ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ CHRISTINE STIX-HACKL της 12ης Ιανουαρίου 2006 [1]

I — Εισαγωγή

1. Η σχετική με την υπό κρίση υπόθεση διαδικασία για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως αφορά το ζήτημα υπό ποιες προϋποθέσεις σύναψη δημόσιας συμβάσεως συνιστά, όπως αποκαλείται, σύναψη συμβάσεως Quasi-In-House και, συνεπώς, δεν εμπίπτει στην οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών [2] (στο εξής: οδηγία 93/36). Επομένως, πρόκειται για μια ακόμη διαδικασία για την ερμηνεία και την εφαρμογή των κριτηρίων που διαμορφώθηκαν με την απόφαση Teckal [3] και διευκρινίσθηκαν λεπτομερέστερα —τουλάχιστον εν μέρει— στην υπόθεση Stadt Halle [4].

2. Εξάλλου, η διαδικασία αυτή εντάσσεται σε μια σειρά διαδικασιών —σε ορισμένες από τις οποίες έχει εκδοθεί απόφαση [5]—, οι οποίες αφορούν συνάψεις συμβάσεων στον τομέα της παροχής ενέργειας ή της διαθέσεως αποβλήτων από ιταλικούς δήμους.

II — Νομικό πλαίσιο: Κοινοτικό δίκαιο

3. Η οδηγία 93/36 θέτει με το άρθρο 1 αυτής βασικούς κανόνες ως προς το πεδίο της εφαρμογής.

4. Το άρθρο 1, εισαγωγική φράση και στοιχείο α', έχουν ως εξής:

«Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, νοούνται ως:

α) συμβάσεις δημόσιων προμηθειών: οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι συνα-

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

2 — ΕΕ L 199, σ. 1.

3 — Απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, Teckal (Συλλογή 1999, σ. I-8121).

4 — Απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle (Συλλογή 2005, σ. I-1).

5 — Βλ., για παράδειγμα, τη διάταξη της 14ης Νοεμβρίου 2002, C-310/01, Comune di Udine (ΕΕ 2003, C 55), απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 1999, C-108/98, RI.SAN (Συλλογή 1999, σ. I-5219).

πτόμενες εγγράφως μεταξύ ενός προμηθευτή (φυσικού ή νομικού προσώπου), αφενός, και μιας των αναθετουσών αρχών που ορίζονται στο στοιχείο β, αφετέρου, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή την αγορά με δόσεις, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Η παράδοση των εν λόγω προϊόντων δύναται επιπροσθέτως να περιλαμβάνει εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης.»

5. Στις σκέψεις 49 και 50 της αποφάσεως Teckal, το Δικαστήριο διατύπωσε ορισμένες αρχές ως προς την εξαίρεση ορισμένων πράξεων από την εφαρμογή των οδηγιών:

«49 Όσον αφορά την ύπαρξη συμβάσεως, το εθνικό δικαστήριο οφείλει να εξακριβώσει αν υπήρξε σύμβαση μεταξύ δύο διακεκριμένων προσώπων.

50 Συναφώς, σύμφωνα με το άρθρο 1, στοιχείο α΄, της οδηγίας 93/36, αρκεί, κατ' αρχήν, ότι η δημόσια σύμβαση συνήφθη μεταξύ, αφενός, ενός οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως και, αφετέρου, ενός προσώπου το οποίο νομικώς διακρίνεται από τον οργανισμό αυτόν. Διαφορετική περίπτωση συντρέχει μόνον αν, συγχρόνως, ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως ασκεί επί του εν λόγω προσώπου έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και αν το πρόσωπο αυτό πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με τον ή τους οργανισμούς που το ελέγχουν.»

6. Το Δικαστήριο διευκρίνισε περαιτέρω την πρώτη από τις δύο ανωτέρω προϋποθέσεις με τις αποφάσεις του Stadt Halle [6] και Parking Brixen [7].

7. Η οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών [8] (στο εξής: οδηγία 93/38), περιέχει μια, τροποποιηθείσα από την οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών [9], διάταξη για τη σύναψη συμβάσεων με επιχειρήσεις που βρίσκονται σε ορισμένη στενή σχέση με τον αναθέτοντα φορέα.

8. Το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38 ορίζει τα εξής:

«1. Η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις υπηρεσιών:

α) τις οποίες αναθέτει ένας αναθέτων φορέας σε μια συνδεδεμένη επιχείρηση.

6 — Απόφαση C-26/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 4).

7 — Απόφαση της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen (Συλλογή 2005, σ. I-8585).

8 — ΕΕ L 199, σ. 84.

9 — ΕΕ L 134, σ. 1.

β) που ανατίθενται από μια κοινή επιχείρηση, η οποία έχει συσταθεί από πολλούς αναθέτοντες φορείς με σκοπό την άσκηση δραστηριοτήτων κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 2, σε έναν απ' αυτούς τους αναθέτοντες φορείς ή σε επιχείρηση συνδεδεμένη με ένα από αυτούς τους αναθέτοντες φορείς,

εφόσον το 80 % τουλάχιστον του μέσου κύκλου εργασιών που πραγματοποίησε αυτή η επιχείρηση στην Κοινότητα κατά την τελευταία τριετία στον τομέα των υπηρεσιών προέρχεται από την παροχή αυτών των υπηρεσιών στις επιχειρήσεις με τις οποίες συνδέεται.

Όταν η ίδια υπηρεσία ή παρόμοιες υπηρεσίες παρέχονται από περισσότερες από μία επιχειρήσεις συνδεδεμένη με τον αναθέτοντα φορέα, λαμβάνεται υπ' όψη ο συνολικός κύκλος εργασιών στην Κοινότητα που προκύπτει από την παροχή υπηρεσιών εκ μέρους των επιχειρήσεων αυτών.»

III — Τα περιστατικά και η κύρια δίκη

9. Στις 22 Σεπτεμβρίου 2003, ο Δήμος Busto Arsizio προκήρυξε διαγωνισμό για την προμήθεια ενέργειας καθώς και τη συντήρηση, την προσαρμογή και τον τεχνολογικό εκσυγχρονισμό των εγκαταστάσεων θερμάνσεως των κτιρίων του δήμου (το ποσό με βάση τη σύμβαση, περίπου 8 450 000 ευρώ + ΦΠΑ, κατανεμόταν, σε ευρώ, ως εξής: 5 700 000 για την προμήθεια καυσίμων —πετρέλαιο κατά 4/5 και μεθάνιο για το 1/5—, 1 000 000 ευρώ για τη συντήρηση και 1 750 000 ευρώ για τον εξοπλισμό και την προσαρμογή προς τους κανόνες).

10. Ο Δήμος Busto Arsizio (στο εξής: δήμος), με την απόφαση 804 της 21ης Νοεμβρίου 2003, ανέστειλε τη διαδικασία του διαγωνισμού έως τις 10 Δεκεμβρίου 2003, εν αναμονή ενδεχόμενης αποφάσεως για την απ' ευθείας σύναψη της συμβάσεως. Η προσφεύγουσα Carbotermo Spa (στο εξής: Carbotermo) υπέβαλε, στις 22 Νοεμβρίου 2003, την προσφορά της. Το Consorzio Alisei (στο εξής: Alisei) προετοίμασε μεν την τεχνική προσφορά του, πλην όμως δεν την υπέβαλε εντός της αρχικώς ταχθείσας προθεσμίας έως τις 24 Νοεμβρίου 2003, δεδομένου ότι στις 21 Νοεμβρίου 2003 έλαβε την ανακοίνωση του δήμου ότι αναστέλλεται η διαδικασία του διαγωνισμού έως τις 10 Δεκεμβρίου 2003 και, εν συνεχεία, την ανακοίνωση για τη ματαίωση του διαγωνισμού.

11. Με την απόφαση 857 της 10ης Δεκεμβρίου 2003, ο δήμος ματαίωσε τον διαγωνισμό και επιφυλάχθηκε να προβεί με μεταγενέστερη πράξη στην απ' ευθείας ανάθεση του έργου στην AGESP Spa (στο εξής: AGESP).

12. Η AGESP ελέγχεται κατά 100 % από την AGESP Holding Spa [10] η οποία, εξάλλου, είναι ανώνυμη εταιρία της οποίας το μετοχικό κεφάλαιο ανήκει κατά 99,98 % στον δήμο [11]. Τις υπόλοιπες μετοχές κατέχουν μερικοί όμοροι δήμοι της ίδιας επαρχίας.

13. Στις 18 Δεκεμβρίου 2003, πραγματοποιήθηκε η απ' ευθείας σύναψη της εν λόγω συμβάσεως με την AGESP.

14. Η Carbotermo και το Alisei άσκησαν προσφυγή κατά των αποφάσεων αυτών ενώπιον του Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, το οποίο αποφάσισε τη συνεκδίκαση των δύο υποθέσεων και με διάταξη της 27ης Μαΐου 2004, η οποία περιήλθε στη Γραμματεία στις 9 Αυγούστου 2004, υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα ερωτήματα για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως:

1) Συμβιβάζεται με την οδηγία 93/36/ΕΟΚ η απευθείας ανάθεση δημοσίας συμβάσεως προμήθειας καυσίμων για τις εγκαταστάσεις θερμάνσεως κτιρίων που βρίσκονται στην κυριότητα της κοινότητας ή εμπίπτουν στην αρμοδιότητά της, συμβάσεως η οποία αφορά επίσης τη διαχείριση και τη συντήρηση των εν λόγω εγκαταστάσεων (με υπερτερούσα ωστόσο την αξία των προμηθειών), σε ανώνυμη εταιρία της οποίας το κεφάλαιο, στην παρούσα κατάσταση, ελέγχεται εξ ολοκλήρου από άλλη ανώνυμη εταιρία της οποίας ο πλειοψηφών μέτοχος είναι η αναθέτουσα κοινότητα (κατά 99,98 %), δηλαδή σε εταιρία (AGESP) που δεν ελέγχεται απευθείας από τον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως αλλά από άλλη εταιρία (την AGESP Holding) της οποίας το κεφάλαιο κατέχει τώρα κατά το 99,98 % ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως;

2) Πρέπει να τύχει εφαρμογής το άρθρο 13 της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ για να εκτιμηθεί η προϋπόθεση σύμφωνα με την οποία η επιχείρηση με την οποία έχει συναφθεί απευθείας σύμβαση προμηθειών πρέπει να πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς της σε συνεργασία με τον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως που την ελέγχει και μπορεί να γίνει δεκτό ότι η προϋπόθεση αυτή πληρούται όταν η εν λόγω επιχείρηση πραγματοποιεί το μεγαλύτερο μέρος του κύκλου εργασιών της σε συνεργασία με τον οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως που την ελέγχει ή, ενδεχομένως, όταν πραγματοποιεί το μεγαλύτερο μέρος του κύκλου εργασιών της στο έδαφος του εν λόγω οργανισμού;

10 — Κατά το άρθρο 7 του καταστατικού της AGESP «κανένας μέτοχος, με εξαίρεση την ελέγχουσα εταιρία AGESP Holding Spa, δεν μπορεί να κατέχει ποσοστό μεγαλύτερο του 10 % του συνολικού κεφαλαίου της εταιρίας AGESP Holding Spa».

