ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
YVES BOT
της 27ης Οκτωβρίου 2009[1]

1. Με την παρούσα αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, το Landgericht Frankfurt am Main (Γερμανία) ερωτά, κατ' ουσία, ποια είναι η έκταση της υποχρεώσεως διαφάνειας και ποιες συνέπειες πρέπει να έχει η παραβίασή της στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως συμβάσεων παραχωρήσεως υπηρεσιών.

2. Το ερώτημα υποβάλλεται στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ της επιχειρήσεως Wall AG[2], αφενός, και του Stadt Frankfurt am Main (Δήμου της Φρανκφούρτης επί του Μάιν) και της επιχειρήσεως Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3], αφετέρου, αφορώσας την εκτέλεση συμβάσεως παραχωρήσεως με αντικείμενο τη λειτουργία, τη συντήρηση και τον καθαρισμό ένδεκα δημοσίων αφοδευτηρίων στην περιφέρεια του δήμου.

3. Η υπόθεση αυτή θα παράσχει στο Δικαστήριο τη δυνατότητα να διευκρινίσει τους όρους υπό τους οποίους η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιτρέψει τροποποίηση της συμβάσεως παραχωρήσεως στο στάδιο της εκτελέσεώς της, χωρίς να παραβιάσει την υποχρέωση διαφάνειας.

4. Θα δώσει επίσης στο Δικαστήριο την ευκαιρία να διευκρινίσει τους όρους υπό τους οποίους επιβάλλεται η τήρηση της υποχρεώσεως αυτής σε οντότητα μικτού κεφαλαίου που έχει συσταθεί στο πλαίσιο συμπράξεως δημόσιου-ιδιωτικού τομέα.

5. Τέλος, τα ερωτήματα που υποβάλλει το Landgericht Frankfurt am Main θα παράσχουν στο Δικαστήριο την ευκαιρία να διευκρινίσει τον τρόπο δικαστικού ελέγχου των αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών. Ειδικότερα, το Δικαστήριο θα πρέπει να εξετάσει αν, όταν το αρμόδιο εθνικό δικαστήριο διαπιστώνει παραβίαση της υποχρεώσεως διαφάνειας στο πλαίσιο συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών, το κοινοτικό δίκαιο υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναγνωρίσουν στα εθνικά τους δικαστήρια την εξουσία να διατάσσουν τους συμβαλλομένους να λαμβάνουν συγκεκριμένα μέτρα.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.
2 — Στο εξής: προσφεύγουσα.
3 — Στο εξής: FES.

I — Το κοινοτικό νομικό πλαίσιο

Α — *Το πρωτογενές δίκαιο*

6. Η Συνθήκη ΕΚ δεν περιορίζει την ελευθερία των κρατών μελών να συνάπτουν συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών, εφόσον ο τρόπος παραχωρήσεως των υπηρεσιών συνάδει με τις διατάξεις που θεσπίζουν και εξασφαλίζουν την ομαλή λειτουργία της ενιαίας αγοράς.

7. Όπως κάθε άλλη κρατική πράξη που ορίζει τις προϋποθέσεις της ασκήσεως οικονομικής δραστηριότητας, η παραχώρηση πρέπει να συνάδει με τις αρχές τις οποίες καθιερώνει η Συνθήκη σχετικά με το δικαίωμα εγκαταστάσεως (άρθρο 43 ΕΚ) και ελεύθερης παροχής υπηρεσιών (άρθρο 49 ΕΚ) και με τους κανόνες που απαγορεύουν τις διακρίσεις λόγω ιθαγένειας (άρθρο 12, πρώτο εδάφιο, ΕΚ).

8. Εξάλλου, η παραχώρηση πρέπει να πληροί τις αρχές που έχει διακηρύξει το Δικαστήριο βάσει των προαναφερθεισών διατάξεων, και ιδίως τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας, το πεδίο εφαρμογής των οποίων θα αναλύσω στη συνέχεια. Μολονότι η σχετική νομολογία αφορά κατά κύριο λόγο διαφορές σχετικές με δημόσιες συμβάσεις, το πεδίο εφαρμογής των αρχών που απορρέουν από αυτή υπερβαίνει το πλαίσιο των συμβάσεων αυτών. Η επιχειρηματολογία μου θεμελιώνεται στην παραδοχή ότι οι αρχές αυτές είναι εφαρμοστέες και σε άλλες περιπτώσεις, και ιδίως στις συμβάσεις παραχωρήσεως.

Β — *Το παράγωγο δίκαιο*

9. Στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, οι συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών δεν αποτελούν αντικείμενο παράγωγης νομοθεσίας[4]. Εντούτοις, οι διατάξεις που έχουν θεσπιστεί στο πλαίσιο των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων επιτρέπουν την αξιολόγηση ορισμένων τρόπων συνάψεως συμβάσεων αυτού του είδους.

1. Η νομοθεσία που διέπει τον συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών

10. Η έννοια της «αναθέτουσας αρχής» ορίστηκε για πρώτη φορά με το άρθρο 1,

4 — Σήμερα, το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο περιλαμβάνει μόνο κανόνες εφαρμοστέους στις παραχωρήσεις εργασιών στους παραδοσιακούς κλάδους.

στοιχείο β΄, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ[5]. Σύμφωνα με την όγδοη αιτιολογική σκέψη της, η οδηγία εφαρμόζεται στις «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών»[6] και συνεπώς, το πεδίο εφαρμογής της δεν καλύπτει την παραχώρηση υπηρεσιών. Η οδηγία 92/50 αποβλέπει στην εξάλειψη των εμποδίων στην ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών και στην κυκλοφορία των εμπορευμάτων και, συνεπώς, στην προστασία των συμφερόντων των επιχειρηματιών οι οποίοι επιθυμούν να παραδώσουν αγαθά ή να παράσχουν υπηρεσίες στις αναθέτουσες αρχές που είναι εγκατεστημένες σε άλλο κράτος μέλος[7].

11. Το άρθρο 1, στοιχείο β΄, της οδηγίας αυτής δίνει τον ακόλουθο ορισμό της έννοιας των «αναθετουσών αρχών»:

«ως αναθέτουσες αρχές: θεωρούνται το κράτος, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι ενώσεις που αποτελούνται από έναν ή περισσότερους από τους παραπάνω οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή δημοσίου δικαίου.

Ως οργανισμός δημοσίου δικαίου νοείται κάθε οργανισμός:

— που δημιουργείται για την ικανοποίηση συγκεκριμένων αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα

και

— έχει νομική προσωπικότητα

και

— χρηματοδοτούνται κατά το μεγαλύτερο μέρος από το κράτος ή από τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, ή η διαχείρισή τους υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς, ή όταν περισσότερο από το ήμισυ των μελών του διοικητικού, του διευθυντικού ή του εποπτικού συμβουλίου τους διορίζεται από το κράτος, τις περιφερειακές ή τις τοπικές αρχές ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

5 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2001/78/ΕΚ της Επιτροπής, της 13ης Σεπτεμβρίου 2001 (ΕΕ L 285, σ. 1, στο εξής: οδηγία 92/50).

6 — Κατά το άρθρο 1, στοιχείο α΄, της οδηγίας 92/50, "οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών [...] είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ ενός παρέχοντος υπηρεσίες και μιας αναθέτουσας αρχής". Μια δημόσια σύμβαση υπηρεσιών υπό την έννοια της οδηγίας αυτής περιέχει αντιπαροχή που καταβάλλεται ευθέως από την αναθέτουσα αρχή στον παρέχοντα υπηρεσίες.

7 — Απόφαση της 1ης Φεβρουαρίου 2001, C-237/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2001, σ. I-939, σκέψεις 41 και 42 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

[…]»

12. Στη συνέχεια, ο ορισμός της έννοιας της «παραχωρήσεως υπηρεσιών» δόθηκε με το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2004/18/ΕΚ[8] με την οποία αναδιατυπώθηκε το σύνολο των διατάξεων που αφορούν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, προμηθειών και έργων[9].

13. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, η σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών είναι «μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια δημόσια σύμβαση υπηρεσιών, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής».

14. Επίσης, η οδηγία επαναλαμβάνει επακριβώς, στο άρθρο 1, παράγραφος 9, τον ορισμό της έννοιας του «οργανισμού δημοσίου δικαίου», τον οποίο προέβλεπε το άρθρο 1, στοιχείο β΄, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 92/50.

2. Η οδηγία 89/665/ΕΟΚ

15. Η οδηγία 89/665/ΕΟΚ[10] συνέβαλε στην ουσιαστική αύξηση των εγγυήσεων διαφάνειας και αποτροπής των διακρίσεων στο πλαίσιο του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, υποχρεώνοντας τα κράτη μέλη να προβλέψουν ταχέα και αποτελεσματικά μέσα παροχής έννομης προστασίας σε περίπτωση παραβάσεως των διατάξεως των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων[11]. Κατά το άρθρο 1 της τελευταίας αυτής οδηγίας, οι διαδικασίες αυτές πρέπει να μπορούν να κινηθούν, σύμφωνα με προϋποθέσεις που έχουν τη δυνατότητα να καθορίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον από οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση.

8 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 114).

9 — Αντιστοίχως, όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, η οδηγία 92/50· όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, η οδηγία 77/62/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976 (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 24), και όσον αφορά τις συμβάσεις δημοσίων έργων, η οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971 (ΕΕ L 185, σ. 5), στο εξής, συνολικά: οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων.

10 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50 (στο εξής: οδηγία 89/665). Η τελευταία τροποποίηση της οδηγίας αυτής έγινε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (ΕΕ L 335, σ. 31).

11 — Ενώ το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665 αφορούσε αποκλειστικά τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων έργων και προμηθειών, το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2007/66 επεκτάθηκε και στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών.

16. Δεδομένης της συντομίας των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, οι διαδικασίες αυτές δεν αρκεί, σύμφωνα με το άρθρο 2 της οδηγίας 89/665, να καθιστούν δυνατή την επείγουσα εξέταση των εικαζομένων παραβάσεων και τη λήψη προσωρινών μέτρων, αλλά πρέπει επίσης να προβλέπουν δυνατότητα ακυρώσεως των παράνομων αποφάσεων και την επιδίκαση αποζημιώσεως στους ζημιωθέντες. Η σχετική διάταξη έχει ως 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 […]

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

[…]

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.

[…]»

17. Όπως προαναφέρθηκε, η οδηγία 89/665 τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66, σκοπός της οποίας είναι η βελτίωση της αποτελεσματικότητας των εθνικών διαδικασιών προσφυγής. Η οδηγία διευκρινίζει τις περιπτώσεις στις οποίες οι συμβάσεις που συνάπτονται κατά παράβαση των κανόνων που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως δημοσίων συμβάσεων πρέπει να θεωρούνται ανενεργές.

3. Η οδηγία 80/723/ΕΟΚ

18. Το άρθρο 2 της οδηγίας 80/723/ΕΟΚ[12] ορίζει τα εξής:

«1. Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας νοούνται ως:

[…]

β) “δημόσια επιχείρηση” κάθε επιχείρηση στην οποία οι αρχές μπορούν να ασκούν άμεσα ή έμμεσα αποφασιστική επιρροή λόγω κυριότητας ή χρηματοοικονομικής συμμετοχής τους σε αυτήν ή δυνάμει των κανόνων που την διέπουν·

[…]

12 — Οδηγία της Επιτροπής, της 25ης Ιουνίου 1980, για τη διαφάνεια των χρηματοοικονομικών σχέσεων μεταξύ των κρατών μελών και των δημοσίων επιχειρήσεων, καθώς και για τη χρηματοοικονομική διαφάνεια εντός ορισμένων επιχειρήσεων (ΕΕ L 195, σ. 35), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2000/52/ΕΚ της Επιτροπής, της 26ης Ιουλίου 2000 (ΕΕ L 193, σ. 75, στο εξής: οδηγία 80/723).

2. Η άσκηση αποφασιστικής επιρροής από τις δημόσιες αρχές στην επιχείρηση τεκμαίρεται όταν, άμεσα ή έμμεσα, οι αρχές αυτές:

α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης, ή

β) ελέγχουν την πλειοψηφία των δικαιωμάτων ψήφου που συνδέονται με τα μερίδια που έχει εκδώσει η επιχείρηση, ή

γ) μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης.»

II — Τα πραγματικά περιστατικά και η κύρια δίκη

19. Τα πραγματικά περιστατικά επί των οποίων θα στηριχθεί η ανάλυσή μου μπορούν να συνοψιστούν ως εξής.

20. Η επίδικη σύμβαση είναι σύμβαση παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 2004/18 και συνήφθη μεταξύ του Stadt Frankfurt am Main (Δήμου της Φρανκφούρτης επί του Μάιν), ο οποίος, ως οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως, είναι αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β΄, της οδηγίας 92/50, και της επιχειρήσεως FES. Αντικείμενο της συμβάσεως είναι η λειτουργία, η συντήρηση και ο καθαρισμός ένδεκα δημοσίων αφοδευτηρίων στην περιφέρεια του Δήμου της Φρανκφούρτης, καθώς και η ανακατασκευή δύο δημοσίων αφοδευτηρίων στους σταθμούς Rödelheim και Galluswarte. Οι εργασίες αυτές αποτελούν υπηρεσίες κατά την έννοια του άρθρου 8 και του παραρτήματος ΙΑ της ίδιας οδηγίας.

21. Η διάρκεια της συμβάσεως ορίστηκε δεκαεξαετής. Η FES, η οποία είναι ο κύριος ανάδοχος, δεν εισπράττει εργολαβικό αντάλλαγμα από τον Stadt Frankfurt am Main, αλλά τέλος το οποίο καταβάλλουν οι χρήστες, ενώ διαθέτει και το δικαίωμα αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως των διαφημιστικών επιφανειών των αφοδευτηρίων. Αποτέλεσμα αυτού του τρόπου αμοιβής είναι ότι η FES αναλαμβάνει τον κίνδυνο εκμεταλλεύσεως των εν λόγω υπηρεσιών.

22. Η υπηρεσία παραχωρήθηκε στη FES βάσει της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς. Οι προσφορές τις οποίες υπέβαλαν οι επιχειρήσεις, μεταξύ των οποίων η FES και η προσφεύγουσα, αξιολογήθηκαν βάσει πολλών κριτηρίων αναθέσεως που περιγράφονταν στην πρόσκληση υποβολής προσφορών. Όπως προκύπτει από τη διάταξη περί παραπομπής, κάθε ένα από αυτά τα κριτήρια είχε σταθμιστεί και αναγραφόταν κατά φθίνουσα σειρά της σημασίας που τους απέδιδε ο Stadt Frankfurt am Main[13].

23. Στο πλαίσιο της προσφοράς της, η FES παρουσίασε την προσφεύγουσα ως υπεργολάβο της όσον αφορά την παροχή διαφημιστικών υπηρεσιών και την προμήθεια των πλαισίων των αφοδευτηρίων που ήταν απαραίτητα για την υλοποίηση των παραχωρούμενων υπηρεσιών. Μεταξύ άλλων, επικαλέστηκε την παγκόσμια φήμη και την τεχνική εμπειρογνωμοσύνη της προσφεύγουσας στους τομείς αυτούς. Ο Stadt Frankfurt am Main έκανε δεκτή την προσφορά της FES.

24. Μετά τη σύναψη της συμβάσεως παραχωρήσεως στις 20 και 22 Ιουλίου 2004, η FES κάλεσε την προσφεύγουσα, καθώς και την παρεμβαίνουσα Deutsche Städte Medien GmbH[14], να υποβάλουν προσφορές στις 5 Ιανουαρίου 2005, για την παροχή

13 — Κατά σειρά: αξιώσεις περιοριζόμενες στον διαφημιστικό τομέα (30 %), συνάφεια του σχεδίου της επιχειρήσεως (δημόσια αφοδευτήρια) (15 %), αξιοπιστία του διαφημιστικού σχεδίου (10 %), συνάφεια του σχεδίου από άποψη ασφάλειας (10 %), ευχερής χρησιμοποίηση των δημόσιων αφοδευτηρίων (10 %), χρησιμότητα των δημόσιων αφοδευτηρίων (10 %), ένταξη των δημόσιων αφοδευτηρίων στο αστικό περιβάλλον (5 %), αισθητική των δημόσιων αφοδευτηρίων (5 %) και επίπτωση των δημόσιων αφοδευτηρίων στο περιβάλλον (5 %).

