορά, αλλ' η επιλεγείσα κοινοπραξία δύναται να υποχρεωθεί να πράξει τούτο όταν της ανατεθεί το έργο.» Ασφαλώς, στην περίπτωση μιας εταιρίας χαρτοφυλακίου, ο κανόνας αυτός μπορεί να δώσει λαβή για διαφορετικές ερμηνείες, ανάλογα με το αν ο όμιλος λογίζεται στο σύνολό του ως μία και μόνον ολότητα, οπότε δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 21, ή αν ο επίδικος κανόνας τυγχάνει εφαρμογής στην περίπτωση που η εταιρία χαρτοφυλακίου συγκαταλέγεται μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά, με συνέπεια να απαιτείται ενδεχομένως οι ανήκουσες στον όμιλο εταιρίες να έχουν σαφώς προσδιορισμένη νομική μορφή.

Πάντως, εναπόκειται στις εθνικές αρχές να διασφαλίσουν την τήρηση της προϋποθέσεως από την οποία εξαρτάται η εν λόγω υποχρέωση εξομοιώσεως και, ειδικότερα, να παράσχουν εγγυήσεις ότι ελέγχεται το κατά πόσον είναι πλήρως διαθέσιμα τα μέσα εκτελέσεως της συμβάσεως δημοσίων έργων μέσω της εφαρμογής κριτηρίων που δεν εισάγουν δυσμενή διάκριση και είναι ικανά να προστατεύσουν αποτελεσματικά και τα δικαιώματα και τις θεμιτές προσδοκίες των αναθετόντων οργανισμών.»