11 — Κατά το άρθρο 6 του καταστατικού της AGESP Holding Spa, η πλειοψηφία των μετοχών προβλέπεται αποκλειστικά για τον δήμο.
Κατά το άρθρο 7 του καταστατικού της AGESP Holding Spa «κανένας ιδιώτης εταίρος δεν μπορεί να κατέχει ποσοστό μεγαλύτερο του 10 % του συνολικού κεφαλαίου της εταιρίας».

IV — Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

15. Ουσιαστικώς, αμφότερα τα προδικαστικά ερωτήματα αφορούν τις δύο σωρευτικές προϋποθέσεις υπό τις οποίες ορισμένες συνάψεις συμβάσεων Quasi-In-House δεν υπάγονται στην οδηγία 93/36 (η αποκαλούμενη εξαίρεση Teckal ή τα αποκαλούμενα κριτήρια Teckal): έλεγχος ανάλογος προς εκείνο που ασκείται επί των ιδίων υπηρεσιών και πραγματοποίηση του ουσιώδους της δραστηριότητας με αυτόν που έχει τον έλεγχο. Όταν πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις, δεν μπορούν να εφαρμοσθούν οι διατάξεις της οδηγίας, όπως για παράδειγμα η τήρηση ορισμένων διαδικαστικών διατάξεων.

16. Διευκρινιστικώς τονίζεται ότι γι' αυτή τη διαδικασία καθοριστική είναι η παλαιά νομική κατάσταση, όχι επομένως η νέα κατά το, όπως αποκαλείται, νομοθετικό πακέτο.

V — Προκαταρτική παρατήρηση

17. Η διαδικασία αυτή, όπως και οι προηγούμενες, δείχνει ότι τα κριτήρια Teckal συνίστανται σε μια σειρά αορίστων εννοιών, που θέτουν πολλά νομικά ζητήματα και δημιουργούν πολλές δυσχέρειες οριοθετήσεως. Υπό το φως αυτών των δεδομένων, ανακύπτει το ερώτημα πώς το Δικαστήριο μπορεί ακριβέστερα να εξασφαλίσει τη νομική σαφήνεια και κατ' αυτόν τον τρόπο να δημιουργήσει για τους ενδιαφερομένους ασφάλεια δικαίου: Μια δυνατότητα θα ήταν να μην εξειδικεύει μόνον κατά περίπτωση τη νομολογία του, αλλά να τη διευκρινίζει με γενικότερο απ' ό,τι μέχρι τούδε τρόπο. Μια άλλη λύση θα ήταν να εξαλείψει μέσω γενικής αναθεωρήσεως της νομολογίας τις αβεβαιότητες που δημιούργησε η εξαίρεση Teckal. Τον Νοέμβριο του 1999, το Δικαστήριο άνοιξε με την απόφασή του Teckal τη θύρα για εξαιρέσεις από την οδηγία. Παραμένει ασαφές πάντως το πόσο μεγάλο είναι αυτό το άνοιγμα.

18. Η προκείμενη διαδικασία δείχνει ότι το γεγονός αυτό έχει επίσης επίδραση σε εθνικά ανώτατα δικαστήρια, όπως το ιταλικό Consiglio di Stato. Πράγματι, σύμφωνα με τη διάταξη περί παραπομπής, οι τεθείσες από το Consiglio di Stato κατευθυντήριες γραμμές για τη σύναψη συμβάσεων Quasi-In-House ανάγονται σε μια απόφαση του Δικαστηρίου [12]. Το αν αντιθέτως τα νομολογιακά αυτά δεδομένα ανταποκρίνονται προς τη νομολογία του Δικαστηρίου δεν χρειάζεται να εξετασθεί εδώ. Εν πάση περιπτώσει, η κύρια δίκη, όπως και άλλες διαδικασίες σε άλλα κράτη μέλη, δείχνουν ότι προδήλως η νομολογία του Δικαστηρίου δεν περιέχει καμία σαφή ένδειξη για τους οικείους οικονομικούς κύκλους και τα δικαστήρια των κρατών μελών.

12 — Διάταξη στην υπόθεση C-310/01 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 5).

19. Προκειμένου να διευκολύνω το Δικαστήριο στην επιλογή μεταξύ διαφόρων εναλλακτικών δυνατοτήτων, θα διευκρινίσω στη συνέχεια, παρά τους ενδοιασμούς που εξέφρασα, με γενικότερο τρόπο την εξαίρεση Teckal. Παραμένει έτσι ανοιχτή στο Δικαστήριο η άλλη επιλογή.

VI — Πρώτο κριτήριο: έλεγχος ανάλογος προς εκείνον που ασκείται επί των ιδίων υπηρεσιών

20. Η προκείμενη διαδικασία εμφανίζει πολλές ιδιομορφίες, οι οποίες τη διακρίνουν πλήρως από άλλες διαδικασίες, που είτε είναι εκκρεμείς είτε έχει εκδοθεί απόφαση σ' αυτές και αφορούν τις αποκαλούμενες Public-Private-Partnerships (στο εξής: PPP).

21. Διαφορετικά απ' ό,τι συνέβαινε στην υπόθεση Stadt Halle, δεν υφίσταται εν προκειμένω, όπως συνάγεται από τη δικογραφία, συμμετοχή ιδιωτικών επιχειρήσεων. Εξάλλου, στη διαδικασία αυτή πρόκειται για ένα διαφορετικό από της υποθέσεως Stadt Halle μόρφωμα του δικαίου των εταιριών, συγκεκριμένα δε για ανώνυμη εταιρία. Σε αντίθεση πάλι προς τις υποθέσεις Parking Brixen [13] ή Teckal, στη διαδικασία αυτή η σύναψη συμβάσεως πραγματοποιήθηκε όχι με θυγατρική εταιρία, αλλά με μια «εγγονή» του οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως.

13 — Απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7).

A — *Η νομική σημασία εμμέσων συμμετοχών*

22. Το πρώτο στοιχείο που χαρακτηρίζει την υπό κρίση περίπτωση αφορά, όπως και στην υπόθεση Stadt Halle, το γεγονός ότι η σύναψη της συμβάσεως δεν πραγματοποιήθηκε άμεσα με τον φορέα στον οποίο συμμετέχει άμεσα ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως.

23. Σ' αυτή την αλληλουχία, τίθεται το ζήτημα αν τα κριτήρια Teckal έχουν καταρχήν εφαρμογή σε συγκυρίες στις οποίες υπάρχει έμμεση συμμετοχή, δηλαδή αν από τις οδηγίες για τη σύναψη συμβάσεων εξαιρούνται επίσης περιπτώσεις κατά τις οποίες το δημόσιο, προς το οποίο παρέχεται η υπηρεσία, συμμετέχει στον οικείο οργανισμό μόνο μέσω άλλης εταιρίας.

24. Η Επιτροπή και η Πολωνική Κυβέρνηση αρνούνται απολύτως, για λόγους αρχής, τη δυνατότητα μιας τέτοιας ερμηνείας.

25. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου δεν μπορεί να συναχθεί καμία σαφής ένδειξη ως

προς αυτό το ζήτημα. Αυτό ισχύει και μετά την έκδοση της αποφάσεως Brixen.

26. Υπέρ του καταρχήν παραδεκτού της εφαρμογής των κριτηρίων Teckal στις περιπτώσεις επίσης έμμεσης συμμετοχής συνηγορεί το ότι στην υπόθεση ακριβώς Stadt Halle το Δικαστήριο εξέτασε αντιστοίχως αν πληρούνται οι προϋποθέσεις για αμφότερα τα κριτήρια Teckal. Από αυτό θα μπορούσε να συναχθεί μια καταρχήν σιωπηρή αναγνώριση.

27. Η διατύπωση της αποφάσεως Stadt Halle φαίνεται αντιθέτως να δείχνει προς την άλλη κατεύθυνση. Συγκεκριμένα, στη σκέψη 49 εκτίθενται τα εξής: «[...] πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς του με τη δημόσια αρχή ή με τις δημόσιες αρχές που τον ελέγχουν». Από αυτό θα μπορούσε να συναχθεί ότι η ανταλλαγή παροχών πρέπει να πραγματοποιείται άμεσα μεταξύ της αναθέτουσας αρχής, ως κατόχου των μεριδίων συμμετοχής, και του οργανισμού του οποίου η αναθέτουσα αρχή κατέχει τα μερίδια συμμετοχής.

28. Δεδομένου όμως ότι η έκφραση αυτή αναφέρεται ρητώς στο δεύτερο κριτήριο, δηλαδή στο κύριο μέρος της δραστηριότητας, θα μπορούσε βεβαίως να συναχθεί ότι η απόφαση Teckal δεν περιέχει ρητώς καμία ένδειξη για το αν ενδεχομένως και έμμεσες συμμετοχές μπορούν να πληρούν το πρώτο κριτήριο.