14 — Η επιχείρηση αυτή είναι η Ströer City-Marketing GmbH, η κύρια ανταγωνίστριά της για την παραχώρηση της υπηρεσίας (στο εξής: DSM).

διαφημιστικών υπηρεσιών, και στις 28 Ιουλίου 2005 για την προμήθεια πλαισίων των αφοδευτηρίων. Οι προσφορές της προσφεύγουσας απορρίφθηκαν.

25. Κατ' εφαρμογή του άρθρου 30, IV, της συμβάσεως παραχωρήσεως, η FES ζήτησε από τον Stadt Frankfurt am Main να συναινέσει στην αλλαγή υπεργολάβου. Ο Stadt Frankfurt am Main δεν προέβαλε καμία αντίρρηση ενώ, εξάλλου, διευκρίνισε ότι, παρά την αλλαγή αυτή, θα έπρεπε να συνεχίσουν να τηρούνται οι προδιαγραφές που είχαν περιληφθεί στη συγγραφή υποχρεώσεων.

26. Ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, η προσφεύγουσα προσάπτει στον Stadt Frankfurt am Main ότι, επιτρέποντας την εν λόγω αλλαγή, η οποία ισοδυναμεί με ουσιώδη μεταβολή της συμβάσεως παραχωρήσεως που συνήφθη με τη FES, παρέβλεψε την υποχρέωση διαφάνειας.

III — Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως

27. Το Landgericht Frankfurt am Main αποφάσισε να αναστείλει την έκδοση αποφάσεως και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Έχουν η απορρέουσα από τα άρθρα 12 [ΕΚ], 43 [ΕΚ], και 49 ΕΚ αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, καθώς και η απορρέουσα από το κοινοτικό δίκαιο απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, την έννοια ότι η προκύπτουσα από τις δύο αυτές αρχές υποχρέωση των δημοσίων αρχών να διασφαλίζουν, μέσω της κατάλληλης δημοσιότητας, προκειμένου περί παραχωρήσεως αδείας παροχής υπηρεσιών, την εκδήλωση ελεύθερου ανταγωνισμού και τον εκ των υστέρων έλεγχο του αμερόληπτου της σχετικής διαδικασίας [15], επιβάλλει να παρέχει η εθνική νομοθεσία στον μη επιλεγέντα διαγωνιζόμενο τη δυνατότητα να ζητήσει τη λήψη μέτρων αποτροπής επικείμενης παραβάσεως αυτών των υποχρεώσεων και/ή τη μη συνέχιση της παραβάσεως αυτών των υποχρεώσεων;

2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα: Περιλαμβάνονται οι προαναφερθείσες υποχρεώσεις διαφάνειας στο εθιμικό δίκαιο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, υπό την έννοια ότι εφαρμόζονται από μακρού χρόνου σταθερώς, ομοιομόρφως και γενικώς, αναγνωριζόμενες από τα υποκείμενα δικαίου ως δεσμευτικές;

3) Επιβάλλει η υποχρέωση διαφάνειας στην οποία αναφέρεται το πρώτο ερώτημα και

15 — Το αιτούν δικαστήριο παραπέμπει στις αποφάσεις της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telaustria και Telefonadress (Συλλογή 2000, σ. I-10745, σκέψεις 60 έως 62), της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, Coname (Συλλογή 2005, σ. I-7287, σκέψεις 17 έως 22), της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen (Συλλογή 2005, σ. 8585, σκέψεις 46 έως 50), της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, ANAV (Συλλογή 2006, σ. 7287, σκέψη 21), και της 13ης Σεπτεμβρίου 2007, C-260/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2007, σ. I-7083, σκέψη 24).

στην περίπτωση τροποποιήσεως συμβάσεως περί αδείας παροχής υπηρεσιών –περιλαμβανομένης της περιπτώσεως αλλαγής υπεργολάβου επιλεγέντος στον διαγωνισμό– οι διαπραγματεύσεις να διεξαχθούν υπό συνθήκες επιτρέπουσες τον ελεύθερο ανταγωνισμό, μέσω της διασφαλίσεως της κατάλληλης δημοσιότητας, ποια είναι δε τα κριτήρια βάσει των οποίων μπορεί να θεωρηθεί ότι διασφαλίστηκαν τέτοιες συνθήκες;

4) Έχουν οι θεμελιώδεις αρχές και η υποχρέωση διαφάνειας, στις οποίες αναφέρεται το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, την έννοια ότι, προκειμένου περί αδειών παροχής υπηρεσιών, σε περίπτωση που δεν τηρηθούν οι υποχρεώσεις, η συναφθείσα κατά παράβαση των υποχρεώσεων αυτών σύμβαση έχουσα ως αποτέλεσμα τη δημιουργία ή την τροποποίηση μιας διαρκούς ενοχικής σχέσεως πρέπει να λυθεί;

5) Έχουν οι αναφερόμενες στο πρώτο ερώτημα θεμελιώδεις αρχές και η υποχρέωση διαφάνειας, καθώς και το άρθρο 86, παράγραφος 1, ΕΚ, ενδεχομένως σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφοι 1, στοιχείο β΄, και 2, της οδηγίας 80/723[…] και το άρθρο 1, παράγραφος 9, της οδηγίας 2004/18[…], την έννοια ότι οι αρχές αυτές δεσμεύουν μια επιχείρηση, ως δημόσια επιχείρηση ή ως αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση κατά την οποία αυτή:

— ιδρύθηκε από οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως με σκοπό τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών, δραστηριοποιείται όμως επίσης στην ελεύθερη αγορά,

— ο οργανισμός αυτός τοπικής αυτοδιοικήσεως κατέχει το 51 % του εταιρικού της κεφαλαίου, οι αποφάσεις της επιχειρήσεως, όμως, μπορούν να λαμβάνονται μόνο με πλειοψηφία τριών τετάρτων,

— ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως διορίζει μόνο το ένα τέταρτο των μελών του εποπτικού συμβουλίου της επιχειρήσεως, περιλαμβανομένου του προέδρου του συμβουλίου αυτού, και

— πραγματοποιεί πλέον του ημίσεως του κύκλου εργασιών της βάσει διμερών συμβάσεων με αντικείμενο τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών εντός των διοικητικών ορίων του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως, εργασίες οι οποίες χρηματοδοτούνται από τον εν λόγω οργανισμό με πόρους προερχόμενους από τα δημοτικά τέλη που καταβάλλουν οι κατοικούντες εντός των ορίων του εν λόγω οργανισμού;»

28. Γραπτές και προφορικές παρατηρήσεις υπέβαλαν οι διάδικοι της κύριας δίκης, καθώς και η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, η Εποπτεύουσα Αρχή της Ευρωπαϊκής Ζώνης Ελευθέρων Συναλλαγών (ΕΖΕΣ) και έξι κράτη μέλη[16].

IV — Το αντικείμενο των προδικαστικών ερωτημάτων

29. Θα αρχίσω την ανάλυση της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως με την εξέταση του τρίτου και του πέμπτου προδικαστικού ερωτήματος, τα οποία αφορούν την έκταση της υποχρεώσεως διαφάνειας.

30. Με το τρίτο προδικαστικό ερώτημα το αιτούν δικαστήριο ζητεί να πληροφορηθεί από το Δικαστήριο αν η υποχρέωση αυτή επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή να προκηρύξει νέο διαγωνισμό στην περίπτωση κατά την οποία ο κύριος ανάδοχος, στον οποίο παραχωρήθηκε η υπηρεσία, επιθυμεί να προσφύγει για την εκτέλεση της συμβάσεως στις υπηρεσίες υπεργολάβου διαφορετικού από εκείνον τον οποίο είχε προτείνει με την προσφορά του. Με το πέμπτο ερώτημα, εξάλλου, το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν ένας κύριος ανάδοχος όπως η FES, η οποία έχει συσταθεί ως οντότητα μικτού κεφαλαίου, μπορεί να χαρακτηριστεί «αναθέτουσα αρχή» κατά την έννοια της οδηγίας 92/50, και να της επιβληθεί, υπό την ιδιότητα αυτή, η τήρηση της υποχρεώσεως διαφάνειας.

31. Αφού εξετάσω αυτά τα δύο ερωτήματα, θα συνεχίσω την ανάλυσή μου με το πρώτο, το δεύτερο και το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα, τα οποία αφορούν ουσιαστικά τον τρόπο δικαστικού ελέγχου των αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο συμβάσεων παραχωρήσεως υπηρεσιών.

32. Τα τρία αυτά τελευταία ερωτήματα είναι λυσιτελή μόνον αν το εθνικό δικαστήριο κρίνει ότι ο Stadt Frankfurt am Main ή/και η FES έθεσαν σε κίνδυνο τη διαφάνεια της διαδικασίας με την αλλαγή υπεργολάβου κατά τη διάρκεια εκτελέσεως της επίδικης συμβάσεως παραχωρήσεως.

V — Ανάλυση

33. Πριν αναλύσω τα προδικαστικά ερωτήματα, θεωρώ ότι πρέπει να υπομνησθούν οι γενικές γραμμές της νομολογίας σχετικά με την υποχρέωση διαφάνειας. Η νομολογία αυτή, αν και αφορά εν μέρει τις δημόσιες συμβάσεις, θεμελιώνεται στις αρχές της

16 — Το Βασίλειο της Δανίας, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, το Βασίλειο των Κάτω Χωρών, η Δημοκρατία της Αυστρίας, η Δημοκρατία της Φινλανδίας και, τέλος, το Ηνωμένο Βασίλειο της Μεγάλης Βρετανίας και της Βόρειας Ιρλανδίας.

Συνθήκης και συνεπώς είναι, νομίζω, κρίσιμη για την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου στις συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών.

Α — *Οι γενικές γραμμές της νομολογίας σχετικά με την υποχρέωση διαφάνειας*

34. Κατά πάγια νομολογία, η υποχρέωση διαφάνειας αποτελεί συγκεκριμένη και ειδικότερη έκφραση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως.

35. Το Δικαστήριο έχει κρίνει επανειλημμένα ότι η αρχή αυτή είναι μια από τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου[17] την οποία επιβάλλεται να τηρούν τα κράτη μέλη όταν διενεργούν πράξεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου. Η εν λόγω αρχή συνεπάγεται ότι οι παρεμφερείς καταστάσεις δεν πρέπει να αντιμετωπίζονται κατά τρόπο διαφορετικό, εκτός αν η διαφοροποίηση δικαιολογείται αντικειμενικά[18], περιλαμβάνεται δε στα θεμελιώδη δικαιώματα, τον σεβασμό των οποίων εξασφαλίζει το Δικαστήριο[19].

36. Δεδομένου ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου, οι επιταγές που απορρέουν από αυτή δεσμεύουν τα κράτη μέλη όταν αυτά εφαρμόζουν κοινοτικές κανονιστικές ρυθμίσεις και, συνεπώς, τα κράτη μέλη οφείλουν, κατά το μέτρο του δυνατού, να εφαρμόζουν τις ρυθμίσεις αυτές κατά τρόπο που να ανταποκρίνεται στις επιταγές που απορρέουν από την προάσπιση των θεμελιωδών δικαιωμάτων τα οποία κατοχυρώνει η κοινοτική έννομη τάξη[20].

37. Το Δικαστήριο είχε την ευκαιρία να οριοθετήσει το πεδίο εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων με τις αποφάσεις Επιτροπή κατά Δανίας και Επιτροπή κατά Βελγίου[21]. Η νομολογία αυτή μεταφέρθηκε στη συνέχεια στις συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών[22].

38. Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων, έχει ως σκοπό να ευνοήσει την ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε διαγωνισμό. Η τήρηση της αρχής αυτής πρέπει να διασφαλίζει την αντικειμενική

17 — Απόφαση της 19ης Οκτωβρίου 1977, 117/76 και 16/77, Ruckdeschel κ.λπ. (Συλλογή τόμος 1977, σ. 531, σκέψη 7).

18 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 25ης Νοεμβρίου 1986, 201/85 και 202/85, Klensch κ.λπ. (Συλλογή 1986, σ. 3477, σκέψη 9), και της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-442/00, Rodríguez Caballero (Συλλογή 2002, σ. I-11915, σκέψη 32 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

19 — Προαναφερθείσα απόφαση Rodríguez Caballero (σκέψη 32).

20 — Όπ.π. (σκέψη 30 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

21 — Βλ., αντιστοίχως, αποφάσεις της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας (Συλλογή 1993, σ. I-3353, σκέψεις 37 έως 39), και της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1996, σ. I-2043, ιδίως σκέψεις 51 έως 56). Βλ., επίσης, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta (Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 108 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

22 — Βλ. προαναφερθείσα απόφαση Parking Brixen (σκέψη 48).

σύγκριση των προσφορών και επιβάλλεται σε όλα τα στάδια της διαδικασίας. Σε όλους τους διαγωνιζόμενους πρέπει να παρέχονται οι ίδιες ευκαιρίες όσον αφορά την υποβολή των προσφορών τους[23]. Οι κανόνες του παιχνιδιού πρέπει να είναι γνωστοί σε όλους τους δυνητικούς διαγωνιζόμενους και να εφαρμόζονται σε όλους κατά τον ίδιο τρόπο.

39. Κατά την κοινοτική νομολογία, η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων επιβάλλει απαγόρευση των δυσμενών διακρίσεων λόγω ιθαγένειας και υποχρέωση διαφάνειας παρέχουσας στην παραχωρούσα δημόσια αρχή τη δυνατότητα να βεβαιώνεται ότι τηρήθηκε η εν λόγω αρχή[24].

40. Το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει την έκταση της υποχρεώσεως διαφάνειας με τις προαναφερθείσες αποφάσεις Telaustria και Telefonadress και Parking Brixen. Κατά την κοινοτική νομολογία, η υποχρέωση αυτή έχει στην ουσία ως σκοπό να αποκλείει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των δυνητικών διαγωνιζομένων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα στον ανταγωνισμό, καθώς και τον έλεγχο της αμερόληπτης διεξαγωγής των σχετικών διαδικασιών. Προϋποθέτει επίσης ότι όλοι οι όροι και όλες οι λεπτομέρειες της διεξαγωγής της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να προκύπτουν με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία από την προκήρυξη του διαγωνισμού ή τη συγγραφή υποχρεώσεων, έτσι ώστε, αφενός, να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιμελείς διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τα ερμηνεύσουν κατά τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να παράσχουν στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να ελέγξει αποτελεσματικά αν οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν τον οικείο διαγωνισμό[25].

41. Από την εξέταση της νομολογίας του Δικαστηρίου προκύπτει αναμφιβόλως ότι υφίσταται στενός δεσμός μεταξύ της υποχρεώσεως διαφάνειας και της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως. Η πρώτη έχει ως σκοπό να εξασφαλίσει την αποτελεσματικότητα της δεύτερης διασφαλίζοντας τους όρους υγιούς ανταγωνισμού. Εφόσον η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου, η τήρηση της υποχρεώσεως διαφάνειας, η οποία αποτελεί συγκεκριμένη και ειδικότερη έκφρασή της επιβάλλεται στα κράτη μέλη κατά το ίδιο μέτρο.

23 — Βλ. προαναφερθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Βελγίου (σκέψεις 54 έως 56). Στην υπόθεση αυτή το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι η εν λόγω αρχή δεν επιτρέπει σε αναθέτοντα φορέα να λαμβάνει υπόψη τροποποίηση η οποία έγινε στις αρχικές προσφορές από ένα μόνο προσφέροντα, διότι κατ' αυτόν τον τρόπο τίθεται σε πλεονεκτική θέση σε σχέση με τους ανταγωνιστές του.

24 — Βλ. προαναφερθείσες αποφάσεις Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta (σκέψη 109 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και Parking Brixen (σκέψη 49 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

25 — Προαναφερθείσες αποφάσεις Telaustria και Telefonadress (σκέψεις 61 και 62) και Parking Brixen (σκέψη 111).