29. Το γεγονός ότι η βάση της υποθέσεως Teckal συνίστατο σε μια συγκυρία μεικτής δημόσιας συμμετοχής και ότι το Δικαστήριο αναγνώρισε εμμέσως τέτοιες συγκυρίες μέσω των αποκαλούμενων κριτηρίων Teckal συνηγορεί αντιθέτως, καταρχήν, υπέρ του ότι μπορεί να περιλαμβάνονται και έμμεσες συμμετοχές. Προϋπόθεση πάντως αποτελεί το ότι το κριτήριο του ελέγχου πρέπει να υφίσταται σε όλα τα επίπεδα συμμετοχής.

30. Ως προς αυτό το κριτήριο, σημασία έχει, κατά την απόφαση Parking Brixen, το ότι υφίσταται η δυνατότητα «καθοριστικής επιρροής [που] να καλύπτει τόσο τους στρατηγικούς στόχους όσο και τις σημαντικές αποφάσεις της εταιρίας». Συναφώς, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το σύνολο των ασκούντων επιρροή νομικών διατάξεων και ουσιωδών περιστατικών [14]. Πάντως, κατά την εν λόγω απόφαση, δεν φαίνεται αναγκαίο να ασκείται πράγματι η επιρροή αυτή.

B — *Η νομική σημασία επιχειρήσεων μεικτής δημόσιας συμμετοχής*

1. Βασικές παρατηρήσεις

31. Τα περιστατικά της κύριας δίκης εμφανίζουν μια ακόμη ιδιομορφία που τα διαφο-

14 — Απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψη 65.

ροποιούν από αυτά της υποθέσεως Stadt Halle. Πράγματι σ' αυτή τη διαδικασία δεν πρόκειται για οργανισμό μεικτής οικονομίας, αλλά για οργανισμό, ακριβέστερα για τη μητρική του εταιρία, στον οποίο δεν συμμετέχουν ιδιωτικές επιχειρήσεις. Αυτό δεν συνάγεται μεν από την ίδια τη διάταξη περί παραπομπής, πλην όμως προκύπτει από τα λοιπά στοιχεία της δικογραφίας. Εξάλλου, η συμμετοχή άλλων αφορά μερίδιο συμμετοχής 0,02 %. Δεδομένου ότι το υπόλοιπο αυτό ποσοστό κατέχουν άλλοι δήμοι, ήτοι δημόσιοι φορείς, πρόκειται για επιχείρηση μικτής δημόσιας συμμετοχής ή για μια, όπως αποκαλείται, «Public-Public-Partnership».

32. Αν η συγκυρία την οποία αφορά η προκείμενη διαδικασία ενταχθεί στο πλαίσιο της μέχρι τούδε νομολογίας του Δικαστηρίου, προκύπτει η ακόλουθη εικόνα: Αφενός μεν, εμφαίνεται μια ουσιώδης διαφορά από την υπόθεση Stadt Halle, στην οποία επρόκειτο για έναν οργανισμό μεικτής οικονομίας, αφετέρου δε, καθίσταται σαφής η παραλληλία με την υπόθεση Teckal, η οποία αφορούσε έναν οργανισμό μεικτής δημόσιας συμμετοχής. Ο οργανισμός, που στη δεύτερη αυτή υπόθεση θα έπρεπε να εκτελέσει τη σύμβαση προμήθειας, δηλαδή η AGAC, είχε μεν χωριστή νομική προσωπικότητα, πλην όμως η σύστασή της αναγόταν στην πρωτοβουλία περισσοτέρων δήμων.

33. Υπέρ της εφαρμογής της εξαιρέσεως Teckal σε οργανισμούς μεικτής δημόσιας συμμετοχής συνηγορεί, εκτός από την απόφαση Teckal, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, και το γεγονός ότι το Δικαστήριο θεώρησε σημαντικό με την απόφαση Stadt Halle [15] το ότι ιδιωτικές επιχειρήσεις επιδιώκουν συμφέροντα διαφορετικά απ' ό,τι οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοικήσεως.

34. Στην προκείμενη διαδικασία, εντούτοις, πρόκειται μόνο για τη συμμετοχή δήμων και όχι για συμφέροντα ιδιωτών. Δεδομένου ότι οι δήμοι επιδιώκουν σκοπούς δημοσίου συμφέροντος, θα ήταν δυνατό, τουλάχιστον εκ πρώτης όψεως, να θεωρηθεί ότι πληρούται το κριτήριο του ελέγχου, ακόμη και κατά την αυστηρή του εκδοχή. Αυτό ισχύει, εν πάση περιπτώσει, αν η προϋπόθεση της συμπτώσεως συμφερόντων [16] μπορεί να θεωρηθεί δεδομένη ακριβώς ως εκ της ανυπαρξίας ιδιωτικών συμφερόντων. Ασφαλώς δεν αποκλείεται, και αυτό επιβεβαιώνεται από τη δράση των δήμων ως συμμετεχόντων στον οικονομικό βίο, ότι και οι δήμοι μπορούν να εκπροσωπούν διάφορα συμφέροντα. Σ' αυτή την περίπτωση δεν υφίσταται πλέον σύμπτωση συμφερόντων.

35. Συναφώς, τέλος, δεν πρέπει επίσης να αποσιωπηθεί ότι στην υπόθεση Teckal επρόκειτο για μια, όπως αποκαλείται, «azienda municipalizzata» και όχι, όπως εν προκειμένω, για ανώνυμη εταιρία. Θα επανέλθω στη σημασία του μορφώματος του εταιρικού δικαίου.

15 — Απόφαση C-26/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 4), σκέψη 50.

16 — Βλ. την προσέγγιση του ζητήματος από τη γενική εισαγγελέα Kokott με τις προτάσεις της της 1ης Μαρτίου 2005 στην υπόθεση C-458/03 (απόφαση παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σημείο 74 επ.

36. Η απάντηση όμως στο ερώτημα πώς πρέπει να αντιμετωπίζονται οργανισμοί μεικτής δημόσιας συμμετοχής πρέπει να δοθεί επίσης υπό το φως της ρητώς επιβεβαιωθείσας με την απόφαση Stadt Halle ερμηνευτικής αρχής, κατά την οποία κάθε εξαίρεση από την υποχρέωση εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικώς [17].

37. Το Δικαστήριο όμως, ακόμη και με την απόφαση Stadt Halle, στην οποία δεν επρόκειτο για τη συμμετοχή περισσοτέρων κατόχων μεριδίων, επιβεβαίωσε την καταρχήν δυνατότητα εφαρμογής της εξαιρέσεως Teckal σε οργανισμούς με περισσότερους κατόχους μεριδίων συμμετοχής. Αυτό γίνεται αντιληπτό από το ότι το Δικαστήριο [18] όχι μόνον επανέλαβε κατά λέξη την εξαίρεση Teckal, αλλά και υπενθύμισε ότι στην υπόθεση Teckal ο οργανισμός ελεγχόταν «από δημόσιες αρχές». Συνεπώς, το Δικαστήριο δεν έκανε εν προκειμένω χρήση του πληθυντικού μόνο σε σχέση με το δεύτερο κριτήριο της εξαιρέσεως Teckal.

38. Συνάγεται, επομένως, ότι ακόμη και οργανισμοί που έχουν περισσότερους κατόχους μεριδίων συμμετοχής θα μπορούσαν, καταρχήν, να εμπίπτουν στην εξαίρεση.

39. Πάντως, για την εφαρμογή της εξαιρέσεως Teckal στην παρούσα συγκυρία πρέπει να γίνει ένα ακόμη βήμα, διότι εδώ, επιπροσθέτως, πρόκειται για έμμεση συμμετοχή. Φρονώ ότι η δυνατότητα εφαρμογής της εξαιρέσεως Teckal σε μια τέτοια επίσης συγκυρία δεν μπορεί γενικώς και αφηρημένως να αποκλεισθεί εκ των προτέρων.

40. Αντιθέτως, πρέπει και εδώ να εξετασθεί αν πληρούται συγκεκριμένα το κριτήριο του ελέγχου. Συναφώς, πρέπει να υπενθυμισθεί το κριτήριο που έθεσε το Δικαστήριο στο πλαίσιο της υποθέσεως Parking Brixen. Κατ' αυτό, σημασία έχει αν ο ελεγχόμενος οργανισμός έχει σε ορισμένο μόνο βαθμό αυτονομία [19], συγκεκριμένα δε έναντι των κατεχόντων μερίδια συμμετοχής σ' αυτόν [20].

41. Δεδομένου ότι εν προκειμένω υφίσταται, μάλιστα δε βάσει του καταστατικού, η δυνατότητα συμμετοχής ιδιωτών, πρέπει να εξετασθεί, σε σχέση με το κριτήριο του ελέγχου, αν ένα μελλοντικό άνοιγμα του εταιρικού κεφαλαίου σε ιδιώτες έχει σημασία από νομικής απόψεως.

42. Ως προς το άνοιγμα του εταιρικού κεφαλαίου σε ιδιώτες, μπορεί να γίνει διάκριση ανάλογα με το αν η συμμετοχή ιδιωτών είναι κατά νόμο απλώς δυνατή ή και υποχρεωτική. Όσον αφορά την πρώτη κατη-

17 — Απόφαση C-26/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 4), σκέψη 46.

18 — Απόφαση C-26/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 4), σκέψη 49.

19 — Απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψη 70.

20 — Απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψη 68.

γορία περιπτώσεων, θα μπορούσε περαιτέρω να γίνει διάκριση ανάλογα με το αν πράγματι έγινε μεταγενέστερα χρήση της δυνατότητας —εκ των προτέρων αποκλείεται εν προκειμένω η κατηγορία περιπτώσεων του εξ αρχής ανοίγματος, επομένως η συγκυρία που υφίστατο στην υπόθεση Stadt Halle— ή όχι.

43. Συναφώς, η Επιτροπή υποστήριξε την άποψη ότι ακόμη και μια εν δυνάμει συμμετοχή ιδιωτών, όπως αυτή προκύπτει, για παράδειγμα, από το καταστατικό μιας καφαλαιουχικής εταιρίας, συνηγορεί υπέρ του ότι δεν πληρούται το κριτήριο του ελέγχου.

44. Υπέρ της απορρίψεως αυτής της υποστηριζόμενης από την Επιτροπή απόλυτης απόψεως συνηγορούν καταρχάς εκτιμήσεις αναγόμενες σε λόγους αρχής. Συγκεκριμένα, ο νομικός χαρακτηρισμός σχεδίων PPP θα εξηρτάτο από απλώς και μόνον ενδεχόμενες μελλοντικές εξελίξεις. Το αν αυτές πράγματι επισυμβούν δεν θα ασκούσε εντούτοις επιρροή. Μια τέτοια προσέγγιση, εκτιμώμενη με γνώμονα το σύστημα των οδηγιών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, είναι κάτι το καινοφανές. Επιπροσθέτως, μάλιστα, θα μπορούσε κατά το δίκαιο του οικείου κράτους μέλους να μην επιτρέπει το καταστατικό την απαγόρευση μεταβιβάσεως μεριδίων συμμετοχής σε ιδιώτες.

45. Βεβαίως, η θεμελιώδης στις οδηγίες για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων αρχή της προστασίας από καταστρατηγήσεις επιβάλλει, αντιθέτως, να λαμβάνονται παρά ταύτα υπόψη ορισμένα γεγονότα που συμβαίνουν μετά την ανάθεση των έργων, δηλαδή μετά την κατακύρωση. Αυτό αφορά ιδίως την κατηγορία περιπτώσεων, όπου δεν πραγματοποιήθηκε άνοιγμα κατά το χρονικό σημείο της συνάψεως της συμβάσεως, πλην όμως υφίστατο ήδη ένα σχετικό με αυτό σχέδιο.

46. Το ζήτημα είναι αν η απόφαση στην υπόθεση Parking Brixen επιφέρει κάποια μεταβολή σ' αυτή την εκτίμηση. Υπέρ της αρνητικής απαντήσεως συνηγορεί το ότι στην υπόθεση εκείνη, σε αντίθεση προς την υπό κρίση, προβλεπόταν υποχρεωτικά το άνοιγμα της εταιρίας σε ξένα κεφάλαια και αποτελούσε ένα μόνον από τα πέντε ουσιώδη για τη σχετική εκτίμηση χαρακτηριστικά στοιχεία [21]. Πάντως, αυτό δεν αποκλείει βεβαίως ότι, ακόμη και το ενδεχόμενο άνοιγμα —αν και μόνον από κοινού με άλλες ιδιομορφίες που είναι χαρακτηριστικές της συγκυρίας που υφίσταται στην κύρια δίκη—, μπορεί να έχει ως συνέπεια να μην επιτυγχάνεται σ' αυτή τη συγκυρία ένας ελάχιστος βαθμός ελέγχου. Επομένως, πρέπει ακόμη να εξετασθούν αυτές οι άλλες ιδιομορφίες, καθώς και η σημασία τους σε σχέση με τον έλεγχο.

47. Πράγματι, σ' αυτή την αλληλουχία, είναι απαραίτητο να αναφερθεί η συγκυρία που αποτέλεσε τη βάση μιας διαδικασίας λόγω παραβάσεως κράτους μέλους, η οποία κινήθηκε κατά της Δημοκρατίας της Αυστρίας [22] και η πρόσφατη νομική κρίση του Δικαστηρίου στην υπόθεση αυτή.

21 — Απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψη 67.

22 — Απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2005, C-29/04, Επιτροπή κατά Αυστρίας (Συλλογή 2005, σ. I-9705).

48. Στην υπόθεση Επιτροπή κατά Αυστρίας, επρόκειτο για την ανάθεση της διαθέσεως αποβλήτων από τον Δήμο Mödling σε μια εταιρία περιορισμένης ευθύνης, δηλαδή από ένα δήμο σε μια κατά 100 % θυγατρική εταιρία. Δύο περίπου εβδομάδες μετά την ανάθεση του έργου, ο δήμος αποφάσισε να μεταβιβάσει το 49 % των μεριδίων σε μια ιδιωτική επιχείρηση. Η μεταβίβαση αυτή, εξάλλου, πραγματοποιήθηκε μετά από δύο περίπου εβδομάδες. Η εκτέλεση της ανατεθείσας δραστηριότητας άρχισε ομοίως μετά μερικές εβδομάδες.

49. Με την επί της υποθέσεως αυτής απόφασή του της 10ης Νοεμβρίου 2005, το Δικαστήριο τόνισε ότι όλες οι φάσεις πρέπει να εκτιμηθούν συνολικώς και σε σχέση με τον σκοπό τους και όχι μεμονωμένως [23]. Το γεγονός αυτό συνηγορεί υπέρ του ότι πρέπει να λαμβάνονται επίσης υπόψη μεταγενέστερες της αναθέσεως των έργων εξελίξεις, όπως επίσης τονίζει ρητώς το Δικαστήριο στην εν λόγω υπόθεση [24]. Στην εν λόγω όμως υπόθεση, σε αντίθεση προς την προκείμενη, επρόκειτο για πράγματι επελθούσες εξελίξεις. Πράγματι, στην εν λόγω υπόθεση είχε ήδη γίνει χρήση της δυνατότητας ανοίγματος της εταιρίας σε συμμετοχή ιδιωτών. Κατά το χρονικό σημείο της εκτιμήσεως του συνόλου των γεγονότων είχε ήδη πραγματοποιηθεί το άνοιγμα.

50. Αντιθέτως, εν προκειμένω, δεν μπορεί να συναχθεί από τα στοιχεία της δικογραφίας αν και, σε καταφατική περίπτωση, πότε πραγματοποιήθηκε μεταβίβαση μεριδίων σε ιδιώτες ή αν υφίσταντο σχέδια γι' αυτόν τον σκοπό. Υπ' αυτή τη θεώρηση, ούτε η απόφαση Parking Brixen ούτε η απόφαση Επιτροπή κατά Αυστρίας παρέχουν επαρκή ένδειξη για το ότι αρκεί απλώς η δυνατότητα του ανοίγματος της εταιρίας σε ιδιώτες.

51. Επομένως, μπορεί να ληφθεί ως βάση ότι η μέχρι τούδε νομολογία δεν αποκλείει καταρχήν από την εξαίρεση Teckal οργανισμούς μεικτής δημόσιας συμμετοχής. Κατά συνέπεια, πρέπει στη συνέχεια να εκτεθούν οι όροι που πρέπει να πληρούνται σε τέτοιες καταστάσεις.

2. Οι επί μέρους όροι

52. Οι όροι υπό τους οποίους συνάψεις συμβάσεων με οργανισμούς μεικτής δημόσιας συμμετοχής μπορούν να εμπίπτουν στην εξαίρεση Teckal αφορούν τη σχέση μεταξύ του οικείου οργανισμού και των δημοσίων φορέων που κατέχουν άμεσα ή έμμεσα τα μερίδια συμμετοχής.

23 — Απόφαση C-29/04 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 22), σκέψη 41.

24 — Απόφαση C-29/04 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 22), σκέψη 38.

53. Εκ προοιμίου, πρέπει να απορριφθεί το προβληθέν στο πλαίσιο της διαδικασίας επιχείρημα ότι η εξαίρεση Teckal καλύπτει μόνον τις, όπως αποκαλούνται, «διοργανικές ή οργανωτικές μεταβιβάσεις εξουσιών» ή διαρθρωτικά σχήματα του οργανωτικού μηχανισμού ενός οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου δεν μπορεί να συναχθεί καμία ένδειξη αναφοράς σε τέτοιες κατηγορίες.

54. Στην αλληλουχία αυτή, το Δικαστήριο υιοθετεί γενικώς, ιδίως επίσης με την απόφαση Parking Brixen, μια ουσιαστική και όχι μια τυπική θεώρηση. Συγκεκριμένα, σημασία έχει, όπως θα καταδειχθεί ακριβέστερα κατωτέρω, η διαμόρφωση της σχέσεως μεταξύ των συμμετεχόντων. Ειδικότερα, λαμβάνονται συναφώς υπόψη γενικές και αφηρημένες διατάξεις, όπως το εθνικό δίκαιο των εταιριών, και η συγκεκριμένη διαμόρφωση, όπως για παράδειγμα το καταστατικό του οικείου οργανισμού [25].

55. Στην προκείμενη διαδικασία, ο οργανισμός που πρέπει να παράσχει την υπηρεσία δεν είναι, σε αντίθεση προς την περίπτωση της υποθέσεως Stadt Halle, εταιρία περιορισμένης ευθύνης γερμανικού δικαίου, αλλά ανώνυμη εταιρία ιταλικού δικαίου (Spa).

56. Εφαρμοστέες είναι εν προκειμένω οι σχετικές διατάξεις του Codice civile (στο εξής: C.C.).

57. Διαφορά υφίσταται επίσης ως προς τον υπό κρίση στην υπόθεση Teckal οργανισμό. Ενώ η διαδικασία εκείνη είχε ως αντικείμενο τη νομική μορφή ενός όπως αποκαλείται «azienda municipalizzata», η προκείμενη διαδικασία αφορά ακριβώς έναν οργανισμό, δηλαδή την AGESP, που ναι μεν ενεργούσε αρχικώς με την αναφερθείσα νομική μορφή, πλην όμως μετατράπηκε με την απόφαση 148 της 24ης Σεπτεμβρίου 1997 σε ανώνυμη εταιρία.

58. Οι ανώνυμες εταιρίες διαθέτουν κατά το ιταλικό επίσης δίκαιο μεγαλύτερη αυτοτέλεια απ' ό,τι οι εταιρίες περιορισμένης ευθύνης.

59. Φρονώ ότι δεν αρκεί μια αφηρημένη εξέταση των κατά τον C.C. υφισταμένων για τους κατόχους μεριδίων συμμετοχής δυνατοτήτων επιρροής σε ανώνυμες εταιρίες και των δυνατοτήτων τους επιρροής στις θυγατρικές τους εταιρίες. Αντιθέτως, όπως εξέθεσα προηγουμένως, σημασία έχει η διαμόρφωση της σχέσεως μεταξύ μάμμης και μητρικής εταιρίας, καθώς και μητρικής και θυγατρικής εταιρίας [26].