Β — *Επί της εκτάσεως της υποχρεώσεως διαφάνειας*

1. Καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της υποχρεώσεως διαφάνειας

42. Με το τρίτο ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να πληροφορηθεί αν η υποχρέωση διαφάνειας επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή τη διεξαγωγή νέου διαγωνισμού όταν ο κύριος ανάδοχος, στον οποίο έχει παραχωρηθεί η υπηρεσία, επιθυμεί, για την εκτέλεσή της, να μην προσφύγει στις υπηρεσίες του υπεργολάβου που είχε προτείνει στην προσφορά του.

43. Για να δοθεί απάντηση στο ερώτημα αυτό θεωρώ σημαντικό να εξεταστεί ο τρόπος με τον οποίο πρέπει να εφαρμοστεί η υποχρέωση διαφάνειας, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών. Πράγματι, η σύμβαση αυτή διαφέρει σημαντικά από τις δημόσιες συμβάσεις όσον αφορά τον σκοπό και τον τρόπο εκτελέσεώς της.

44. Όποιος και αν είναι ο βαθμός πολυπλοκότητας και επιτηδεύσεως που τη διακρίνει, μια δημόσια σύμβαση υπηρεσιών αναλύεται γενικά ως αγορά υπηρεσίας από νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου και έχει ως αντικείμενο στιγμιαία παροχή από επιχείρηση. Αντιθέτως, η σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών είναι ένας τρόπος αναθέσεως της διαχειρίσεως δημόσιας υπηρεσίας, με τον οποίο το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου αναθέτει σε φορέα ανεξάρτητο από τη διοίκηση τη διαχείριση μιας δραστηριότητας γενικού συμφέροντος και την ευθύνη για τη δραστηριότητα αυτή έναντι των χρηστών για μεγάλο χρονικό διάστημα. Η αναθέτουσα αρχή, είτε πρόκειται για οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως είτε για οργανισμό δημοσίου δικαίου, παύει να διαχειρίζεται την υπηρεσία και μεταβιβάζει την ευθύνη για την οργάνωσή της στον παραχωρησιούχο[26]. Ο παραχωρησιούχος εκμεταλλεύεται την προσφορά αυτής της υπηρεσίας με δικά του έξοδα και αναλαμβάνει τους συναφείς κινδύνους εκμεταλλεύσεως, ενώ η αμοιβή του εξασφαλίζεται με την είσπραξη ανταλλάγματος από τους χρήστες της υπηρεσίας.

45. Κατά την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου σε αυτόν τον τρόπο συμβατικής διαχειρίσεως υπηρεσίας γενικού συμφέροντος πρέπει να λαμβάνονται υπόψη διάφορες επιταγές.

46. Στο στάδιο της συνάψεως της συμβάσεως είναι απαραίτητο η υποχρέωση διαφάνειας να συνδυάζεται με τη σημαντική ελευθερία την οποία διαθέτει η αναθέτουσα αρχή για την αξιολόγηση των προσφορών και τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς. Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά είναι εκείνη που ανταποκρίνεται καλύτερα από οικονομική άποψη, με την γενικότερη έννοια του όρου, στις ανάγκες

26 — Απόφαση της 26ης Απριλίου 1994, C-272/91, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1994, σ. I-1409).

που εκφράζει ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως, λαμβανομένων υπόψη των κριτηρίων που έχουν προκριθεί και της σταθμίσεώς τους. Η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μπορεί να επιλέξει τον φορέα παροχής υπηρεσιών ο οποίος, με τις συστάσεις που διαθέτει, την ποιότητα της προσφοράς του, τις γνώσεις του για τον οικείο κλάδο και την εμπιστοσύνη που εμπνέει, κρίνεται ως παρέχων τις περισσότερες εγγυήσεις καλής εκτελέσεως της υπηρεσίας. Η ιδιομορφία της συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών επιτρέπει, συνεπώς, την επιλογή του φορέα παροχής βάσει μιας σειράς ευρέων κριτηρίων, ευνοώντας το κριτήριο intuitu personæ. Αυτή η ελευθερία επιλογής ουδόλως σημαίνει ότι η ανάθεση της παραχωρήσεως πρέπει να είναι αυθαίρετη και να δημιουργεί δυσμενείς διακρίσεις. Προς πάταξη της διαφθοράς και την εξασφάλιση μεγαλύτερης διαφάνειας ως προς τις οικονομικές δραστηριότητες και τις δημόσιες διαδικασίες, τα δικαστήρια έχουν θέσει όρια σε αυτή την ελευθερία βασιζόμενα στις αρχές που διέπουν τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Ειδικότερα, η ελευθερία διαπραγματεύσεως και λήψεως αποφάσεων εξακολουθεί να υφίσταται, αλλά πρέπει να ασκείται τηρουμένης της λογικά πρότερης υποχρεώσεως δημοσιότητας και ανταγωνισμού που εξασφαλίζει διαφάνεια κατά την επιλογή υποψηφίου και την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων[27].

47. Στη συνέχεια, στο στάδιο εκτελέσεως της συμβάσεως, είναι απαραίτητο η υποχρέωση διαφάνειας να συνδυάζεται με το συμφέρον της δημόσιας υπηρεσίας το οποίο απαιτεί, σε ορισμένες περιπτώσεις, την προσαρμογή ή την τροποποίηση της συμβάσεως.

48. Όπως προαναφέρθηκε, ο παραχωρησιούχος αναλαμβάνει την οργάνωση της υπηρεσίας, καθώς και τους συναφείς κινδύνους εκμετάλλευσης. Λαμβανομένης υπόψη της πολυπλοκότητας και της μεγάλης διάρκειας της παραχωρήσεως υπηρεσιών, ο παραχωρησιούχος πρέπει να διαθέτει επαρκές περιθώριο ελιγμών ώστε να προσαρμόζεται στους όρους της αγοράς και στις μεταβολές που μπορούν να επέλθουν στο οικονομικό, στο τεχνικό ή στο νομικό περιβάλλον της παραχωρήσεως. Τα απρόβλεπτα εμπόδια και τα συμβάντα της εκτελέσεως που είναι αναπόφευκτα σε επενδύσεις μεγάλης διάρκειας απαιτούν συνεπώς από τους συμβαλλομένους ιδιαίτερη ευελιξία και πνεύμα συνεργασίας. Οι αιτίες επαναδιαπραγματεύσεως των συμβάσεων είναι συνεπώς πολλαπλές. Εντούτοις, ορισμένες από αυτές μπορούν να αποτελέσουν πηγή καταχρήσεων, αν επιφέρουν ανατροπή της οικονομίας της συμβάσεως, καθιστώντας κενή περιεχομένου τη διαφάνεια της διαδικασίας και τον ανταγωνισμό μεταξύ των διαγωνιζομένων. Είναι συνεπώς απαραίτητο να εκτιμηθεί αν η μελετώμενη τροποποίηση συνιστά απλή συμπλήρωση της συμβάσεως που δικαιολογείται από εύλογες αιτίες ή αν οδηγεί τελικά στη σύναψη νέας συμβάσεως η οποία, σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, προϋποθέτει την τήρηση των σχετικών διατυπώσεων δημοσιότητας και πρέπει να γίνει κατόπιν νέας διαδικασίας διαγωνισμού.

27 — Όπως έχει επισημάνει το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, η τήρηση των κανόνων αυτών «μπορεί να αποτελέσει αποτελεσματικό μέσο για την αποφυγή άσκοπων περιορισμών του ανταγωνισμού, ενώ συγχρόνως επιτρέπει στις ίδιες τις δημόσιες αρχές να καθορίζουν και να ελέγχουν τις προϋποθέσεις για τη διασφάλιση της ποιότητας, της διαθεσιμότητας, των κοινωνικών προδιαγραφών και της συμμόρφωσης προς τις περιβαλλοντικές απαιτήσεις» (ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με το Πράσινο Βιβλίο για τις υπηρεσίες κοινής ωφέλειας [P5_TA (2004)0018, σημείο 32]).

49. Με την απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας[28], το Δικαστήριο έκρινε ότι οι τροποποιήσεις διατάξεων δημοσίας συμβάσεως κατά τη διάρκεια της ισχύος της συνιστούν σύναψη νέας συμβάσεως όταν «εμφανίζουν χαρακτηριστικά ουσιωδώς διαφορετικά σε σχέση με τις διεξαχθείσες ήδη διαπραγματεύσεις και, κατά συνέπεια, είναι ικανές να καταδείξουν τη βούληση των μερών να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως»[29].

50. Το Δικαστήριο διευκρίνισε την έκταση του λόγου αυτού με την απόφαση Pressetext Nachrichtenagentur[30], στην οποία επισήμανε τέσσερις περιπτώσεις στις οποίες αυτό το είδος τροποποιήσεως μπορεί να θεωρηθεί ουσιώδες.

51. Η πρώτη περίπτωση παρουσιάζεται όταν με την τροποποίηση προστίθενται όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της αρχικής συμβάσεως, θα είχαν ίσως ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη.

52. Η δεύτερη περίπτωση παρουσιάζεται όταν η τροποποίηση διευρύνει σημαντικώς το αντικείμενο της συμβάσεως, περιλαμβάνοντας υπηρεσίες που δεν είχαν αρχικώς προβλεφθεί.

53. Η τρίτη περίπτωση παρουσιάζεται όταν η τροποποίηση μεταβάλλει την οικονομική ισορροπία της συμβάσεως υπέρ του επιλεγέντος μειοδότη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική σύμβαση.

54. Τέλος, η τέταρτη περίπτωση αφορά την αντικατάσταση με νέο του αντισυμβαλλόμενου με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικώς συνάψει τη σύμβαση. Η τροποποίηση αυτή πρέπει να θεωρείται ως αλλαγή ενός από τους ουσιώδεις όρους της οικείας δημοσίας συμβάσεως, εκτός αν, όπως έκρινε το Δικαστήριο, «η αντικατάσταση αυτή προβλεπόταν από την αρχική σύμβαση, π.χ. υπό μορφή υπεργολαβίας».

55. Όπως προανέφερα, το άρθρο 30, IV, της συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών που συνήφθη μεταξύ του Stadt Frankfurt am Main και της FES επιτρέπει την αλλαγή υπεργολάβου, υπό τον όρο της συναινέσεως της αναθέτουσας αρχής. Εν προκειμένω, η διαδικασία αυτή τηρήθηκε.

56. Στην κρινόμενη υπόθεση, συνεπώς, το ερώτημα που τίθεται είναι αν, παρά την ύπαρξη αυτής της ρήτρας και την τήρηση της σχετικής διαδικασίας, η αλλαγή υπεργολάβου συνιστά, βάσει της κοινοτικής

28 — Απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98 (Συλλογή 2000, σ. I-8377).

29 — Σκέψεις 44 και 46.

30 — Απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06 (Συλλογή 2008, σ. I-4401, σκέψεις 35 έως 37 και 40).

νομολογίας, τροποποίηση ουσιώδους όρου της οικείας συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών.

57. Η εκτίμηση αυτή είναι δυσχερής, εφόσον ο Stadt Frankfurt am Main συναίνεσε σε αυτή την τροποποίηση θεωρώντας ότι θα τηρηθούν οι προδιαγραφές που αναφέρονταν στη συγγραφή υποχρεώσεων. Εντούτοις, λαμβανομένων υπόψη των ειδικών περιστάσεων υπό τις οποίες έλαβε χώρα αυτή η αλλαγή, φρονώ ότι το εθνικό δικαστήριο πρέπει να βεβαιωθεί ότι η πράξη με την οποία ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως επέτρεψε αυτή την τροποποίηση δεν οδηγεί σε καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και της απορρέουσας από αυτή υποχρεώσεως διαφάνειας.

58. Για τους σκοπούς της εξετάσεως που ακολουθεί, θεωρώ σημαντικό να υπενθυμίσω τους όρους υπό τους οποίους ο παραχωρησιούχος μπορεί να προσφύγει σε υπεργολαβική ανάθεση.

59. Λαμβανομένης υπόψη της πολυπλοκότητας και της διάρκειας των συμβάσεων παραχωρήσεως, ο παραχωρησιούχος μπορεί να αποφασίσει την υπεργολαβική ανάθεση του συνόλου ή μέρους της εκτελέσεως της συμβάσεως που συνάπτει με τον κύριο του έργου. Γίνεται δεκτό ότι η επιλογή υπεργολάβου είναι πράξη διακριτικής ευχέρειας που περιλαμβάνεται στα προνόμια του αναδόχου. Αυτή η ελευθερία επιλογής είναι απόρροια του κανόνα σύμφωνα με τον οποίο ο παραχωρησιούχος διατηρεί τη συνολική ευθύνη της εκτελέσεως της συμβάσεως παραχωρήσεως, δεδομένου ότι ο υπεργολάβος δεσμεύεται μόνον έναντι του αναδόχου με σύμβαση η οποία, εφόσον συνάπτεται μεταξύ δύο ιδιωτών, είναι σύμβαση ιδιωτικού δικαίου.

60. Εντούτοις, για να είναι σύννομη, η υπεργολαβική ανάθεση πρέπει να γίνει αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, είτε επ' ευκαιρία της συνάψεως της συμβάσεως, είτε κατά τη διάρκεια της εκτελέσεώς της. Με την ευκαιρία αυτή, η αναθέτουσα αρχή εξακριβώνει τις τεχνικές και τις οικονομικές δυνατότητες του υπεργολάβου[31].

61. Όταν ο υπεργολάβος προτείνεται κατά την υποβολή της προσφοράς, η ανάθεση της παραχωρήσεως σημαίνει αποδοχή του υπεργολάβου. Γενικά, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αρνηθεί να δεχθεί ως υπεργολάβο επιχείρηση η οποία, για παράδειγμα, δεν είναι φορολογικά ή ασφαλιστικά ενήμερη ή δεν διαθέτει επαρκείς ικανότητες για την ομαλή εκτέλεση των παροχών που της ανατίθενται.

31 — Βλ. απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens και ARGE Telekom, (Συλλογή 2004, σ. I-2549, σκέψεις 45 και 46), που αφορά διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως.

62. Η υπεργολαβική ανάθεση δεν περιορίζεται σε όσα ανακοινώνονται κατά την υποβολή της προσφοράς. Κατά τη διάρκεια της εκτελέσεως της συμβάσεως, ο κύριος ανάδοχος μπορεί να προσφύγει σε άλλους υπεργολάβους ή να αλλάξει υπεργολάβους για εύλογους λόγους που άπτονται, για παράδειγμα, της πραγματικής ποιότητας των παροχών του ή της οικονομικής του καταστάσεως. Αυτό του επιτρέπει να προσαρμόσει τις παροχές του ή να απεμπλακεί, σύμφωνα με τους όρους της συμβάσεως υπεργολαβίας, από μια επιχείρηση που δεν τον ικανοποιεί.

63. Όταν η αλλαγή υπεργολάβου προβλέπεται από τη σύμβαση και η αναθέτουσα αρχή συναινεί στην τροποποίηση αυτή, είναι κατ' αρχήν δύσκολο να υποστηριχθεί ότι η αλλαγή αυτή τροποποιεί ουσιώδη όρο της συμβάσεως παραχωρήσεως και επιβάλλει τη διενέργεια νέου διαγωνισμού.

64. Πράγματι, συναινώντας, η αναθέτουσα αρχή θεωρεί ότι η ταυτότητα του υπεργολάβου δεν είναι ουσιώδης ενόψει του αντικειμένου της συμβάσεως παραχωρήσεως και ότι οι παροχές που έχουν ανατεθεί στον κύριο ανάδοχο θα εκτελεστούν σύμφωνα με τη συγγραφή υποχρεώσεων, ανεξάρτητα από αυτή την τροποποίηση. Μια τέτοια κατάσταση υφίσταται όταν υπάρχουν στην οικεία αγορά πολλές επιχειρήσεις που προσφέρουν παροχές ισοδύναμης φύσεως και ποιότητας.