25 — Έτσι στην απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψεις 66 επ.

26 — Βλ. τις προτάσεις μου στην υπόθεση C-26/03 (απόφαση παρατεθείσα στην υποσημείωση 4), σημείο 65.

60. Επομένως, η νομική μορφή της ανώνυμης εταιρίας, π.χ. ιταλικού δικαίου, δεν «βλάπτει» καθεαυτή. Αυτό εξάλλου συνάγεται από την απόφαση στην υπόθεση Parking Brixen, στην οποία ομοίως επρόκειτο για μια ανώνυμη εταιρία ιταλικού δικαίου. Το γεγονός και μόνον ότι το Δικαστήριο θεώρησε ότι τούτο δεν αρκεί για να συναχθεί η αυτοτέλεια της επιχειρήσεως και, επομένως, η έλλειψη του ελέγχου συνηγορεί υπέρ του ότι η νομική μορφή μιας ιταλικής ανώνυμης εταιρίας δεν αποκλείει καθεαυτή την ύπαρξη επαρκούς ελέγχου.

61. Πάντως, η μετατροπή μιας δημοτικής επιχειρήσεως σε ανώνυμη εταιρία συνιστά τουλάχιστον μία από τις πολλές περιστάσεις, η οποία πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά την εκτίμηση της αυτοτέλειας [27].

62. Ως προς την εξέταση της συγκεκριμένης διαμορφώσεως, σημασία έχουν εν πάση περιπτώσει οι συγκεκριμένες εξουσίες των εκάστοτε κατόχων μεριδίων συμμετοχής και όχι η κατ' ουσίαν πραγματική τους άσκηση [28]. Την άποψη αυτή έχει πλέον επιβεβαιώσει το Δικαστήριο στην υπόθεση Parking Brixen, όπου εξέτασε το καταστατικό της οικείας ανώνυμης εταιρίας [29].

63. Εξάλλου, τα δικαιώματα ελέγχου του ή των κατόχων μεριδίων συμμετοχής δεν είναι αναγκαίο να αφορούν μόνον αποφάσεις για τη σύναψη συμβάσεως, γενικώς, ή μια απόφαση για τη συγκεκριμένη σύναψη συμβάσεως, ειδικώς [30], αλλά πρέπει επίσης να εκτείνονται στην όλη διαχείριση.

64. Ως προς τα μέσα του ελέγχου, πρόκειται κατά κανόνα για διευθυντικά δικαιώματα και εξουσίες εποπτείας, καθώς και για δικαιώματα διορισμών. Συναφώς, πρέπει να λαμβάνεται ως βάση η αρχή ότι σημασία έχουν οι δυνατότητες επιρροής και, επομένως, όχι μόνο νομικές διατάξεις [31].

65. Καταλήγοντας, πρέπει ακόμη να εξετάσω το προβληθέν κατά τη διαδικασία επιχείρημα, ότι η εκτίμηση μιας πράξεως προμηθείας και η εφαρμογή της εξαιρέσεως Teckal εξαρτώνται από τη συμπεριφορά των μερών, δηλαδή του ελέγχοντος και του ελεγχόμενου οργανισμού, κατά τη συγκεκριμένη σύναψη συμβάσεως.

66. Επομένως, από τη συμπεριφορά των μετεχόντων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, πρωτίστως του οργανισμού μεικτής

27 — Απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψη 67.

28 — Βλ. τις προτάσεις μου στην υπόθεση C-26/03 (απόφαση παρατεθείσα στην υποσημείωση 4), σημείο 76.

29 — Απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψεις 66 επ.

30 — Βλ. τις προτάσεις μου στην υπόθεση C-26/03 (απόφαση παρατεθείσα στην υποσημείωση 4), σημείο 77.

31 — Απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψη 65.

δημόσιας συμμετοχής, θα ήταν δυνατό να συναχθεί η ανεξαρτησία τους από την αναθέτουσα αρχή.

67. Συναφώς, στο πλαίσιο της προκειμένης διαδικασίας, αναφέρθηκε κυρίως το περιεχόμενο της συμβάσεως. Ειδικότερα, η περιεχόμενη σ' αυτή ποινική ρήτρα για τη μη επίτευξη ορισμένων στόχων θα πρέπει να αξιολογηθεί ως ένδειξη της αυτοτέλειας της AGESP.

68. Δεδομένου ότι το κριτήριο του ελέγχου αφορά τη δυνατότητα επιρροής στην όλη διαχείριση, είναι δυνατόν η συμπεριφορά του υπό εξέταση οργανισμού να μην είναι αποφασιστικής σημασίας σε μια συγκεκριμένη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως. Πράγματι, αυτό θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια ο ίδιος οργανισμός να εμπίπτει στην εξαίρεση Teckal στο πλαίσιο μιας πράξεως προμηθείας, ενώ στο πλαίσιο μιας άλλης όχι. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου, πάντως, δεν συνάγεται μια τέτοια κατά περίπτωση μέθοδος θεωρήσεως. Αντιθέτως, το Δικαστήριο συνδέει την αξιολόγηση της σχέσεως και, επομένως, την ύπαρξη του κριτηρίου του ελέγχου με στοιχεία που ανάγονται στο πρόσωπο των μερών.

69. Η συγκεκριμένη έρευνα του αν οι γενικές και αφηρημένες διατάξεις του εθνικού δικαίου και η συγκεκριμένη διαμόρφωση του καταστατικού της οικείας εταιρίας, εν προκειμένω ιδίως του άρθρου 19, διασφαλίζουν επαρκή έλεγχο αφορά την εκτίμηση μιας συγκεκριμένης περιπτώσεως. Το ζήτημα αυτό και η ερμηνεία του εθνικού δικαίου είναι εντούτοις, σύμφωνα με την κατά το άρθρο 234 ΕΚ κατανομή αρμοδιοτήτων, έργο όχι του Δικαστηρίου, αλλά του εθνικού δικαστή.

Γ — *Προσωρινό συμπέρασμα*

70. Το κριτήριο του αναλόγου προς εκείνον που ασκείται επί των ιδίων υπηρεσιών ελέγχου μπορεί καταρχήν να πληρούται και στην περίπτωση επιχειρήσεων μεικτής δημόσιας συμμετοχής. Η εκτίμηση της περιπτώσεως της κύριας δίκης εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο, Αυτό οφείλει, όσον αφορά την εν προκειμένω συγκυρία, να λάβει υπόψη τα ακόλουθα στοιχεία:

— τα υφιστάμενα συμφέροντα των κατόχων μεριδίων συμμετοχής,

— τη μετατροπή του «azienda municipalizzata» σε ανώνυμη εταιρία,

— το μη υποχρεωτικώς προβλεπόμενο και ούτε πραγματοποιηθέν άνοιγμα της εταιρίας σε ξένο κεφάλαιο,

— τη δυνατότητα της AGESP να ιδρύει υποκαταστήματα ακόμη και στην αλλοδαπή,

— την έκταση της δυνατότητας επιρροής στον διορισμό του διοικητικού συμβουλίου και στη διαχείριση,

— τις εξουσίες του διοικητικού συμβουλίου της AGESP, καθώς και

— το γεγονός ότι ο δήμος συμμετέχει εμμέσως στην AGESP μέσω της AGESP Holding.

71. Βεβαίως, το Δικαστήριο θα μπορούσε στην προκείμενη διαδικασία —όπως έπραξε στις υποθέσεις Stadt Halle και Parking Brixen— να προβεί το ίδιο σε ολοκληρωτική εκτίμηση μιας συγκυρίας όπως αυτής της κύριας δίκης. Δεδομένου ότι οι προεκτεθείσες περιστάσεις συμπίπτουν ως επί το πλείστον με αυτές της συγκυρίας στην υπόθεση Parking Brixen [32], με το πρόσθετο στοιχείο της έμμεσης συμμετοχής, καθίσταται δυνατό το συμπέρασμα —με βάση τη μέχρι τούδε, από πολλούς χαρακτηριζόμενη ως υπερβολικώς αυστηρή, νομολογία— ότι στη συγκυρία της κύριας δίκης δεν φαίνεται να πληρούται το πρώτο κριτήριο, δηλαδή το κριτήριο του αναλόγου προς εκείνον που ασκείται επί των ιδίων υπηρεσιών επαρκούς ελέγχου.

72. Αν, αντιθέτως, το Δικαστήριο εκμεταλλευόταν την ευκαιρία για να διευκρινίσει τη νομολογία του υπό την έννοια ότι τουλάχιστον ορισμένες μορφές συμπράξεως μεικτής δημόσιας συμμετοχής μπορούν να πληρούν το κριτήριο του ελέγχου και κατέληγε στο συμπέρασμα ότι αυτό ισχύει για την κύρια δίκη, θα του παρεχόταν περαιτέρω η ευκαιρία να διευκρινίσει περισσότερο —για πρώτη φορά— το δεύτερο κριτήριο Teckal, δηλαδή το κριτήριο του ουσιώδους χαρακτήρα.

VII — Δεύτερο κριτήριο: Το ουσιώδες της δραστηριότητας με τον κάτοχο των μεριδίων συμμετοχής

73. Διαφορετικά απ' ό,τι σε σχέση με το πρώτο κριτήριο Teckal, μετά την απόφαση αυτή δεν υφίσταται νομολογία του Δικαστηρίου αναλύουσα λεπτομερέστερα το εν εν λόγω κριτήριο. Η προκείμενη διαδικασία παρέχει σήμερα στο Δικαστήριο την ευκαιρία να το πράξει.

74. Η κύρια δίκη, εξάλλου, αφορά μια συγκυρία όπου στο μεν πρώτο επίπεδο,

32 — Απόφαση C-458/03 (παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σκέψη 67.