65. Εξάλλου, αν η αναθέτουσα αρχή προβλέπει ότι ορισμένοι όροι του διαγωνισμού ενδέχεται να τροποποιηθούν μετά την ανακήρυξη του μειοδότη και έχει προβλέψει ρητώς στη συγγραφή υποχρεώσεων την εν λόγω δυνατότητα προσαρμογής, όπως και τους τρόπους εφαρμογής της, όλες οι επιχειρήσεις που ενδιαφέρονται να μετάσχουν στον διαγωνισμό το γνωρίζουν εξ αρχής και τελούν, κατ' αυτόν τον τρόπο, σε ισότητα κατά την υποβολή της προσφοράς τους.

66. Εντούτοις, η τροποποίηση αυτή της συμβάσεως παραχωρήσεως μπορεί να είναι επικριτέα σε περίπτωση ανάλογη με αυτή της κύριας δίκης.

67. Πράγματι, η αλλαγή υπεργολάβου λαμβάνει χώρα χωρίς εύλογη αιτία, μετά τη σύναψη της συμβάσεως και πριν από την εκτέλεση των πρώτων παροχών, ενώ ο παραχωρησιούχος επωφελήθηκε από τη φήμη και την τεχνική εμπειρία του υπεργολάβου κατά την υποβολή της προσφοράς του.

68. Κατά την άποψή μου, μια τέτοια πρακτική, μολονότι έγινε δεκτή από την

αναθέτουσα αρχή, παραβιάζει την υποχρέωση διαφάνειας και την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων. Ενεργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει την προσφορά της FES, όπως τροποποιήθηκε, από τον σοβαρό και διαφανή έλεγχο των διαφόρων υποψηφιοτήτων, πράγμα που ενδέχεται να προσπορίζει αδικαιολόγητο πλεονέκτημα στην επιχείρηση, όσον αφορά την επιλογή της προς ανάθεση του αντικειμένου της συμβάσεως.

69. Πρώτον, δεν αποκλείεται ο Stadt Frankfurt am Main να προτιμούσε προσφορά διαφορετική από αυτή που υπέβαλε αρχικά η FES, αν η τελευταία δεν είχε επωφεληθεί, στο πλαίσιο της υπεργολαβικής αναθέσεως των διαφημιστικών παροχών, από τις πολυάριθμες ιδιότητες της προσφεύγουσας, «εταίρου [...] έμπειρου και με άριστες επιδόσεις», «ειδικευμένου στον διαφημιστικό τομέα, έμπειρου και δραστηριοποιούμενου σε ολόκληρο τον κόσμο», τα προϊόντα της οποίας είναι «σύγχρονα και υψηλής αισθητικής»[32].

70. Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει σαφώς ότι η παρουσίαση της προσφεύγουσας ως υπεργολάβου ήταν εκείνη που επέτρεψε στη FES να εξασφαλίσει την επίδικη σύμβαση παραχωρήσεως. Πράγματι, η FES επελέγη λαμβανομένων υπόψη των ισχυρισμών της όσον αφορά τον διαφημιστικό τομέα, διότι έλαβε 27,3 βαθμούς γι' αυτό το κριτήριο αναθέσεως, ενώ η κύρια ανταγωνίστριά της, η παρεμβαίνουσα στην παρούσα δίκη, έλαβε 20,1 βαθμούς. Όσον αφορά τα υπόλοιπα κριτήρια, ο Stadt Frankfurt am Main βαθμολόγησε με τους ίδιους βαθμούς, ή και με περισσότερους, την παρεμβαίνουσα. Συνεπώς, από τα έγγραφα που διαθέτουμε προκύπτει ότι η συμμετοχή της προσφεύγουσας στη συνολική προσφορά της FES ήταν καθοριστική για την παραχώρηση.

71. Δεύτερον, από τη συμπεριφορά της FES η οποία, μετά την κατακύρωση της συμβάσεως αναθέσεως συνέχισε τις διαπραγματεύσεις για την υπεργολαβική ανάθεση των διαφημιστικών παροχών και την προμήθεια διαφημιστικών πλαισίων των αφοδευτηρίων[33] για να αποκλείσει τελικά την προσφεύγουσα χωρίς εύλογη αιτιολογία[34] προκύπτει ότι η αρχική προσφορά της, την οποία δέχθηκε ο Stadt Frankfurt am Main, ήταν απλώς «προσφορά — βιτρίνα» η γενική οικονομία της οποίας είχε ως μόνο σκοπό να απωθήσει τους σοβαρούς ανταγωνιστές προκειμένου να της ανατεθεί η παραχώρηση, την οποία είχε τη βούληση, όπως εξέφρασε αμέσως, να εκτελέσει υπό οικονομικούς και τεχνικούς όρους διαφορετικούς από εκείνους που είχε εκθέσει στην προσφορά και με τους οποίους είχε διαγωνιστεί.

72. Κατά συνέπεια, ενόψει του συνόλου των στοιχείων αυτών, όπως προκύπτουν από τη

32 — Διάταξη περί παραπομπής, σ. 5 και 6.

33 — Ενώ η σύμβαση παραχωρήσεως με τον Stadt Frankfurt am Main συνήφθη στις 20 και 22 Ιουλίου 2004, η FES κάλεσε την προσφεύγουσα και την παρεμβαίνουσα να υποβάλουν προσφορές για τις διαφημιστικές παροχές και για την προμήθεια διαφημιστικών πλαισίων των αφοδευτηρίων στις 5 Ιανουαρίου και 28 Ιουλίου 2005, αντιστοίχως. Στο στάδιο αυτό η προσφεύγουσα δεν έγινε δεκτή ως υπεργολάβος.

34 — Εν προκειμένω, δεν υπάρχει κανένα στοιχείο στη δικογραφία που να δικαιολογεί το συμπέρασμα ότι η FES θα μπορούσε να προβάλει κάποια εύλογη αιτία για να μην προσφύγει στις υπηρεσίες του υπεργολάβου που είχε προτείνει κατά την υποβολή της προσφοράς της. Όπως επισημαίνει το αιτούν δικαστήριο, η αλλαγή αυτή είναι ακατανόητη, στο μέτρο που η προσφεύγουσα πρότεινε στην FES ετήσιο αντάλλαγμα πολύ υψηλότερο από αυτό που πρότεινε η παρεμβαίνουσα.

διάταξη περί παραπομπής, φρονώ ότι πριν από την αλλαγή υπεργολάβου, η οποία έλαβε χώρα πριν καν εκτελεστούν οι πρώτες παροχές και χωρίς να προβληθεί έστω και η ελάχιστη δυσκολία τεχνικής ή χρηματοδοτικής φύσεως, έπρεπε οπωσδήποτε να προηγηθεί νέος διαγωνισμός. Επιτρέποντας αυτή την αλλαγή υπεργολάβου χωρίς να πληρούνται οι απαιτήσεις δημοσιότητας και χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού, όπως απαιτεί το κοινοτικό δίκαιο, ο Stadt Frankfurt am Main παραβίασε, κατά τη γνώμη μου, την υποχρέωση διαφάνειας.

73. Πράγματι, μολονότι στο πλαίσιο των συμβάσεων παραχωρήσεως οι δημόσιοι πόροι δεσμεύονται λιγότερο από ό,τι στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, εντούτοις η διαδικασία συνάψεως συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών πρέπει να εξασφαλίζει στον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως και στους χρήστες την καλύτερη δυνατή ποιότητα υπηρεσίας βάσει σοβαρής και διαφανούς εκτιμήσεως των διαφόρων υποψηφιοτήτων με τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων.

74. Αν το αιτούν δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των στοιχείων της δικογραφίας, επιβεβαιώσει την προεκτεθείσα ανάλυση των πραγματικών περιστατικών, φρονώ ότι πρέπει να εξαγάγει όλα τα συμπεράσματα που επιβάλλονται από μια τέτοια παραβίαση.

75. Κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο αιτούν δικαστήριο ότι, εφόσον στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών, η ταυτότητα του υπεργολάβου αποτελεί ουσιώδες στοιχείο στο οποίο βασίστηκε η αναθέτουσα αρχή για την παραχώρηση, η υποχρέωση διαφάνειας επιτάσσει στα κράτη μέλη να προκηρύσσουν νέα διαδικασία διαγωνισμού όταν ο παραχωρησιούχος επιθυμεί να προβεί σε αλλαγή υπεργολάβου πριν από την εκτέλεση των πρώτων παροχών και χωρίς να προβάλλει εύλογες αιτίες προς τούτο. Στο αρμόδιο εθνικό δικαστήριο απόκειται να εκτιμήσει αν το όνομα, η φήμη και η τεχνική εμπειρία του υπεργολάβου τον οποίο παρουσίασε η FES κατά την υποβολή της προσφοράς της απετέλεσαν ουσιώδες στοιχείο στο οποίο βασίστηκε ο Stadt Frankfurt am Main για να της αναθέσει τη σύμβαση παραχωρήσεως.

2. Επί του πεδίου εφαρμογής ratione personæ της υποχρεώσεως διαφάνειας

76. Με το πέμπτο ερώτημα το αιτούν δικαστήριο ζητεί να πληροφορηθεί αν επιχείρηση όπως η FES, με τα χαρακτηριστικά που εκτίθενται στην απόφαση περί παραπομπής, πρέπει να θεωρηθεί «αναθέτουσα αρχή» κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β΄, της οδηγίας 92/50 ή «δημόσια επιχείρηση» κατά την έννοια του άρθρου 2 της οδηγίας 80/723, και αν υπόκειται, εξ αυτού του λόγου, στην τήρηση της υποχρεώσεως διαφάνειας κατά τη σύναψη συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών.

77. Το αιτούν δικαστήριο παραπέμπει στις προαναφερθείσες οδηγίες καθόσον καμία πράξη παράγωγου δικαίου δεν ορίζει με ακρίβεια τις οντότητες οι οποίες βαρύνονται με την υποχρέωση διαφάνειας στον τομέα των συμβάσεων παραχωρήσεως υπηρεσιών.

78. Φρονώ ότι η απουσία ανάλογης ρυθμίσεως δεν δημιουργεί πρόβλημα, εφόσον οι αρχές που έχουν διακηρυχθεί σχετικά στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων μπορούν, κατά την άποψή μου, να μεταφερθούν στις συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών.

79. Πράγματι, νομίζω ότι είναι σημαντικό να υιοθετηθεί ένας ενιαίος ορισμός της έννοιας της αναθέτουσας αρχής, καθόσον η έννοια αυτή αφορά το σύνολο των δημοσίων οντοτήτων που ενδέχεται να αναθέσουν την άσκηση οικονομικών δραστηριοτήτων σε τρίτο, ανεξαρτήτως του είδους της συμβάσεως που συνάπτεται, τόσο στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων όσο και στον τομέα της παραχωρήσεως δημοσίων υπηρεσιών. Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50 δεν προσδιορίζεται μόνον με βάση τη φύση της επίδικης πράξεως, αλλά και με βάση τη μορφή του προσώπου που την προτείνει, εφόσον όλες οι συμβάσεις που συνάπτει αναθέτουσα αρχή πρέπει να ανατίθενται σύμφωνα με τις αρχές που ορίζει η εν λόγω οδηγία.

80. Αντιθέτως, φρονώ ότι είναι πολύ λιγότερο λυσιτελής η παραπομπή στην έννοια της «δημόσιας επιχειρήσεως» του άρθρου 2 της οδηγίας 80/723, η οποία υπενθυμίζω ότι αφορά τη διαφάνεια των χρηματοοικονομικών σχέσεων μεταξύ των κρατών μελών και των δημοσίων επιχειρήσεων. Λαμβάνοντας υπόψη τα στοιχεία που θα επισημάνω στο πλαίσιο της εξετάσεως της έννοιας του οργανισμού δημοσίου δικαίου, το εθνικό δικαστήριο θα μπορέσει να εκτιμήσει, εφόσον το κρίνει απαραίτητο, αν επιχείρηση όπως η FES μπορεί να χαρακτηριστεί «δημόσια επιχείρηση»[35].

α) Επί της έννοιας του «οργανισμού δημοσίου δικαίου» σύμφωνα με την οδηγία 92/50

81. Πριν υπενθυμίσω τις διάφορες προϋποθέσεις που τάσσει η οδηγία 92/50 για να μπορεί μια οντότητα να χαρακτηριστεί «αναθέτουσα αρχή», κρίνω σκόπιμο να επισημάνω, πρώτον, ότι η FES είναι επιχείρηση μικτής οικονομίας που έχει δημιουργηθεί στο πλαίσιο συμπράξεως δημόσιου-ιδιωτικού τομέα[36]. Ο Stadt Frankfurt am Main κατέχει το 51 % των εταιρικών μεριδίων της επιχειρήσεως.

35 — Οι όροι τους οποίους προβλέπει το άρθρο 2 της οδηγίας 80/723 για να μπορεί μια οντότητα να θεωρηθεί «δημόσια επιχείρηση» συμπίπτουν με τους όρους που προβλέπει το άρθρο 1 της οδηγίας 92/50 για να μπορεί μια οντότητα να θεωρηθεί «αναθέτουσα αρχή».

36 — Βλ., συναφώς, τον δικτυακό τόπο της επιχειρήσεως: www.fes-frankfurt.de/profil («profil» και «chronik»).

82. Συνεπώς, η κρινόμενη υπόθεση προσφέρει στο Δικαστήριο την ευκαιρία να διευκρινίσει αν μια τέτοια οντότητα μπορεί να αποτελεί «οργανισμό δημοσίου δικαίου» κατά την έννοια της οδηγίας 92/50, η οποία υπόκειται, λόγω της ιδιότητας αυτής, στην τήρηση των θεμελιωδών αρχών της Συνθήκης.

83. Πριν εξετάσω το ζήτημα αυτό, θεωρώ απαραίτητο να διευκρινίσω τι καλύπτει η έννοια της συμπράξεως δημόσιου-ιδιωτικού τομέα.

84. Η σύμπραξη αυτή είναι ένας μηχανισμός που συνδυάζει πλειοψηφικό συνήθως δημόσιο κεφάλαιο με μειοψηφικό ιδιωτικό κεφάλαιο σε ένα νομικό μόρφωμα που υπόκειται κατ' αρχήν στους κοινούς κανόνες του εμπορικού δικαίου. Οι δημόσιοι και οι ιδιώτες εταίροι δημιουργούν έτσι μια οντότητα μικτού κεφαλαίου που μπορεί να έχει τη μορφή εταιρίας μικτής οικονομίας, ικανής να εκτελεί δημόσιες συμβάσεις ή να αναλαμβάνει, στο πλαίσιο παραχωρήσεως, μια τοπική δημόσια υπηρεσία. Όπως επεσήμανε η Επιτροπή με πρόσφατη ανακοίνωση[37], το κύριο χαρακτηριστικό αυτής της, συνήθως μακροπρόθεσμης, συνεργασίας, είναι ο ρόλος που ανατίθεται στον εταίρο του ιδιωτικού τομέα, ο οποίος συμμετέχει στα διάφορα στάδια του εν λόγω σχεδίου (μελέτη, εκτέλεση και λειτουργία), συνεισφέρει συχνά στη χρηματοδότηση του σχεδίου και φέρει κινδύνους τους οποίους αναλαμβάνει παραδοσιακά ο δημόσιος τομέας[38].

85. Εντούτοις, αυτή η οντότητα μικτού κεφαλαίου δεν αποτελεί «εσωτερική» διαχειριστική δομή υπηρεσίας του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως, κατά την έννοια της νομολογίας του Δικαστηρίου. Όταν η αναθέτουσα αρχή συνάπτει δημόσια σύμβαση ή σύμβαση παραχωρήσεως με μια τέτοια οντότητα, πρέπει να τηρεί το σύνολο των κανόνων που είναι εφαρμοστέοι στις δημόσιες συμβάσεις και στις συμβάσεις παραχωρήσεως, είτε απορρέουν από τη Συνθήκη είτε από το παράγωγο δίκαιο[39].

86. Στη συνέχεια, θα πρέπει να εξεταστούν οι διάφοροι όροι τους οποίους προβλέπει το άρθρο 1, στοιχείο β', της οδηγίας 92/50 για να μπορεί μια οντότητα να χαρακτηριστεί «οργανισμός δημοσίου δικαίου».