δηλαδή μεταξύ του δήμου και της AGESP Holding, υφίσταται συμμετοχή περίπου 100 %, στο δε δεύτερο επίπεδο, δηλαδή μεταξύ της AGESP Holding και της AGESP, συμμετοχή 100 %.

75. Όπως και στην υπόθεση Stadt Halle, στην προκείμενη διαδικασία πρόκειται για έμμεση συμμετοχή. Ερευνητέο, επομένως, αν η δραστηριότητα επίσης μιας «εγγονής εταιρίας» μπορεί καταρχήν να πληροί έναντι της «μάμμης» της το δεύτερο κριτήριο Teckal.

A — *Η αρχική θέση*

76. Δεδομένου ότι το Δικαστήριο δεν χρειάστηκε πλέον, κατόπιν της επιλεγείσας από αυτό ερμηνείας του πρώτου κριτηρίου, να εξετάσει με την απόφασή του Stadt Halle το δεύτερο κριτήριο, είναι συνεπές το να επαναλάβω εδώ την άποψη που διατύπωσα συναφώς με τις προτάσεις μου στην υπόθεση Stadt Halle.

77. Το σχετικό με τον ουσιώδη χαρακτήρα δεύτερο κριτήριο που διαμορφώθηκε με την απόφαση Teckal αφορά κάποιο ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής στις συνολικώς πραγματοποιούμενες από τον ελεγχόμενο οργανισμό δραστηριότητες. Επομένως, πρόκειται για τον προσδιορισμό του εύρους των δραστηριοτήτων που πραγματοποιούνται συνολικώς, καθώς και αυτών που πραγματοποιούνται εν ευρεία εννοία υπέρ του κατόχου μεριδίων συμμετοχής.

78. Σ' αυτό το πλαίσιο, ωστόσο, πρέπει να σημειωθεί ότι από το γεγονός ότι η έννοια του κατόχου μεριδίων συμμετοχής δεν πρέπει να ερμηνεύεται υπερβολικά περιοριστικά δεν μπορεί οπωσδήποτε να συναχθεί ότι περιλαμβάνονται επίσης δραστηριότητες υπέρ τρίτων τις οποίες ο κάτοχος μεριδίων συμμετοχής θα έπρεπε υπό διαφορετικές συνθήκες να πραγματοποιήσει ο ίδιος. Ουσιαστικώς, αυτό αφορά προπάντων τις υπηρεσίες κοινής ωφελείας και, συνεπώς, τους δήμους (ή κοινότητες) που έχουν, έναντι ορισμένων προσώπων, υποχρέωση να προβαίνουν σε ορισμένες παροχές.

79. Πρέπει επίσης να διευκρινισθεί ότι ενδιαφέρουν οι πραγματικές δραστηριότητες και όχι οι δυνατές, βάσει του νόμου ή του καταστατικού της εταιρίας, ούτε ακόμη οι δραστηριότητες τις οποίες υποχρεούται να πραγματοποιεί ο ελεγχόμενος οργανισμός [33].

80. Συνεπώς, το βασικό ζήτημα είναι από ποιο ποσοστό συμμετοχής υφίσταται το όριο που απαιτείται για την εξαίρεση Teckal. Υποστηρίζονται πολλές γνώμες επί του ζητήματος αυτού. Ποικίλλουν από το ποσοστό άνω του 50 % έως το «αποκλειστικώς», με ενδιάμεσες εκτιμήσεις το «αξιόλογο ποσοστό», το «κατ' εξοχήν» και το «σχεδόν αποκλειστικώς».

33 — Ομοίως, ακολουθώντας τις προτάσεις μου, η γενική εισαγγελέας Kokott στις προτάσεις της της 1ης Μαρτίου 2005 επί της υποθέσεως C-458/03 (απόφαση παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σημείο 81.

81. Ως προς το όριο, υποστηρίζεται όχι μόνο μια θετική προσέγγιση, υπό την έννοια ότι πρέπει να προσδιορίζεται το εύρος των παροχών που πραγματοποιούνται για τον κάτοχο των μεριδίων συμμετοχής, αλλά και μια αρνητική προσέγγιση. Η αρνητική προσέγγιση λαμβάνει ως κριτήριο το ποσοστό των παροχών που πραγματοποιούνται προς άλλους πλην του κατόχου των μεριδίων συμμετοχής. Η τελευταία άποψη απαντά στις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger επί της υποθέσεως ARGE. Κατ' αυτόν, «η οδηγία είναι εφαρμοστέα όταν ο εν λόγω φορέας πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με επιχειρηματίες ή άλλους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως *διαφορετικούς* από αυτούς που απαρτίζουν την αναθέτουσα αρχή» [34]. Πάντως, λαμβανομένης υπόψη της θετικής για το δεύτερο κριτήριο προσεγγίσεως στην υπόθεση Teckal, δεν υπάρχει λόγος να επεκταθώ εδώ περαιτέρω επί της αρνητικής προσεγγίσεως.

82. Το προπαρατεθέν χωρίο, όμως, των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα P. Léger προβάλλει μια ακόμη σημαντική πτυχή που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη στο πλαίσιο του προσδιορισμού της συμμετοχής.

83. Συγκεκριμένα, τίθεται το ζήτημα αν το δεύτερο κριτήριο Teckal επιτρέπει μόνο μια ποσοτική θεώρηση ή αν αντιθέτως πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και ποιοτικά στοιχεία. Υπέρ της δεύτερης εκδοχής συνηγορούν το γράμμα και το πνεύμα της εξαιρέσεως, από την οποία δεν προκύπτει καμία ένδειξη ως προς το πώς πρέπει να αξιολογούνται οι δραστηριότητες. Το αυθεντικό επίσης κείμενο του αντίστοιχου χωρίου της αποφάσεως Teckal, δηλαδή το ιταλικό κείμενο, δεν αποκλείει μια, συμπληρωματικώς ή εναλλακτικώς, ποιοτική προσέγγιση («la parte più importante della propria attività»).

84. Ούτε, εξάλλου, η εξαίρεση της υποθέσεως Teckal περιέχει καμία ένδειξη ως προς τον τρόπο υπολογισμού της συμμετοχής. Συνεπώς, δεν είναι αυτονόητο ότι μόνον ο κύκλος εργασιών έχει σημασία.

85. Επομένως, φρονώ ότι το εθνικό δικαστήριο πρέπει να επαληθεύσει «το ουσιώδες των δραστηριοτήτων» βάσει ποιοτικών και ποσοτικών στοιχείων.

86. Συναφώς, υπενθυμίζεται ότι οι προτάσεις είναι αυθεντικές στη γλώσσα την οποία επέλεξε ο γενικός εισαγγελέας ως γλώσσα του πρωτοτύπου. Εν προκειμένω, από τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Léger προκύπτει η ακόλουθη εικόνα: αφενός, αναφέρεται στην «quasi-exclusivité» [οιονεί αποκλειστικότητα] των πραγματοποιούμενων παροχών, η οποία μεταφράσθηκε στα γερμανικά ως «sämtliche Dienstleistungen» [όλες οι παροχές υπηρεσιών] [35]. Αφετέρου,

34 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Léger της 15ης Ιουνίου 2000 στην υπόθεση C-94/99, ARGE (απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, Συλλογή 2000, σ. I-11037), σημείο 93 (η υπογράμμιση δική μου).

35 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger στην υπόθεση C-94/99 (παρατεθείσες στην υποσημείωση 34), σημείο 74.

στηριζόμενος στη διατύπωση του δεύτερου κριτηρίου Teckal στη γλώσσα διαδικασίας, η οποία είναι η ιταλική, χρησιμοποιεί την έκφραση «en grande partie» [κατά το μεγαλύτερο μέρος], το οποίο στα γερμανικά αποδίδεται ως «im Wesentlichen» [κατά το ουσιώδες μέρος] [36] ή την έκφραση «la plus grande partie de leur activité» [το μεγαλύτερο μέρος της δραστηριότητάς τους] («den größten Teil ihrer Tätigkeit») [37].

87. Χάριν πληρέστερης διευκρινίσεως, το κριτήριο του 80 % κατά το άρθρο 13 της οδηγίας 93/38 έχει μνημονευθεί στα συγγράμματα, αλλά και κατά την ενώπιον του Δικαστηρίου διαδικασία. Ως δικαιολογητικός λόγος προς τούτο αναφέρεται η «αντικειμενικότητα» και η «καταλληλότητα» αυτού του κριτηρίου.

88. Συναφώς, πρέπει να σημειωθεί ότι και ένα άλλο σταθερό ποσοστό θα μπορούσε επίσης να είναι αντικειμενικό και κατάλληλο. Όπως τόνισαν μερικοί μετέχοντες στην εν προκειμένω διαδικασία για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, έχω επισημάνει με τις προτάσεις μου στην υπόθεση Stadt Halle ότι η ανελαστικότητα ενός σταθερού ποσοστού μπορεί επίσης να αποτελεί εμπόδιο για μια προσήκουσα λύση. Επιπλέον, δεν επιτρέπει τη συνεκτίμηση άλλων πλην ποσοτικών μόνο στοιχείων.

89. Η δυνατότητα επεκτάσεως του κατά το άρθρο 13 της οδηγίας 93/38 κριτηρίου του 80 % εμποδίζεται προπάντων από το γεγονός ότι πρόκειται περί προβλέπουσας εξαίρεση διατάξεως μιας οδηγίας η οποία έχει εφαρμογή σε ορισμένους μόνον τομείς. Σύμφωνα με τη βούληση του κοινοτικού νομοθέτη, η τιμή που καθορίζεται στη διάταξη αυτή περιορίζεται στην εν λόγω οδηγία. Μολονότι η βασική ιδέα μπορεί ουσιαστικώς να εφαρμοσθεί και εκτός αυτών των τομέων, εξακολουθεί να είναι αποφασιστικής σημασίας το ότι μια τέτοια ρύθμιση δεν περιέχεται στην εφαρμοστέα εν προκειμένω οδηγία.