87. Κατά το άρθρο 1, στοιχείο β', δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 92/50, ως οργανισμός δημοσίου δικαίου νοείται κάθε οργανισμός που έχει νομική προσωπικότητα, δημιουργείται για την ικανοποίηση συγκεκριμένων αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα και του οποίου οι δραστηριότητες, η χρηματοδότηση, και τα διευθυντικά όργανα συνδέονται με σχέση στενής εξαρτήσεως με το κράτος,

37 — Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής της 5ης Φεβρουαρίου 2008, σχετικά με την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου των δημόσιων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης στις Θεσμοθετημένες Συμπράξεις Δημοσίου-Ιδιωτικού Τομέα (ΘΣΔΙΤ) [C(2007)6661].

38 — Σελίδα 2.

39 — Με την απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau (Συλλογή 2005, σ. I-1), η οποία αφορούσε τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών με εταιρία μικτής οικονομίας, το Δικαστήριο έκρινε ότι η, έστω και κατά μειοψηφία, συμμετοχή μιας ιδιωτικής επιχείρησης στο κεφάλαιο εταιρίας στην οποία συμμετέχει και η οικεία αναθέτουσα αρχή αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ασκεί επί της εταιρίας αυτής έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες (σκέψη 49). Βλ., επίσης, προαναφερθείσα απόφαση ANAV (σκέψεις 30 έως 32 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

88. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, οι τρεις αυτές προϋποθέσεις έχουν σωρευτικό χαρακτήρα, ώστε, ελλείψει μιας μόνο από αυτές, ένας οργανισμός δεν μπορεί να χαρακτηριστεί οργανισμός δημοσίου δικαίου και, συνεπώς, αναθέτουσα εξουσία υπό την έννοια της οδηγίας 92/50[40].

89. Εξάλλου, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού των κοινοτικών οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου πρέπει να ερμηνεύεται βάσει λειτουργικών κριτηρίων[41].

β) Επί της εξετάσεως των συστατικών στοιχείων του οργανισμού δημοσίου δικαίου

90. Εν προκειμένω, δεν αμφισβητείται ότι η FES διαθέτει νομική προσωπικότητα. Οι υπάρχουσες αμφιβολίες αφορούν τις δύο άλλες απαιτήσεις που προβλέπει η οδηγία 92/50.

40 — Βλ. απόφαση της 11ης Ιουνίου 2009, C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (Συλλογή 2009, σ. I-4779, σκέψη 48 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

41 — Απόφαση της 10ης Απριλίου 2008, C-393/06, Ing. Aigner (Συλλογή 2008, σ. I-2339, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

i) Επί του κατά πόσον η FES έχει συσταθεί για την ικανοποίηση συγκεκριμένων αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα

91. Κατ' αρχάς, δεν αμφισβητείται ότι η FES έχει συσταθεί ακριβώς για την ικανοποίηση αναγκών γενικού συμφέροντος[42], εφόσον έχει επιφορτιστεί από την ίδρυσή της με τη διαχείριση και τη διάθεση των αποβλήτων, καθώς και με τον καθαρισμό των οδών στην περιφέρεια του Δήμου της Φρανκφούρτης[43]. Οι δραστηριότητες αυτές αποτελούν αναμφίβολα ανάγκες γενικού συμφέροντος. Όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο με την απόφαση BFI Holding[44], οι ανάγκες αυτές συγκαταλέγονται μεταξύ εκείνων που δεν μπορούν να ικανοποιηθούν από ιδιωτικές επιχειρήσεις σε επίπεδο που να ανταποκρίνεται σ' εκείνο που κρίνεται απαραίτητο για λόγους δημόσιας υγείας και προστασίας του περιβάλλοντος. Για τον λόγο αυτό, το κράτος επιθυμεί να διατηρήσει αποφασιστική επιρροή επ' αυτών[45].

92. Στη συνέχεια, θα πρέπει να εξακριβωθεί ότι αυτές οι ανάγκες γενικού συμφέροντος

42 — Κατά πάγια νομολογία, πρέπει να πρόκειται για ανάγκες τις οποίες, για λόγους που άπτονται του γενικού συμφέροντος, το κράτος ή ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως επιλέγουν να καλύψουν οι ίδιοι ή επί των οποίων επιθυμούν να διατηρήσουν καθοριστική επιρροή (προαναφερθείσα απόφαση Ing. Aigner, σκέψη 40 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Το Δικαστήριο έχει επίσης αναγνωρίσει ότι αυτό ισχύει για την παραγωγή επίσημων εντύπων, όπως τα διαβατήρια, οι άδειες οδηγήσεως, τα δελτία ταυτότητας (απόφαση της 15ης Ιανουαρίου 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ., Συλλογή 1998, σ. I-73), τη συντήρηση των εθνικών δασών (απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 1998, C-353/96, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, Συλλογή 1998, σ. I-8565), τη διαχείριση πανεπιστημίου (απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge, Συλλογή 2000, σ. I-8035) ή τη διαχείριση δημόσιου δικτύου τηλεπικοινωνιών (προαναφερθείσα απόφαση Telaustria και Telefonadress).

43 — Με την απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ. (Συλλογή 2002, σ. I-11617), το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι ο οργανισμός δεν πρέπει οπωσδήποτε να έχει δημιουργηθεί ειδικώς για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος.

44 — Απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 1998, C-360/96 (Συλλογή 1998, σ. I-6821).

45 — Σκέψεις 51 έως 53.

δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα. Το ζήτημα αυτό είναι δυσχερέστερο.

93. Η νομολογία έχει ασχοληθεί επανειλημμένα με τον τρόπο με τον οποίο πρέπει να εκτιμηθεί η ύπαρξη των αναγκών αυτών[46]. Όπως υπογράμμισε το Δικαστήριο, πρέπει να ληφθεί υπόψη το σύνολο των σχετικών νομικών και πραγματικών δεδομένων, όπως οι περιστάσεις υπό τις οποίες συστήθηκε ο οικείος οργανισμός και οι συνθήκες υπό τις οποίες ασκεί τη δραστηριότητά του. Συναφώς, το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει ότι έχει σημασία να εξακριβωθεί αν ο συγκεκριμένος οργανισμός δρα υπό συνθήκες ανταγωνισμού[47]. Προς τούτο, το Δικαστήριο εξετάζει τις συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά των προϊόντων και των υπηρεσιών για τα οποία συστήθηκε ο οργανισμός. Μολονότι η ύπαρξη αναπτυγμένου ανταγωνισμού μπορεί να αποτελέσει ένδειξη για το ότι δεν υφίσταται ανάγκη γενικού συμφέροντος μη βιομηχανικού ή εμπορικού χαρακτήρα, η ένδειξη αυτή δεν αρκεί[48]. Πρέπει επίσης να εξεταστεί αν ο οργανισμός έχει κερδοσκοπικό χαρακτήρα, αν φέρει ο ίδιος τις συνδεόμενες με τη δραστηριότητά του ζημίες, καθώς και αν λαμβάνει δημόσια χρηματοδότηση για την άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας[49].

94. Από τη δικογραφία της υποθέσεως δεν προκύπτουν επαρκή στοιχεία για την ορθή εκτίμηση του συνόλου των περιστάσεων αυτών. Η εκτίμησή τους απόκειται στο αιτούν δικαστήριο, το οποίο είναι το μόνο που έχει πλήρη γνώση της δικογραφίας. Εντούτοις, θα επισημάνω ορισμένα χρήσιμα στοιχεία.

95. Όσον αφορά τις περιστάσεις που οδήγησαν στη σύσταση του εν λόγω οργανισμού, θεωρώ σημαντικό να ληφθούν υπόψη οι ιδιαιτερότητες της αγοράς συλλογής και διαθέσεως των αποβλήτων, η οποία αποτελεί μια από τις δραστηριότητες για τις οποίες δημιουργήθηκε η FES.

96. Η αγορά συλλογής και διαθέσεως των αποβλήτων γνώρισε σημαντική ανάπτυξη, ιδίως λόγω του ότι το ρυθμιστικό πλαίσιο σχετικά με τη διαχείριση κατέστη αυστηρότερο, καθώς και λόγω της αξιοποιήσεως των αποβλήτων και της προλήψεως των περιβαλλοντικών οχλήσεων. Η μεταβολή αυτή είχε ως άμεση συνέπεια την αύξηση του κόστους συλλογής και διαθέσεως των αποβλήτων, ενώ παράλληλα η δραστηριότητα αυτή έγινε περισσότερο πολύπλοκη και τεχνική. Για την αντιμετώπιση αυτών των δυσχερειών, οι περισσότεροι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοικήσεως επέλεξαν να αναθέσουν τη δραστηριότητα αυτή σε ειδικευμένους οργανισμούς που μπόρεσαν να επωφεληθούν πλήρως από την ανάπτυξη αυτής της αγοράς.

46 — Αναφέρομαι, ιδίως, στις αποφάσεις της 10ης Μαΐου 2001, C-223/99 και C-260/99, Agorà και Excelsior (Συλλογή 2001, σ. I-3605), της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-373/00, Adolf Truley (Συλλογή 2003, σ. I-1931), της 22ας Μαΐου 2003, C-18/01, Korhonen κ.λπ. (Συλλογή 2003, σ. I-5321), και προαναφερθείσες αποφάσεις BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ. και Ing. Aigner.

47 — Προαναφερθείσα απόφαση Ing. Aigner (σκέψη 41 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

48 — Με την προαναφερθείσα απόφαση Adolf Truley, το Δικαστήριο έκρινε ότι η ύπαρξη αναπτυγμένου ανταγωνισμού δεν οδηγεί αφ' εαυτής στο συμπέρασμα ότι δεν υπάρχει ανάγκη γενικού συμφέροντος μη βιομηχανικού ή εμπορικού χαρακτήρα (σκέψη 61).

49 — Προαναφερθείσα απόφαση Korhonen κ.λπ. (σκέψεις 55 έως 59).

97. Τα στοιχεία αυτά μας οδηγούν στο συμπέρασμα ότι το κίνητρο για τη σύσταση αυτής της οντότητας δεν ήταν η αναζήτηση κέρδους. Μολονότι η σχετική δραστηριότητα γεννά σημαντικά κέρδη, γεγονός παραμένει ότι η αναζήτηση κέρδους δεν αποτελούσε, εν πάση περιπτώσει, τον κύριο σκοπό συστάσεως της FES. Τα εν λόγω στοιχεία ισχύουν πολύ περισσότερο για τις δραστηριότητες καθαρισμού των οδών οι οποίες, αντιθέτως προς τις δραστηριότητες συλλογής και διαθέσεως των αποβλήτων, προκαλούν μικρότερης κλίμακας αξιοποίηση.

98. Όσον αφορά τις συνθήκες υπό τις οποίες ασκεί τη δραστηριότητά της η FES, και ιδίως την κατάσταση του ανταγωνισμού στους τομείς της συλλογής και διαθέσεως των αποβλήτων και του καθαρισμού των οδών, το αιτούν δικαστήριο θα πρέπει να εξετάσει αν η FES δραστηριοποιείται σε ανταγωνιστική αγορά στην οποία συμμετέχουν πραγματικοί ανταγωνιστές, ή αν, αντιθέτως, κατέχει εκ των πραγμάτων οιονεί μονοπωλιακή θέση η οποία οφείλεται, για παράδειγμα, στο καθεστώς «ιστορικού φορέα»[50] ή στην ύπαρξη φραγμών για την είσοδο στην αγορά. Η απουσία πραγματικού ανταγωνισμού δεν αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για να χαρακτηριστεί η FES οργανισμός δημοσίου δικαίου, αλλά θα μπορούσε να αποτελέσει ένδειξη για το ότι συμμετέχει στην ικανοποίηση ανάγκης γενικού συμφέροντος που δεν έχει βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα.

99. Εξάλλου, το γεγονός ότι η FES ασκεί, εκτός από την αποστολή γενικού συμφέροντος, και άλλες κερδοσκοπικές δραστηριότητες, δεν είναι λυσιτελές για την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης. Πράγματι, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η ιδιότητα ενός οργανισμού ως οργανισμού δημοσίου δικαίου δεν εξαρτάται από το ποσοστό που αντιπροσωπεύει η ικανοποίηση αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα σε σχέση προς την όλη δραστηριότητα του συγκεκριμένου οργανισμού. Εφόσον η επιχείρηση εξακολουθεί να είναι επιφορτισμένη με την κάλυψη των αναγκών αυτών, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι το γεγονός ότι ασκεί και άλλες κερδοσκοπικές δραστηριότητες, καθώς και το ποσοστό που αντιπροσωπεύουν οι δραστηριότητες αυτές στον συνολικό κύκλο εργασιών της είναι άνευ σημασίας[51].

100. Εξάλλου, μολονότι η FES παρουσιάζει, από νομικής απόψεως, ελάχιστες διαφορές από ανώνυμη εταιρία ανήκουσα σε ιδιώτες, καθόσον φέρει τους οικονομικούς κινδύνους που συνδέονται με τη δραστηριότητά της, ενώ μπορεί και να κηρυχθεί σε πτώχευση, από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι ο Stadt Frankfurt am Main δεν θα επέτρεπε να συμβεί κάτι τέτοιο. Επισημαίνω, επίσης, ότι ο εν λόγω οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως εισπράττει από τους πολίτες δημοτικό φόρο για τη χρηματοδότηση των ποσών που καταβάλλει στη FES για τη διάθεση των αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών.

50 — Διευκρινίζω ότι, σύμφωνα με τον δικτυακό τόπο της FES, η επιχείρηση διαδέχθηκε τον δημοτικό οργανισμό διαχειρίσεως των αποβλήτων και καθαρισμού των οδών.

51 — Προαναφερθείσες αποφάσεις Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ. (σκέψεις 25, 26 και 31), BFI Holding (σκέψεις 55 και 56) και Ing. Aigner (σκέψη 47 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

101. Ενόψει των στοιχείων αυτών, κλίνω προς την άποψη ότι η FES συστήθηκε ειδικά για την ικανοποίηση αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα.

102. Εντούτοις, προκειμένου να αποσαφηνιστεί ο ακριβής χαρακτήρας των αναγκών που ικανοποιεί η εν λόγω επιχείρηση, εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο, το οποίο είναι το μόνο που έχει στη διάθεσή του τα σχετικά στοιχεία, να εκτιμήσει τις συνθήκες υπό τις οποίες ασκεί τη δραστηριότητά της η FES, και ιδίως την κατάσταση του ανταγωνισμού στους τομείς για τους οποίους ιδρύθηκε η εν λόγω επιχείρηση.

ii) Επί της προϋποθέσεως που αφορά τη στενή εξάρτηση του οργανισμού από το κράτος, οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου

103. Υπενθυμίζω ότι, κατά το άρθρο 1, στοιχείο β΄, δεύτερο εδάφιο, τρίτη περίπτωση, της οδηγίας 92/50, η προϋπόθεση αυτή περιλαμβάνει τα ακόλουθα τρία εναλλακτικά κριτήρια:

— είτε η δραστηριότητα να χρηματοδοτείται κατά το μεγαλύτερο μέρος από το κράτος ή από τις αρχές τοπικής αυτοδιοικήσεως ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου,

— ή η διαχείρισή τους να υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς,

— ή περισσότερο από το ήμισυ των μελών του διοικητικού, του διευθυντικού ή του εποπτικού συμβουλίου τους να διορίζεται από το κράτος, τις περιφερειακές ή τις τοπικές αρχές ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

104. Δεν αμφισβητείται ότι ο Stadt Frankfurt am Main κατέχει το 51 % του κεφαλαίου της FES, το μεγαλύτερο, δηλαδή, μέρος του. Μολονότι από το ποσοστό αυτό τεκμαίρεται πράγματι η άσκηση αποφασιστικής επιρροής του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως στην επιχείρηση, δεν είναι προφανές ότι η επιρροή αυτή εκφράζεται στον τρόπο λειτουργίας και διαχειρίσεώς της.

105. Θα εξετάσω, κατ' αρχάς, τον τρόπο λειτουργίας της επιχειρήσεως αυτής καθόσον ο Stadt Frankfurt am Main διαθέτει δικαίωμα αρνησικυρίας στη γενική συνέλευση το οποίο, ανάλογα με τον τρόπο ασκήσεώς του, παρέχει στον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως τη δυνατότητα να ελέγχει εν τοις πράγμασι τη διαχείριση της επιχειρήσεως.

— Επί του κριτηρίου που αφορά τον έλεγχο της διαχειρίσεως του οικείου οργανισμού

106. Κατά πάγια νομολογία, το κριτήριο αυτό αφορά σχέση εξαρτήσεως του οικείου οργανισμού από τις δημόσιες αρχές, ισοδύναμη με αυτή που υφίσταται όταν πληρούται το ένα από τα άλλα δύο εναλλακτικά κριτήρια. Αυτή η εξάρτηση πρέπει να παρέχει στις δημόσιες αρχές τη δυνατότητα να επηρεάζουν τις αποφάσεις του εν λόγω οργανισμού σε θέματα δημοσίων συμβάσεων[52] ή, κατ' αναλογία, σε θέματα συμβάσεων παραχωρήσεως.

107. Η προαναφερθείσα απόφαση Adolf Truley αποτελεί εύγλωττο παράδειγμα των περιπτώσεων στις οποίες το Δικαστήριο εκτιμά ότι πληρούται το κριτήριο αυτό. Στην υπόθεση εκείνη, η υπηρεσία ελέγχου της τοπικής αυτοδιοικήσεως ήταν αρμόδια να ελέγχει όχι μόνον τις ετήσιες οικονομικές καταστάσεις του οικείου οργανισμού, αλλά και την τρέχουσα διαχείριση, ως προς την ακρίβεια των λογιστικών στοιχείων, την κανονικότητα, τη σώφρονα, αποδοτική και ορθολογική διαχείριση. Περαιτέρω, η υπηρεσία μπορούσε να επιθεωρεί τους χώρους και τις εγκαταστάσεις του οργανισμού, καθώς και να ενημερώνει τα αρμόδια όργανα, τους μετόχους της εταιρίας και την τοπική αυτοδιοίκηση. Όπως έκρινε το Δικαστήριο, οι εξουσίες αυτές καθιστούν εφικτό τον ενεργητικό έλεγχο επί της διαχειρίσεως του εν λόγω οργανισμού.

52 — Βλ. προαναφερθείσα απόφαση Adolf Truley (σκέψη 69 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

108. Στο πλαίσιο της κρινόμενης υποθέσεως, το αιτούν δικαστήριο πρέπει να λάβει υπόψη το σύνολο των πραγματικών ή νομικών περιστάσεων που θα μπορούσαν να επιτρέψουν στον Stadt Frankfurt am Main να ασκήσει αποφασιστική επιρροή στη δραστηριότητα της FES. Εν προκειμένω, φρονώ ότι το αιτούν δικαστήριο θα έπρεπε να στρέψει το ενδιαφέρον του στον τρόπο με τον οποίο ο εν λόγω οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως ασκεί, στη γενική συνέλευση αυτής της επιχειρήσεως, το δικαίωμα αρνησικυρίας που συνεπάγεται η πλειοψηφία των μετοχών που κατέχει. Συναφώς, το αιτούν δικαστήριο πρέπει να εξετάσει τη σημασία του δικαιώματος αυτού λαμβάνοντας υπόψη τις αποφάσεις στις οποίες μπορεί να εφαρμοστεί και εξετάζοντας ενδεχόμενους όρους που περιορίζουν τη χρησιμοποίησή του.

109. Πράγματι, μολονότι ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως δεν μπορεί να επιβάλει αποφάσεις[53], έχει εντούτοις τη δυνατότητα να ασκεί αποκλειστικό έλεγχο στην FES, αν είναι σε θέση να αντιταχθεί σε στρατηγικές αποφάσεις της επιχειρήσεως οι οποίες αφορούν την εμπορική πολιτική της, τον διορισμό των διαχειριστών της, τον προϋπολογισμό και το επιχειρησιακό της σχέδιο. Αν το αιτούν δικαστήριο κρίνει ότι ο Stadt Frankfurt am Main μπορεί, ασκώντας το δικαίωμα αρνησικυρίας του, να αντιταχθεί σε αποφάσεις θεμελιώδους σημασίας για την εμπορική στρατηγική της FES και να δημιουργήσει κατάσταση παρακωλύσεως της διαδικασίας λήψεως αποφάσεων από την επιχείρηση αυτή, αυτό θα σημαίνει ότι ο Stadt Frankfurt am Main ασκεί καθοριστική επιρροή στη διαχείριση της FES, με άλλα λόγια ασκεί έλεγχο εν τοις πράγμασι.

53 — Επισημαίνεται ότι η γενική συνέλευση της FES μπορεί να λάβει αποφάσεις μόνο με πλειοψηφία τριών τετάρτων. Αν ο Stadt Frankfurt am Main είναι κάτοχος του 51 % του κεφαλαίου της επιχειρήσεως αυτής , το μερίδιο αυτό δεν αρκεί για να του επιτρέψει να λάβει μόνος αποφάσεις στο πλαίσιο της γενικής συνελεύσεως.

110. Υπ' αυτές τις προϋποθέσεις, στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται, προκειμένου να οριοθετήσει επακριβώς την έκταση στην οποία η διαχείριση της FES ελέγχεται από τον Stadt Frankfurt am Main, να εκτιμήσει αν ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως μπορεί να ασκήσει καθοριστική επιρροή στη διαχείριση της επιχειρήσεως μέσω του δικαιώματος αρνησικυρίας που διαθέτει ως πλειοψηφών μέτοχος.

111. Αν το αιτούν δικαστήριο κρίνει ότι αυτό το δικαίωμα αρνησικυρίας δεν επιτρέπει στον Stadt Frankfurt am Main να ελέγχει τη διαχείριση της επιχειρήσεως αυτής, θα πρέπει να εξετάσει τα δύο άλλα κριτήρια.

— Επί του κριτηρίου που αφορά την πλειοψηφική χρηματοδότηση από τον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως

112. Το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει την έκταση της προϋποθέσεως αυτής με την προαναφερθείσα απόφαση University of Cambridge, με την οποία έκρινε ότι μόνον οι παροχές που χρηματοδοτούν ή υποστηρίζουν, μέσω χρηματοοικονομικής ενισχύσεως καταβαλλομένης χωρίς συγκεκριμένη αντιπαροχή, τις δραστηριότητες του οργανισμού αυτού μπορούν να χαρακτηρισθούν ως «δημόσια χρηματοδότηση». Αντιθέτως, δεν υπάγονται στην κατηγορία αυτή τα ποσά που καταβάλλει η αναθέτουσα αρχή ως αντιπαροχή συμβατικών παροχών[54].

113. Το Δικαστήριο έκρινε επίσης ότι ο όρος «κατά πλειοψηφία» σημαίνει «άνω του ημίσεως» και ότι ο υπολογισμός του ποσοστού επί τοις εκατό της δημόσιας χρηματοδοτήσεως ορισμένου οργανισμού, πρέπει να λαμβάνει υπόψη το σύνολο των εσόδων που εισπράττει, περιλαμβανομένων των προερχομένων από εμπορική δραστηριότητα, πρέπει δε να γίνεται επί ετησίας βάσεως.

114. Εν προκειμένω, από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι άνω του ημίσεως του ετήσιου κύκλου εργασιών της FES προέρχεται από αμφοτεροβαρείς συμβάσεις που συνάπτει με τον Stadt Frankfurt am Main για τη συλλογή και την επεξεργασία αποβλήτων και για τον καθαρισμό των οδών. Συνεπώς, τα ποσά που καταβάλλει ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως αποτελούν την αντιπαροχή των συμβατικών παροχών που προσφέρει η FES, ο δε οργανισμός αυτός τοπικής αυτοδιοικήσεως έχει ασφαλώς οικονομικό συμφέρον για την εκπλήρωσή τους. Μολονότι μια τέτοια συμβατική σχέση μπορεί να έχει ως συνέπεια τη σχέση εξαρτήσεως της FES από τον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως, η εξάρτηση αυτή, όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο, είναι εντελώς διαφορετικής φύσεως από την οφειλόμενη σε απλή

54 — Σκέψεις 21 και 24. Στην υπόθεση εκείνη η δημόσια χρηματοδότηση αφορούσε υποτροφίες για φοιτητές και επιδοτήσεις για την ενίσχυση της ερευνητικής εργασίας σε πανεπιστήμια, και όχι καταβολές του κράτους ως αντάλλαγμα για την παροχή υπηρεσιών από το πανεπιστήμιο.

παροχή υποστηρίξεως και πρέπει να εξομοιωθεί περισσότερο προς την υφιστάμενη στις συνήθεις εμπορικές σχέσεις[55].

115. Βάσει των στοιχείων αυτών, φρονώ ότι τα ποσά που καταβάλλει ο Stadt Frankfurt am Main στην FES δεν συνιστούν δημόσια χρηματοδότηση κατά την έννοια της προαναφερθείσας νομολογίας.

— Επί του κριτηρίου που αφορά τη σύνθεση του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου

116. Η διάταξη περί παραπομπής δεν διευκρινίζει τη σύνθεση και τον τρόπο διορισμού των μελών του διοικητικού συμβουλίου και των διευθυντών της FES. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει απλώς ότι ο Stadt Frankfurt am Main ορίζει το ένα τέταρτο των μελών του εποπτικού συμβουλίου, καθώς και τον πρόεδρό του, η ψήφος του οποίου υπερισχύει σε περίπτωση ισοψηφίας[56]. Τα στοιχεία αυτά δεν αρκούν για να θεωρηθεί ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο.

117. Βάσει όλων των προεκτεθέντων, φρονώ ότι οντότητα μικτού κεφαλαίου, όπως η FES, η οποία έχει συσταθεί στο πλαίσιο συμπράξεως με τον Stadt Frankfurt am Main, αποτελεί «οργανισμό δημοσίου δικαίου» κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β΄, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 92/50, εφόσον αποδεικνύεται, αφενός, ότι η οντότητα αυτή ικανοποιεί ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα και, αφετέρου, ότι η διαχείριση και η διεύθυνσή της εξαρτώνται άμεσα από οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως.

118. Μια τέτοια οντότητα ικανοποιεί ανάγκες γενικού συμφέροντος κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β΄, δεύτερο εδάφιο, πρώτη περίπτωση, της οδηγίας 92/50, όταν έχει επιφορτιστεί με τη συλλογή και την επεξεργασία των αποβλήτων και τον καθαρισμό

55 — Προπαρατεθείσα απόφαση University of Cambridge (σκέψη 25).

56 — Το συμβούλιο αυτό, όπως υποδηλώνει και το όνομά του, είναι αρμόδιο για τον έλεγχο και την εποπτεία της διαχείρισης της εταιρίας. Πολύ συχνά, το εποπτικό συμβούλιο διενεργεί έλεγχο σκοπιμότητας, αλλά και νομιμότητας, προβαίνοντας, μεταξύ άλλων, στους ελέγχους που κρίνει απαραίτητους, ή υποβάλλοντας στη γενική συνέλευση τις παρατηρήσεις του για τους ετήσιους λογαριασμούς της εταιρίας. Μπορεί επίσης να διαθέτει ιδιαίτερες εξουσίες που του επιτρέπουν, για παράδειγμα, να διορίζει ορισμένα μέλη ή τον πρόεδρο του διοικητικού συμβουλίου, ή ακόμα και να εγκρίνει την εκχώρηση συμμετοχών. Ο πρόεδρος του εποπτικού συμβουλίου ασκεί γενικά δύο είδη καθηκόντων που αφορούν γενικά τη σύγκληση του συμβουλίου και τη διεύθυνση των συζητήσεων. Ο ρόλος και η λειτουργία του εποπτικού συμβουλίου διευκρινίζονται από τον νόμο και έχουν κωδικοποιηθεί στο καταστατικό της εταιρίας, το οποίο δεν διαθέτουμε (βλ. Cozian, M., Viandier, A., Deboissy, F., *Droit des sociétés,* 17η έκδοση, Litec, Παρίσι, 2004, σ. 286 και 287).

των οδών στην περιφέρεια του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως. Προκειμένου να εκτιμηθεί αν οι ανάγκες αυτές δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, το αρμόδιο εθνικό δικαστήριο θα πρέπει να αξιολογήσει τους όρους υπό τους οποίους ασκεί τη δραστηριότητά της η FES, και ιδίως την κατάσταση του ανταγωνισμού σε αυτούς τους τομείς.

119. Μια τέτοια οντότητα εξαρτάται άμεσα από τον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β΄, δεύτερο εδάφιο, τρίτη περίπτωση, της οδηγίας 92/50, όταν ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως ελέγχει τη διαχείρισή της και τα διευθυντικά, διοικητικά ή εποπτικά της όργανα. Στο αρμόδιο εθνικό δικαστήριο εναπόκειται, προκειμένου να οριοθετήσει επακριβώς την έκταση στην οποία η διαχείριση της FES ελέγχεται από τον Stadt Frankfurt am Main, να εκτιμήσει αν ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως μπορεί, μέσω του δικαιώματος αρνησικυρίας που διαθέτει στη γενική συνέλευση ή μέσω της συνθέσεως των εν λόγω οργάνων της επιχειρήσεως, να ασκήσει ενεργό έλεγχο στη διαχείριση αυτής της οντότητας και να επηρεάσει κατά τον ίδιο τρόπο τις αποφάσεις της στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων παραχωρήσεως υπηρεσιών.

Γ — *Επί της εξουσίας του εθνικού δικαστή σε περίπτωση παραβιάσεως της υποχρεώσεως διαφάνειας*

120. Με το πρώτο και το τέταρτο ερώτημα, το Landgericht Frankfurt am Main ζητεί από το Δικαστήριο να διευκρινίσει τον τρόπο δικαστικού ελέγχου των αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο των συμβάσεων παραχωρήσεως υπηρεσιών. Ειδικότερα, το αιτούν δραστήριο ερωτά αν, υπό προϋποθέσεις ανάλογες με αυτές της κυρίας δίκης το κοινοτικό δίκαιο απαιτεί από τα κράτη μέλη να αναγνωρίζουν στα εθνικά τους δικαστήρια την εξουσία να κηρύσσουν λυθείσα σύμβαση συναφθείσα κατά παράβαση της υποχρεώσεως διαφάνειας, καθώς και την εξουσία να απευθύνουν διαταγές.

121. Στην κρινόμενη υπόθεση, η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί την απόφαση με την οποία ο Stadt Frankfurt am Main παραχώρησε τις υπηρεσίες στην FES, αλλά την απόφαση με την οποία η διοίκηση επέτρεψε, δυνάμει του άρθρου 30, IV, της συμβάσεως παραχωρήσεως, την αλλαγή υπεργολάβου κατά τη διάρκεια εκτελέσεως της συμβάσεως. Υποστηρίζει ότι, ενεργώντας με αυτό τον τρόπο, ο Stadt Frankfurt am Main παραβίασε την υποχρέωση διαφάνειας προβαίνοντας σε ουσιώδη τροποποίηση της εν λόγω συμβάσεως χωρίς να πληρούνται οι απαιτήσεις δημοσιότητας και επιλογής κατόπιν διαγωνισμού, τις οποίες προβλέπει το κοινοτικό δίκαιο.

122. Συνεπώς, η κρινόμενη υπόθεση δεν αφορά τη σύναψη της συμβάσεως παραχωρήσεως, αλλά την εκτέλεσή της. Με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα ζητεί από το εθνικό δικαστήριο να αποτρέψει νέα παραβίαση της υποχρεώσεως διαφάνειας διατάσσοντας τη διοίκηση να μην επιτρέψει την

αλλαγή υπεργολάβου για την προμήθεια και συντήρηση των δημοσίων αφοδευτηρίων που θα πρέπει να εγκατασταθούν στους σταθμούς Kornmarkt, Galluswarte και Rödelheim. Ζητεί επίσης να διαταχθεί η FES να μη συνάψει νέα σύμβαση υπεργολαβίας σχετικά με τις προαναφερθείσες παροχές. Προκειμένου να εξομαλυνθούν οι όροι εκτελέσεως της παραχωρήσεως υπηρεσιών, η προσφεύγουσα ζητεί επίσης από το εθνικό δικαστήριο να διατάξει τη διοίκηση και, ενδεχομένως, την FES να καταγγείλουν τις συμβάσεις που συνήφθησαν κατά παράβαση της υποχρεώσεως διαφάνειας.