90. Δεύτερον, σε περίπτωση αποδοχής της επεκτάσεως του ορίου του 80 %, παροράται ότι το άρθρο 13 της οδηγίας 93/38 έχει εφαρμογή μόνο στην παροχή υπηρεσιών. Ως προβλέπουσα εξαίρεση διάταξη, δεν επιτρέπεται να τύχει ούτε ανάλογης εφαρμογής σε παραδόσεις εντός των σχετικών τομέων. Μόνον κατόπιν της μεταβολής που πραγματοποιήθηκε μέσω του νομοθετικού πακέτου επεκτάθηκε εν προκειμένω σε παραδόσεις [38].

91. Τρίτον, ο κοινοτικός νομοθέτης, επ' ευκαιρία μάλιστα της νέας μορφής των οδηγιών στο πλαίσιο του αποκαλούμενου νομοθετικού πακέτου, διατήρησε το όριο του 80 % μόνο για τους σχετικούς τομείς και δεν θέλησε την επέκταση στην, όπως αποκαλείται, κλασσική οδηγία. Κατά το χρονικό

36 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger στην υπόθεση C-94/99 (παρατεθείσες στην υποσημείωση 34), σημείο 81.

37 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger στην υπόθεση C-94/99 (παρατεθείσες στην υποσημείωση 34), σημείο 83.

38 — Άρθρο 23 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (παρατεθείσα στην υποσημείωση 9).

σημείο της προσδόσεως νέας μορφής στις οδηγίες, το δεύτερο κριτήριο Teckal ήταν πάντως γνωστό και αποτέλεσε αντικείμενο συζητήσεων κατά τη διάρκεια της νομοθετικής διαδικασίας.

92. Τέταρτον, η χρησιμοποίηση του άρθρου 13 της οδηγίας 93/38 εμποδίζεται για έναν ακόμη λόγο. Συγκεκριμένα, η παράγραφός του 2 υποχρεώνει τις αναθέτουσες αρχές να παρέχουν ορισμένες πληροφορίες στην Επιτροπή, κατόπιν αιτήματός της. Η διάταξη αυτή επέχει θέση διαδικαστικής αντισταθμίσεως για την εξαίρεση του άρθρου 13. Στο πλαίσιο της εξαιρέσεως Teckal, το Δικαστήριο ακολούθησε εντούτοις άλλη οδό.

93. Πέμπτον, από το γεγονός και μόνον, ότι το Δικαστήριο δεν ερμήνευσε το δεύτερο κριτήριο Teckal με αναφορά στην ασφαλώς γνωστή σ' αυτό οδηγία 93/38 φαίνεται να εμποδίζεται η δυνατότητα επεκτάσεως. Το Δικαστήριο περιορίστηκε αντιθέτως σε δύο ουσιαστικές προϋποθέσεις που αποκλίνουν από το άρθρο 13, ακριβώς δηλαδή στα δύο κριτήρια Teckal. Οι προϋποθέσεις αυτές πρέπει όμως να ερμηνεύονται συσταλτικώς, ακριβώς λόγω της ελλείψεως παρεμφερούς προς το άρθρο 13 διαδικαστικής ρυθμίσεως.

94. Επομένως, πρέπει τελικώς να εμμείνουμε στην άποψη ότι το προερχόμενο από την οδηγία 93/38 όριο του 80 % ουδόλως αποτελεί κριτήριο για την εκτίμηση του ουσιώδους των δραστηριοτήτων [39].

B — *Η περαιτέρω εξέλιξη της αρχικής θέσεως υπό το φως της νεότερης νομολογίας*

95. Το κριτήριο του ουσιώδους της δραστηριότητας, ως προϋποθέσεως για την εφαρμογή μιας εξαιρέσεως, πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικώς. Αυτό έχει επιβεβαιωθεί από το Δικαστήριο, καθόσον στη σκέψη 63 της αποφάσεως του Parking Brixen εκτίθενται τα εξής:

«Ως εξαιρέσεις από τους γενικούς κανόνες του κοινοτικού δικαίου, οι δύο προϋποθέσεις που περιγράφονται στην ανωτέρω σκέψη πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικώς, ενώ το

39 — Ως προς τα σχετικά συγγράμματα, στα οποία υποστηρίζεται η εν τω μεταξύ έχουσα καταστεί κρατούσα γνώμη, βλ.: Meinrad Dreher, «Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, Inhouse-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater», *NZBau* 2002, σ. 245 (253), Wolfram Krohn, «"Aus" für Inhouse-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen», *NZBau* 2005, σ. 92 (95), Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, σ. 97 (105), Ulf-Dieter Pape/Henning Holz, «Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte», *NJW* 2005, σ. 2264 (2265 επ.), Wolfgang Jaeger, «Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht», στο Büdenbender/Kühne/Baur (Hrsg.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, σ. 455 (464), Christoph Riese/Andreas van den Eikel, «Neues zum In-House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?», *Vergaberecht* 2005, σ. 590 (601), Kurt Weltzien, «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector», *Public Procurement Law Review* 2005, σ. 237 (249), ο οποίος ορθώς επισημαίνει ότι η οδηγία 93/38 έχει εφαρμογή και σε ιδιωτικές επιχειρήσεις, Jan Ziekow/Thorsten Siegel, «Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand», *Vergaberecht* 2005, σ. 145 (148), οι οποίοι αμφισβητούν ότι η εξεύρεση του 80 % συνάδει προς το κοινοτικό δίκαιο.

βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την παρέκκλιση φέρει εκείνος ο οποίος τις επικαλείται».

96. Οι κανόνες αυτοί πρέπει να τηρηθούν και στην προκείμενη διαδικασία.

97. Υποστηρίζω επί πλέον —όπως και με τις προτάσεις μου στην υπόθεση Stadt Halle— [40] την άποψη ότι «το ουσιώδες των δραστηριοτήτων» πρέπει να επαληθεύεται όχι μόνο μέσω ποσοτικών κριτηρίων, αλλά και μέσω ποιοτικών στοιχείων [41].

98. Ως προς τα ποιοτικά στοιχεία, θα πρέπει να επαληθεύεται το πώς και έναντι ποίου ο οικείος ελεγχόμενος οργανισμός πραγματοποιεί τις δραστηριότητές του. Συναφώς, η περίπτωση κατά την οποία για τη δραστηριότητα του οργανισμού υφίσταται αγορά διαφέρει από αυτήν κατά την οποία ο οργανισμός προσφέρει εντός της αγοράς ένα μέρος των υπηρεσιών που παρέχονται σε άλλους εκτός από τον ελέγχοντα φορέα [42].

99. Αυτό όμως δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει την έννοια ότι οι εκ μέρους του οικείου οργανισμού παροχές πρέπει να ζητούνται υποχρεωτικώς και από μη δημόσιους οργανισμούς. Πράγματι, ακόμη κι αν για ένα εμπόρευμα ή για μια υπηρεσία υπάρχει μόνον από δημόσιους φορείς ζήτηση, αυτό δεν σημαίνει εκ των προτέρων ότι δεν υφίσταται αγορά. Πράγματι, μπορεί να υπάρχουν και άλλοι προσφέροντες. Συνεπώς, η εκτίμηση των ποιοτικών στοιχείων δεν εξαρτάται μόνον από τη σχέση του προσφέροντος οργανισμού με τον ελέγχοντα οργανισμό, αλλά επίσης, απολύτως σύμφωνα με το επιδιώκον συνθήκες ανταγωνισμού δίκαιο της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, από την οικονομική τους θέση στην αγορά. Κατ' αυτόν τον τρόπο, επέρχεται προσέγγιση προς εκείνη την κατηγορία περιπτώσεων όπου κατά τις οδηγίες επιτρέπεται η διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση, δηλαδή όταν μόνον ένας επιχειρηματίας μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση [43].

40 — Ομοίως, ακολουθώντας τις προτάσεις μου, η γενική εισαγγελέας Kokott στις προτάσεις της επί της υποθέσεως C-458/03 (απόφαση παρατεθείσα στην υποσημείωση 7), σημείο 83.

41 — Της ίδιας απόψεως οι: Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier, *Vergaberecht* 2005, σ. 103 επ., Holger Schröder, «In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?», *NZBau* 2005, σ. 127 επ., Kurt Weltzien, «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector», *Public Procurement Law Review* 2005, σ. 237 (248).

42 — Συναφώς, αναφέρομαι στην αυθεντική ερμηνεία που περιέχεται στο άρθρο 1, παράγραφος 8, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18 (παρατεθείσας στην υποσημείωση 38), καθώς και στο άρθρο 1, παράγραφος 7, πρώτο εδάφιο της οδηγίας 2004/17 (παρατεθείσας στην υποσημείωση 9). Στην εν προκειμένω εφαρμοστέα οδηγία δεν υπάρχει αντίστοιχος ορισμός με ρητή αναφορά στην αγορά.

43 — Βλ. εφεξής το άρθρο 31, περίπτωση 1, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/18 και το άρθρο 40, παράγραφος 3, στοιχείο γ', της οδηγίας 2004/17.

100. Επιπροσθέτως, είναι ουσιώδες να διευκρινισθεί αν εν προκειμένω σημασία έχει μόνον η πράγματι ασκούμενη δραστηριότητα ή αν πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη ο σκοπός του οργανισμού, για παράδειγμα ο εταιρικός σκοπός κατά το καταστατικό, δηλαδή όλες οι δραστηριότητες που θα μπορούσε να ασκεί ο οργανισμός. Μολονότι το δίκαιο της συνάψεως συμβάσεων δεν αγνοεί τη σημασία που μπορεί να έχει ο σκοπός του οργανισμού, μια τέτοια προσέγγιση θα καθιστούσε ακόμη δυσχερέστερη την εκτίμηση του ουσιώδους χαρακτήρα, διότι δεν μπορούν να παρασχεθούν από τώρα αξιόπιστες ενδείξεις για εν δυνάμει —μελλοντικώς αβέβαιες— δραστηριότητες.