123. Για να δοθεί απάντηση στα ερωτήματα που θέτει το αιτούν δικαστήριο, είναι απαραίτητο να υπομνησθούν οι όροι υπό τους οποίους τα εθνικά δικαστήρια υποχρεούνται να διασφαλίζουν την προστασία των δικαιωμάτων που οι πολίτες έλκουν από το κοινοτικό δίκαιο.

1. Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

124. Στο παρόν στάδιο εξελίξεώς του, το κοινοτικό δίκαιο δεν ρυθμίζει τον τρόπο με τον οποίο τα κράτη μέλη πρέπει να εξασφαλίζουν την εκτέλεση των δικαστικών αποφάσεων και να επιβάλλουν κυρώσεις για τις παραβιάσεις της υποχρεώσεως διαφάνειας που λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο της εκτελέσεως συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών. Συνεπώς, η εκτίμηση του μέτρου κατά το οποίο τα κράτη μέλη υποχρεούνται να αναγνωρίζουν στα εθνικά τους δικαστήρια εξουσία λήψεως μέτρων αποτροπής, θα πρέπει να γίνει με παραπομπή στις αρχές που διέπουν την κοινοτική έννομη τάξη, και ιδίως στην αρχή της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου και στην αρχή της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών.

125. Η αρχή της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου επιτάσσει στα κράτη μέλη να προβλέπουν αποτελεσματικές κυρώσεις για τις παραβιάσεις της υποχρεώσεως διαφάνειας που διαπράττονται στο πλαίσιο της συνάψεως συμβάσεων παραχωρήσεως υπηρεσιών.

126. Πράγματι, υπενθυμίζεται ότι η υποχρέωση διαφάνειας αποτελεί συγκεκριμένη και ειδική έκφραση γενικής αρχής του δικαίου, ο σεβασμός της οποίας επιβάλλεται στα κράτη μέλη όταν ενεργούν στο πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου. Μια τέτοια υποχρέωση δημιουργεί υπέρ των πολιτών δικαιώματα τα οποία πρέπει να μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων. Συνεπώς, τα εθνικά δικαστήρια πρέπει να είναι σε θέση να εξασφαλίζουν την πλήρη εκτέλεση των δικαστικών τους αποφάσεων και να μπορούν να επιβάλλουν αποτελεσματικές, αναλογικές και αποτρεπτικές κυρώσεις, προκειμένου να εξασφαλίσουν την πλήρη αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου.

127. Η ανάλυση στηρίζεται στην παραδοχή αυτή.

128. Αντιθέτως, αν δεν υπάρχει κοινοτική ρύθμιση, φρονώ ότι είναι σύμφωνο με την αρχή της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών να τους παρέχεται η δυνατότητα να καθορίζουν τις εξουσίες του εθνικού δικαστηρίου προκειμένου να εξασφαλισθεί η εκτέλεση των αποφάσεών του και η επιβολή κυρώσεων για παραβιάσεις της υποχρεώσεως διαφάνειας κατά τη σύναψη συμβάσεως παραχωρήσεως. Αυτή η παραπομπή στους εθνικούς δικονομικούς κανόνες των κρατών μελών, οι οποίοι θα πρέπει, ασφαλώς, να σέβονται τις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας, είναι, νομίζω, περισσότερο σύμφωνη με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, η οποία σέβεται τη δικονομική αυτονομία των κρατών μελών.

129. Από τη νομολογία αυτή προκύπτει ότι, ελλείψει σχετικής κοινοτικής νομοθεσίας, στην εσωτερική έννομη τάξη εκάστου κράτους μέλους εναπόκειται ο καθορισμός των αρμοδίων δικαστηρίων και η ρύθμιση των δικονομικών προϋποθέσεων των ενδίκων προσφυγών που σκοπούν στη διασφάλιση των δικαιωμάτων τα οποία οι πολίτες αντλούν από το κοινοτικό δίκαιο, υπό την προϋπόθεση, ασφαλώς, ότι αυτές οι προϋποθέσεις δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκές από αυτές που αφορούν παρόμοιες προσφυγές εσωτερικής φύσεως (αρχή της ισοδυναμίας) ούτε πρέπει να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή εξαιρετικώς δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από την κοινοτική έννομη τάξη (αρχή της αποτελεσματικότητας)[57].

57 — Απόφαση της 15ης Απριλίου 2008, C-268/06, Impact (Συλλογή 2008, σ. I-2483, σκέψεις 44 και 46 έως 48 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

130. Αυτό είναι το πρίσμα υπό το οποίο πρέπει να δοθεί απάντηση στα ερωτήματα του αιτούντος δικαστηρίου.

2. Εκτίμηση

131. Με το πρώτο, το δεύτερο και το τέταρτο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν η υποχρέωση διαφάνειας πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι τα κράτη μέλη υποχρεούνται να αναγνωρίζουν στο εθνικό δικαστήριο εξουσία να διατάσσει τη λήψη μέτρων αποτροπής εκ μέρους των διαδίκων, προκειμένου να εξασφαλιστεί η τήρηση της υποχρεώσεως αυτής. Το αιτούν δικαστήριο ζητεί επίσης από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν το εθνικό δικαστήριο υποχρεούται να διατάξει τους διαδίκους να λύσουν τη σύμβαση που έχει συναφθεί κατά παράβαση της υποχρεώσεως αυτής[58].

58 — Το τέταρτο αυτό προδικαστικό ερώτημα είναι διατυπωμένο κατά τέτοιο τρόπο ώστε να μην είναι σαφές αν η σύμβαση στην οποία αναφέρεται το αιτούν δικαστήριο είναι η σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών που συνήφθη μεταξύ του Stadt Frankfurt am Main και της FES ή η σύμβαση υπεργολαβίας που συνήφθη στη συνέχεια μεταξύ της παραχωρησιούχου και της DSM. Πράγματι, από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί την απόφαση με την οποία ο Stadt Frankfurt am Main παραχώρησε τις υπηρεσίες στην FES. Συνεπώς, δεν ζητεί τη λύση της συμβάσεως παραχωρήσεως που συνήφθη με την επιχείρηση αυτή. Αντιθέτως, βάλλει κατά της αποφάσεως με την οποία ο Stadt Frankfurt am Main επέτρεψε, δυνάμει του άρθρου 30, IV, της συμβάσεως παραχωρήσεως, την αλλαγή υπεργολάβου. Με την προσφυγή της ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, η προσφεύγουσα σκοπεί, κατ' ουσίαν, να καταστήσει ανενεργή τη σύμβαση υπεργολαβίας που συνήφθη μεταξύ της FES και της DSM. Το αιτούν δικαστήριο υποστηρίζει με τη διάταξη περί παραπομπής ότι ο Stadt Frankfurt am Main υποχρεούται να καταγγείλει τη σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών στην τροποποίηση της οποίας είχε συναινέσει. Λόγω των αμφιβολιών που γεννώνται, θεωρώ ότι το ερώτημα αυτό αφορά και τις δύο περιπτώσεις.

132. Η εξουσία να διατάσσει μέτρα αποτροπής είναι η δυνατότητα που παρέχεται στο δικαστήριο να διατάξει έναν διάδικο να πραγματοποιήσει ή να παραλείψει μια συγκεκριμένη πράξη, ενδεχομένως επ' απειλή χρηματικής ποινής. Το δικαστήριο που επιλαμβάνεται διαφοράς μπορεί να διατάξει τον ιδιώτη ή τη διοίκηση να λάβει ένα συγκεκριμένο μέτρο, εφόσον η δικαστική απόφαση προϋποθέτει αναγκαστικά τη λήψη του μέτρου αυτού από έναν διάδικο. Η εξουσία αυτή αποτελεί χρήσιμο εργαλείο για να εξασφαλιστεί η εκτέλεση των δικαστικών αποφάσεων και να αντιμετωπιστούν οι δυσκολίες και η άρνηση εκτελέσεως αποφάσεως που έχει ισχύ δεδικασμένου.

133. Η αρχή σύμφωνα με την οποία το εθνικό δικαστήριο μπορεί να διατάξει τη λήψη μέτρων αποτροπής δεν έχει αποτελέσει μέχρι σήμερα αντικείμενο κοινοτικής ρυθμίσεως. Εξάλλου, η αρχή αυτή δεν εφαρμόζεται ομοιόμορφα στα κράτη μέλη, ιδίως όταν η διαταγή απευθύνεται στη διοίκηση.

134. Στη Γερμανία, όπως και στο Ηνωμένο Βασίλειο, αυτή η εξουσία του δικαστή να διατάσσει τη λήψη μέτρων αποτροπής από τη διοίκηση θεωρείται δεδομένη. Ο Γερμανός δικαστής διαθέτει γενική εξουσία να διατάσσει τη διοίκηση να λαμβάνει μέτρα αποτροπής, ενώ ο Βρετανός δικαστής μπορεί να εκδίδει διαταγές πράξεως ή παραλείψεως έναντι όλων των διοικητικών αρχών, εκτός από την κυβέρνηση και τους άμεσους συνεργάτες της. Το ζήτημα συζητήθηκε περισσότερο από τα γαλλικά διοικητικά δικαστήρια, λόγω της παραδοσιακής αντιλήψεως σχετικά με τον χωρισμό των εξουσιών. Η αντίληψη αυτή υπόκειται σήμερα σε πολυάριθμες εξαιρέσεις, μετά την έκδοση του νόμου της 8ης Φεβρουαρίου 1995[59].

135. Όπως προανέφερα, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, τα κράτη μέλη υποχρεούνται να καθορίζουν πότε επιβάλλεται και, ενδεχομένως, τους όρους υπό τους οποίους πρέπει να αναγνωριστεί η εξουσία λήψεως μέτρων στο πλαίσιο της εσωτερικής νομοθεσίας τους και σύμφωνα με τις αρχές της αποτελεσματικότητας και της ισοδυναμίας. Στο μέτρο αυτό, τα κράτη μέλη πρέπει να στηρίζονται στις αρχές που αποτελούν τη βάση του εθνικού δικαστικού τους συστήματος. Πρέπει να εξετάζουν κατά πόσον αυτή η εξουσία λήψεως μέτρων εντάσσεται στο σύνολο των προβλεπόμενων ενδίκων βοηθημάτων και να λαμβάνουν υπόψη τις εξουσίες τις οποίες έχει ήδη ο εθνικός δικαστής. Στο πλαίσιο της εκτιμήσεως αυτής, τα κράτη μέλη πρέπει να μεριμνούν για τη διασφάλιση της πλήρους εκτελέσεως των δικαστικών αποφάσεων που αφορούν την αναγνώριση δικαιωμάτων τα οποία θεμελιώνονται στο κοινοτικό δίκαιο. Για την επίτευξη του σκοπού αυτού, τα κράτη μέλη πρέπει να καταβάλλουν προσπάθεια προκειμένου να εξασφαλίσουν την πλήρη αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου και την προστασία των δικαιωμάτων που αυτό αναγνωρίζει στους πολίτες.

59 — Νόμος 95-125 περί της οργανώσεως των δικαστηρίων και της πολιτικής, ποινικής και διοικητικής δικονομίας (*JORF* της 9ης Φεβρουαρίου 1995). Βλ. άρθρα L-911-1 έως L-911-3 του κώδικα διοικητικής δικονομίας.

136. Συναφώς, η έκδοση διαταγής περί λύσεως της συμβάσεως, αν η λύση αυτή δεν απορρέει από το κοινοτικό δίκαιο, είναι, προφανώς, η κύρωση που μπορεί να εξασφαλίσει με τον καλύτερο τρόπο την αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου και την προστασία των δικαιωμάτων των ιδιωτών. Τούτο, ιδίως, στην περίπτωση ιδιαίτερα σοβαρής παραβάσεως διατάξεων του κοινοτικού δικαίου, όπως αυτές που απαιτούν τη δέουσα δημοσιότητα ή τη διεξαγωγή διαγωνισμού. Προς τον σκοπό αυτόν, το δικαστήριο μπορεί να λάβει υπόψη του τις διατάξεις που ενέκρινε ο κοινοτικός νομοθέτης με το άρθρο 2δ, το οποίο προστέθηκε με την οδηγία 2007/66[60].

137. Με τη διάταξη περί παραπομπής το Landgericht Frankfurt am Main υποστηρίζει ότι ο Stadt Frankfurt am Main ήταν υποχρεωμένος να καταγγείλει τη σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών στην τροποποίηση της οποίας είχε συναινέσει.

138. Προς θεμελίωση της απόψεώς του, το αιτούν δικαστήριο υποστηρίζει ότι οι αρχές τις οποίες έθεσε ο κοινοτικός νομοθέτης με το άρθρο 2 της οδηγίας 89/665 και τις οποίες επιβεβαίωσε το Δικαστήριο με την απόφαση Επιτροπή κατά Γερμανίας[61] είναι εφαρμοστέες κατ' αναλογία στις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων παραχωρήσεως υπηρεσιών.

139. Με την απόφαση εκείνη, το Δικαστήριο, μετά από προσφυγή βασιζόμενη στο άρθρο 228 ΕΚ, καταδίκασε την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας διότι δεν κατήγγειλε σύμβαση για τη διάθεση των αποβλήτων του Δήμου Brunswick (Γερμανία), η οποία συνήφθη κατά παράβαση της οδηγίας 92/50. Η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας είχε στηριχθεί στις διατάξεις του άρθρου 2, παράγραφος 6, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665 για να υποστηρίξει ότι οι αποζημιώσεις που μπορούσαν να λάβουν οι ζημιωθείσες επιχειρήσεις αποτελούσαν επαρκή κύρωση για την παράβαση στην οποία είχε υποπέσει η αναθέτουσα αρχή. Το Δικαστήριο δεν συμφώνησε με τη συλλογιστική αυτή, κρίνοντας ότι η εν λόγω διάταξη διέπει την υφιστάμενη σχέση μεταξύ κράτους μέλους και των υπηκόων του, αλλά όχι τη σχέση μεταξύ κράτους μέλους και της Κοινότητας, και συνεπώς, δεν επιτρέπει στο κράτος μέλος να απεκδυθεί της ευθύνης που υπέχει από το κοινοτικό δίκαιο. Εφόσον η επίδικη σύμβαση εξακολουθούσε να παράγει τα αποτελέσματά της, η παράβαση της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας συνεχιζόταν και υπήρχε το ενδεχόμενο η προσβολή της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών να εξακολουθήσει καθ' όλη τη διάρκεια εκτελέσεως της συμβάσεως. Κατά το Δικαστήριο, η καταγγελία της συμβάσεως

60 — Σύμφωνα με το οποίο, τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε μια σύμβαση να κηρύσσεται ανενεργή εφόσον έχει ανατεθεί χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, ή αν ο προσφέρων ο οποίος ασκεί προσφυγή στερήθηκε της δυνατότητας ασκήσεως προσυμβατικών διαδικασιών προσφυγής, ή στην πολύ εξαιρετική περίπτωση συμβάσεων βασιζόμενων σε συμφωνία-πλαίσιο και σε δυναμικό σύστημα αγορών, κατά τα προβλεπόμενα με την οδηγία 2004/18. Το άρθρο 2ε που προστέθηκε με την οδηγία 2007/66 επιτρέπει, εντούτοις, στα κράτη μέλη να προβλέπουν εναλλακτικές κυρώσεις οι οποίες επιβάλλονται συνυπολογιζομένης, μεταξύ άλλων, της σοβαρότητας της παραβάσεως, της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής και, ενδεχομένως, του βαθμού στον οποίο μια σύμβαση παραμένει σε ισχύ. Οι εναλλακτικές κυρώσεις περιλαμβάνουν την επιβολή προστίμων ή τη σύντμηση της διάρκειας της συμβάσεως.

61 — Απόφαση της 18ης Ιουλίου 2007, C-503/04 (Συλλογή 2007, σ. I-6153, σκέψεις 29 έως 36).

δεν ήταν επιβεβλημένη μόνο για να εξασφαλιστεί η πλήρης εκτέλεση αποφάσεως διαπιστώνουσας παράβαση, αλλά και για να εξασφαλιστεί ο σεβασμός του κοινοτικού δικαίου.

140. Αντιθέτως προς το αιτούν δικαστήριο, δεν νομίζω ότι οι αρχές που προκύπτουν από τις δικαστικές αποφάσεις περί δημοσίων συμβάσεων μπορούν να μεταφερθούν άνευ ετέρου στις διαφορές που αφορούν συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών, και αυτό για δύο λόγους.

141. Πρώτον, υπενθυμίζω ότι τα κράτη μέλη δεν έκριναν σκόπιμο να θεσπίσουν ρυθμίσεις σχετικές με τη διαδικασία συνάψεως συμβάσεων παραχωρήσεως υπηρεσιών, ενώ αντιθέτως έχουν εγκρίνει πολυάριθμα νομοθετήματα σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Δεν μπορεί συνεπώς να αγνοηθεί η απουσία κοινοτικής ρυθμίσεως στον τομέα αυτό και να εφαρμοσθούν κατ' αναλογία οι συγκεκριμένοι και δεσμευτικοί κανόνες τους οποίους προβλέπει η οδηγία 89/665.

142. Δεύτερον, νομίζω ότι είναι δύσκολο να εκτιμηθούν κατά τον ίδιο τρόπο οι συνέπειες που θα πρέπει να εξαχθούν από παράβαση της υποχρεώσεως διαφάνειας στο πλαίσιο δημόσιας συμβάσεως και στο πλαίσιο συμβάσεως παραχωρήσεως δημοσίων υπηρεσιών. Πράγματι, στην τελευταία αυτή περίπτωση, οι κυρώσεις δεν πρέπει να έχουν ως αντικείμενο μόνο την εξασφάλιση της τηρήσεως της νομιμότητας ή της αποδοκιμασίας της υπαίτιας συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής, αλλά έχουν επίσης, και κυρίως, ως αντικείμενο την εξασφάλιση της ομαλής λειτουργίας των δημοσίων υπηρεσιών και την προάσπιση του γενικού συμφέροντος στην ικανοποίηση του οποίου σκοπεί η σύμβαση.

143. Για να μπορεί η διαταγή λήψεως μέτρων αποτροπής να εξασφαλίζει, μεταξύ άλλων, την πλήρη αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου, θα πρέπει να μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο περιπτωσιολογικής εκτιμήσεως από το εθνικό δικαστήριο. Το αντικείμενό της πρέπει να εκτιμάται λαμβανομένων υπόψη όλων των κρίσιμων πτυχών της υποθέσεως, όπως η συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, η φύση της διαπραχθείσας παρανομίας και το σύνολο των συμφερόντων που ενδέχεται να θίγονται, ιδίως δε το γενικό συμφέρον.

144. Στο πλαίσιο της κρινόμενης υποθέσεως, η αρχή ότι το εθνικό δικαστήριο μπορεί να διατάξει τη λήψη μέτρων αποτροπής θεωρείται δεδομένη στη Γερμανία. Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι το εθνικό δικαστήριο μπορεί να ασκήσει την εξουσία αυτή δυνάμει του άρθρου 1004, παράγραφος 1, του γερμανικού αστικού κώδικα

(Bürgerliches Gesetzbuch, στο εξής BGB)[62] σε δύο περιπτώσεις:

— όταν ένα πρόσωπο ζημιώνεται λόγω προσβολής εννόμων συμφερόντων όπως η ζωή, η σωματική ακεραιότητα και η προσωπικότητα, η υγεία, η ελευθερία και η κυριότητα, ή

— όταν ένα πρόσωπο ζημιώνεται λόγω παραβιάσεως «νόμου σχετικού με την προστασία των συμφερόντων του» κατά την έννοια του άρθρου 823, παράγραφος 2, του BGB.

145. Στο πλαίσιο της κρινόμενης διαφοράς εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει αν το εθνικό δικονομικό δίκαιο, και συγκεκριμένα το άρθρο 823, παράγραφος 2, του BGB, επιτρέπει στο αρμόδιο δικαστήριο να διατάξει τη διοίκηση να λάβει μέτρα αποτροπής σε περίπτωση αθετήσεως της υποχρεώσεως διαφάνειας, και συγκεκριμένα να καταγγείλει τη σύμβαση που συνήφθη με τη FES και να μη συναινέσει στην αλλαγή υπεργολάβου[63].

146. Προς τον σκοπό αυτό θα πρέπει, πρώτον, να εκτιμήσει αν η υποχρέωση αυτή αποτελεί «νόμο που αφορά την προστασία των συμφερόντων του» κατά την έννοια της εν λόγω διατάξεως. Όπως εξηγεί το αιτούν δικαστήριο, στις σκέψεις της αποφάσεώς του που αφορούν το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, τούτο ισχύει στην περίπτωση που η υποχρέωση αυτή συνιστά αρχή του εθιμικού δικαίου.

147. Υπενθυμίζω στο αιτούν δικαστήριο ότι η υποχρέωση διαφάνειας συνιστά έκφραση της γενικής αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, η οποία συγκαταλέγεται στις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου και απορρέει άμεσα από τις διατάξεις της Συνθήκης[64]. Γεννά δικαιώματα υπέρ των ιδιωτών και επιβάλλεται σε όλες τις αρχές των κρατών μελών όταν εφαρμόζουν το κοινοτικό δίκαιο. Συνεπώς, οι εθνικές αρχές υποχρεούνται, στο μέτρο του δυνατού, να εφαρμόζουν το δίκαιο αυτό κατά τρόπον ώστε να λαμβάνει υπόψη τις απαιτήσεις που απορρέουν από την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην κοινοτική έννομη τάξη. Στο πλαίσιο της κρινόμενης υποθέσεως, το εθνικό δικαστήριο

62 — Η διάταξη αυτή έχει ως εξής:
«Αν η κυριότητα προσβάλλεται με άλλο τρόπο εκτός από αφαίρεση ή κατακράτηση του πράγματος, ο κύριος δικαιούται να απαιτήσει από εκείνον που προσέβαλε την κυριότητα, να άρει την προσβολή και να την παραλείπει στο μέλλον. Αν υπάρχει κίνδυνος νέας προσβολής της κυριότητας, ο κύριος μπορεί να ζητήσει να διαταχθεί η παράλειψη της προσβολής στο μέλλον».
Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η εν λόγω διάταξη έχει εφαρμοστεί κατ' αναλογία σε άλλες προσβολές (και ιδίως στις προσβολές της ζωής, της σωματικής ακεραιότητας, της προσωπικότητας, της υγείας και της ελευθερίας) και σε ορισμένες παράνομες συμπεριφορές.

63 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις Rodríguez Caballero, προαναφερθείσα (σκέψη 30 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-327/00, Santex (Συλλογή 2003, σ. I-1877, σκέψεις 62 και 63), και της 13ης Μαρτίου 2007, C-432/05, Unibet (Συλλογή 2007, σ. I-2271, σκέψη 44).

64 — Βλ. προαναφερθείσα απόφαση Parking Brixen (σκέψεις 48 και 49).

υποχρεούται να ερμηνεύσει, στο μέτρο του δυνατού, τους εθνικούς κανόνες κατά τρόπο που να αναγνωρίζει στο δικαστή εξουσία να διατάσσει τη λήψη μέτρων αποτροπής τα οποία να εξασφαλίζουν την πλήρη αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου και την προστασία των δικαιωμάτων που αντλεί η προσφεύγουσα από αυτό.

148. Αν το αιτούν δικαστήριο κρίνει ότι η υποχρέωση διαφάνειας συνιστά «νόμο που αφορά την προστασία των συμφερόντων» της προσφεύγουσας, κατά την έννοια του άρθρου 823, παράγραφος 2, του BGB, θα πρέπει να επιβεβαιώσει ότι οι όροι υπό τους οποίους ο εθνικός δικαστής μπορεί να διατάξει τη λήψη μέτρων σε περίπτωση αθετήσεως της υποχρεώσεως διαφάνειας είναι ισοδύναμοι με τους όρους που προβλέπονται στο πλαίσιο διαφοράς βασιζόμενης σε παράβαση του εσωτερικού δικαίου. Θα πρέπει επίσης να επιβεβαιώσει ότι οι όροι αυτοί δεν καθιστούν πρακτικά αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που προβλέπει η κοινοτική νομοθεσία.

149. Στο πλαίσιο της κρινόμενης διαφοράς, σκοπός είναι να εξασφαλιστεί η πλήρης αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου με την επιβολή ουσιαστικών κυρώσεων για τις παραβιάσεις της υποχρεώσεως διαφάνειας και με την αποτροπή επικείμενης παραβιάσεώς της με νέα καταχρηστική εφαρμογή της ρήτρας υπεργολαβίας την οποία προβλέπει το άρθρο 30, IV, της συμβάσεως παραχωρήσεως.

150. Λαμβανομένου υπόψη του σκοπού αυτού, το αιτούν δικαστήριο θα πρέπει να εκτιμήσει αν πρέπει να διατάξει τον Stadt Frankfurt am Main και, ενδεχομένως, την FES να καταγγείλουν τις συμβάσεις που έχουν συναφθεί κατά παράβαση του κοινοτικού δικαίου. Συναφώς, όπως προκύπτει από τη διάταξη περί παραπομπής, το Landegericht Frankfurt am Main υποστηρίζει ότι η παραβίαση της υποχρεώσεως διαφάνειας ενδέχεται να αποτελεί σοβαρό λόγο καταγγελίας της συμβάσεως παραχωρήσεως σύμφωνα με το άρθρο 314 του BGB[65].

151. Λαμβανομένου επίσης υπόψη του σκοπού αυτού, το αιτούν δραστήριο θα πρέπει να εκτιμήσει αν συντρέχει λόγος να διατάξει τη διοίκηση και την FES, υπό συνθήκες ανάλογες με αυτές τις κύριας δίκης, να μην αλλάξουν υπεργολάβο για την προμήθεια και τη συντήρηση των δημοσίων αφοδευτηρίων που θα πρέπει να εγκατασταθούν στους σταθμούς Kornmarkt, Galluswarte και Rödelheim.

152. Κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο αιτούν δικαστήριο ότι, όταν το αρμόδιο εθνικό δικαστήριο διαπιστώνει παραβίαση της υποχρεώσεως

65 — Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, «[κ]άθε συμβαλλόμενος μπορεί να καταγγείλει σύμβαση αορίστου χρόνου για σοβαρό λόγο χωρίς να υποχρεούται να τηρήσει προθεσμία. Σοβαρός λόγος υφίσταται όταν, λαμβανομένων υπόψη των περιστάσεων της υποθέσεως και μετά από στάθμιση των συμφερόντων των συμβαλλομένων, δεν μπορεί να αναμένεται ευλόγως από τον καταγγέλλοντα να διατηρήσει τη συμβατική σχέση μέχρι τη συμφωνηθείσα λύση της ή μέχρι τη λήξη προθεσμίας καταγγελίας».

διαφάνειας στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών, το κοινοτικό δίκαιο, στο παρόν στάδιο εξελίξεώς του, δεν απαιτεί από τα κράτη μέλη να αναγνωρίζουν εξουσία του εθνικού δικαστηρίου να διατάσσει τη λήψη μέτρων αποτροπής από τους διαδίκους. Στην εσωτερική νομοθεσία κάθε κράτους μέλους απόκειται να διευκρινίσει, σύμφωνα με τις κοινοτικές αρχές της ισοτιμίας και της αποτελεσματικότητας, τα δικονομικά μέτρα που θα επιτρέψουν στο αρμόδιο εθνικό δικαστήριο να εξασφαλίσει την πλήρη αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου και την πλήρη εκτέλεση της δικαστικής αποφάσεως που εκδόθηκε σχετικά με την ύπαρξη των δικαιωμάτων τα οποία προβάλλονται με βάση το κοινοτικό δίκαιο.

VI — Πρόταση

153. Κατόπιν όλων των προηγουμένων σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει την εξής απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το Landgericht Frankfurt am Main:

«1) Εφόσον στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών, η ταυτότητα του υπεργολάβου αποτελεί ουσιώδες στοιχείο στο οποίο βασίστηκε η αναθέτουσα αρχή για την παραχώρηση, η υποχρέωση διαφάνειας επιτάσσει στα κράτη μέλη να προκηρύσσουν νέα διαδικασία διαγωνισμού όταν ο παραχωρησιούχος επιθυμεί να προβεί σε αλλαγή υπεργολάβου πριν από την εκτέλεση των πρώτων παροχών και χωρίς να προβάλλει εύλογες αιτίες προς τούτο. Στο αρμόδιο εθνικό δικαστήριο απόκειται να εκτιμήσει αν το όνομα, η φήμη και η τεχνική εμπειρία του υπεργολάβου τον οποίο παρουσίασε η Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH κατά την υποβολή της προσφοράς της απετέλεσαν ουσιώδες στοιχείο στο οποίο βασίστηκε ο Stadt Frankfurt am Main για να της αναθέσει τη σύμβαση παραχωρήσεως.

2) Μια οντότητα μικτού κεφαλαίου, όπως η Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, η οποία έχει συσταθεί στο πλαίσιο συμπράξεως με τον Stadt Frankfurt am Main, αποτελεί "οργανισμό δημοσίου δικαίου" κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β΄, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2001/78/ΕΚ της Επιτροπής, της 13ης Σεπτεμβρίου 2001, εφόσον αποδεικνύεται, αφενός, ότι η οντότητα αυτή ικανοποιεί ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα και, αφετέρου, ότι η διαχείριση και η διεύθυνσή της εξαρτώνται άμεσα από οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως.

Μια τέτοια οντότητα ικανοποιεί ανάγκες γενικού συμφέροντος κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β΄, δεύτερο εδάφιο, πρώτη περίπτωση, της οδηγίας 92/50, όταν έχει επιφορτιστεί με τη συλλογή και την επεξεργασία των αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών στην περιφέρεια του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως. Προκειμένου να εκτιμηθεί αν οι ανάγκες αυτές δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, το αρμόδιο εθνικό δικαστήριο θα πρέπει να αξιολογήσει τους όρους υπό τους οποίους ασκεί τη δραστηριότητά της η Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, και ιδίως την κατάσταση του ανταγωνισμού σε αυτούς τους τομείς.

Μια τέτοια οντότητα εξαρτάται άμεσα από τον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β΄, δεύτερο εδάφιο, τρίτη περίπτωση, της οδηγίας 92/50, όπως τροποποιήθηκε, όταν ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως ελέγχει τη διαχείρισή της και τα διευθυντικά, διοικητικά ή εποπτικά της όργανα. Στο αρμόδιο εθνικό δικαστήριο εναπόκειται, προκειμένου να οριοθετήσει επακριβώς την έκταση στην οποία η διαχείριση της Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH ελέγχεται από τον Stadt Frankfurt am Main, να εκτιμήσει αν ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως μπορεί, μέσω του δικαιώματος αρνησικυρίας που διαθέτει στη γενική συνέλευση ή μέσω της συνθέσεως των εν λόγω οργάνων της επιχειρήσεως, να ασκήσει ενεργό έλεγχο στη διαχείριση της εν λόγω οντότητας και να επηρεάσει κατά τον ίδιο τρόπο τις αποφάσεις της στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων παραχωρήσεως υπηρεσιών.

3) Όταν το αρμόδιο εθνικό δικαστήριο διαπιστώνει παραβίαση της υποχρεώσεως διαφάνειας στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών, το κοινοτικό δίκαιο, στο παρόν στάδιο εξελίξεώς του, δεν απαιτεί από τα κράτη μέλη να αναγνωρίζουν εξουσία του εθνικού δικαστηρίου να διατάσσει τη λήψη μέτρων αποτροπής από τους διαδίκους. Στην εσωτερική νομοθεσία κάθε κράτους μέλους απόκειται να διευκρινίσει, σύμφωνα με τις κοινοτικές αρχές της ισοτιμίας και της αποτελεσματικότητας, τα δικονομικά μέτρα που θα επιτρέψουν στο αρμόδιο εθνικό δικαστήριο να εξασφαλίσει την πλήρη αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου και την πλήρη εκτέλεση της δικαστικής αποφάσεως που εκδόθηκε σχετικά με την ύπαρξη των δικαιωμάτων τα οποία προβάλλονται με βάση το κοινοτικό δίκαιο».