101. Διευκρινίσεως χρήζει επίσης το αν μόνον ορισμένες ή όλες οι δραστηριότητες του οργανισμού πρέπει να ληφθούν υπόψη. Συγκεκριμένα, το κριτήριο του ουσιώδους χαρακτήρα θα μπορούσε να σημαίνει ότι ως βάση πρέπει να ληφθεί μόνον το είδος των δραστηριοτήτων που πραγματοποιούνται επίσης για τον ελέγχοντα οργανισμό, όπως δηλαδή η παροχή ενέργειας, οπότε άλλες δραστηριότητες που πραγματοποιεί ο οργανισμός, για παράδειγμα η διάθεση αποβλήτων, δεν θα λαμβάνονταν υπόψη και καθοριστική σημασία θα είχε μόνον το ποσοστό που αντιστοιχεί στον ειδικό τομέα.

102. Κατά την εκτίμησή μου, πάντως, το γεγονός και μόνον ότι πρόκειται για εξαίρεση από το σύστημα της οδηγίας δεν επιτρέπει μια τέτοια ερμηνεία του δεύτερου κριτηρίου Teckal. Πράγματι, αυτό θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια τη διεύρυνση των καταστάσεων που υπάγονται στην εξαίρεση στις περιπτώσεις κατά τις οποίες το κριτήριο του ουσιώδους πληρούται μεν σε σχέση με ορισμένο είδος δραστηριοτήτων, όχι όμως, αντιθέτως, σε σχέση με όλες τις δραστηριότητες του οργανισμού.

103. Επί πλέον όμως, όπως φαίνεται να προκύπτει από τη διατύπωση της αποφάσεως Teckal, καθώς και από τα περιστατικά που αφορά η διαδικασία, το κριτήριο του ουσιώδους μπορεί να πληρούται όχι μόνο λόγω του ότι η υπέρ ενός κατόχου μεριδίων συμμετοχής δραστηριότητα υπερβαίνει το όριο του ουσιώδους, αλλά και λόγω του ότι μπορεί να συνυπολογισθεί το σύνολο των υπηρεσιών που παρέχονται σε όλους τους κατόχους μεριδίων συμμετοχής και το αποτέλεσμα αυτό να πρέπει να συσχετισθεί με την όλη πραγματοποιούμενη δραστηριότητα.

104. Στη σκέψη 50 της αποφάσεως Teckal, το Δικαστήριο χρησιμοποίησε επίσης τον πληθυντικό ως προς το δεύτερο κριτήριο και εξέθεσε τα εξής:

«[...] Διαφορετική περίπτωση συντρέχει μόνον αν, συγχρόνως, ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως ασκεί επί του εν λόγω προσώπου έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και

αν το πρόσωπο αυτό πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με τον ή τους *οργανισμούς* που το ελέγχουν» [44].

105. Επομένως, αν αποδοθεί η δέουσα προσοχή σ' αυτή τη διατύπωση, σημασία δεν έχουν μόνον οι παροχές προς τον ελέγχοντα οργανισμό, δηλαδή τον Δήμο Busto Arsizio, αλλ' αντιθέτως θα μπορούσαν να ληφθούν υπόψη και οι παροχές προς τους άλλους κατόχους μεριδίων συμμετοχής.

106. Όσον αφορά τα *ποσοτικά* στοιχεία, δεν μπορεί να έχει σημασία μόνον ο κύκλος εργασιών. Πρέπει σαφώς να ληφθούν υπόψη και άλλοι οικονομικοί δείκτες της επιχειρήσεως. Επομένως, μπορεί καταρχήν, όπως εκτίθεται στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, να ληφθεί υπόψη το ποσοστό των εσόδων που προέρχονται από δραστηριότητες υπέρ των κατόχων μεριδίων συμμετοχής επί των συνολικών εσόδων. Πάντως, και για το ποσοστό των συνολικών εσόδων έχει εφαρμογή η ισχύουσα για το ποσοστό του συνολικού κύκλου εργασιών αρχή, ότι δηλαδή δεν αρκεί μια απλή υπεροχή έναντι των άλλων εσόδων. Αμφότερα αφορούν —πρέπει να σημειωθεί— μόνον την ποσοτική πτυχή.

44 — Η υπογράμμιση δική μου.

107. Τέλος, όσον αφορά το κριτήριο του ουσιώδους χαρακτήρα, το Δικαστήριο δεν διευκρίνισε σε ποιο χρονικό σημείο πρέπει να συντρέχει αυτή η προϋπόθεση ή ποιο χρονικό διάστημα είναι καθοριστικό για τη σχετική εκτίμηση.

108. Σύμφωνα με το σύστημα των οδηγιών για τη σύναψη συμβάσεων, το χρονικό σημείο θα ήταν αυτό κατά το οποίο ενεργεί ο αναθέτων φορέας, δηλαδή εν προκειμένω αναθέτει το έργο. Αυτό όμως καταλήγει σε μια στιγμιαία φωτογραφική λήψη, εφόσον πράγματι δεν λαμβάνεται ως βάση —όπως στο άρθρο 13 της οδηγίας 93/38— ένα μακρύτερο χρονικό διάστημα.

109. Δεδομένου ότι η AGESP δεν προβαίνει σε παροχές απ' ευθείας προς τον δήμο, αλλά ως προς ορισμένες παροχές απ' ευθείας σε τρίτους εντός του δήμου, μάλιστα δε τόσο σε επιχειρήσεις όσο και σε νοικοκυριά, τίθεται το περαιτέρω ζήτημα αν και υπό ποιες προϋποθέσεις παροχές επίσης, που δεν πραγματοποιούνται απ' ευθείας προς τον δήμο, μπορούν θεωρηθούν ως παροχές προς τον δήμο, δηλαδή προς τον ελέγχοντα οργανισμό κατά την έννοια του δεύτερου κριτηρίου Teckal.

110. Στο σημείο αυτό, καθίσταται ακόμη μια φορά σαφής η αοριστία του δεύτερου κριτηρίου Teckal και η συνδεόμενη με αυτή αβεβαιότητα δικαίου για τους οικείους

οργανισμούς. Επομένως, το ζήτημα θα πρέπει να διευκρινισθεί από την άποψη της ασφάλειας δικαίου.

111. Εν προκειμένω, πράγματι, ανέκυψε το ζήτημα αν έχει σημασία η περιοχή εντός της οποίας πραγματοποιούνται οι παροχές. Αν αυτό γινόταν δεκτό, στο πλαίσιο της κύριας δίκης θα λαμβάνονταν υπόψη μόνον παροχές εντός της περιφέρειας του Δήμου Busto Arsizio. Ένας επαρκής εδαφικός σύνδεσμος συνιστά τουλάχιστον πρόσφορο κριτήριο καταλογισμού. Αυτό συναρτάται με το ότι ένας τέτοιος σύνδεσμος έχει ουσιώδη σημασία και κατά τον καθορισμό των αρμοδιοτήτων δημοσίων οργανισμών, ειδικότερα των δήμων. Θα ήταν οπωσδήποτε υπερβολικά στενή η άποψη ότι πρέπει να συνυπολογίζονται μόνον παροχές προς πρόσωπα που έχουν κατοικία στον δήμο. Αντιστρόφως, θα μπορούσαν να συνυπολογισθούν παροχές οι οποίες ναι μεν πραγματοποιούνται εκτός του δήμου, πλην όμως αποβαίνουν προς όφελος προσώπων που βρίσκονται στον δήμο, διότι, για παράδειγμα, ο δήμος δεν μπορεί ο ίδιος —π.χ. λόγω κόστους— να προσφέρει την παροχή, η οποία όμως πραγματοποιείται από οργανισμό στον οποίο συμμετέχουν περισσότεροι δήμοι και/ή μία ή περισσότερες περιφέρειες.

112. Επί πλέον, πρέπει να τονισθεί ότι το ποιος είναι ο αποδέκτης του λογαριασμού για την παροχή ή από ποιον έγινε η πληρωμή δεν έχει σημασία για το ζήτημα του καταλογισμού. Συγκεκριμένα, ακριβώς για υπηρεσίες κοινής ωφελείας, που πραγματοποιούνται με τη μορφή παραχωρήσεων, είναι χαρακτηριστικό ότι τουλάχιστον ένα μέρος της πληρωμής τους προέρχεται από τους χρήστες των υπηρεσιών του οργανισμού. Συναφώς, μπορούν να αναφερθούν ιδίως οι περιλαμβανόμενες στις οδηγίες παραχωρήσεις που αφορούν την κατασκευή αυτοκινητοδρόμων, για τους οποίους εισπράττονται διόδια. Μεγάλης σημασίας στο πλαίσιο της δράσεως των κοινοτήτων είναι προ πάντων οι υπηρεσίες μεταφοράς, η παροχή ενέργειας, η διάθεση αποβλήτων, καθώς και η κατασκευή και, ενδεχομένως, η διαχείριση εγκαταστάσεων μορφωτικών και ψυχαγωγικών δραστηριοτήτων ή τόπων σταθμεύσεως αυτοκινήτων. Πάντως, στις περιπτώσεις αυτές, θα πρέπει να εξετάζεται καταρχάς μήπως δεν πρόκειται για παραχωρήσεις στις οποίες, ακριβώς γι' αυτόν τον λόγο δεν έχει εφαρμογή το σύστημα των οδηγιών.

113. Το Δικαστήριο θα έπρεπε να διευκρινίσει το δεύτερο κριτήριο Teckal, καθορίζοντας τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες περιλαμβάνονται και παροχές προς τρίτους. Ως καταλληλότερο στοιχείο εκτιμήσεως μπορεί να θεωρηθεί το είδος της σχέσεως που υφίσταται μεταξύ των τρίτων και του ελέγχοντος οργανισμού, εν προκειμένω, επομένως, του δήμου. Καταλογισμός παροχών στον δήμο φαίνεται δυνατός στις περιπτώσεις ιδίως κατά τις οποίες ο δήμος υποχρεούται έναντι των τρίτων σε παροχή. Συναφώς, δεν χρειάζεται να πρόκειται απαραίτητα για υποχρέωση παροχής υπηρεσιών κοινής ωφελείας που πηγή έχουν το δημόσιο δίκαιο, όπως, για παράδειγμα, σχετικούς περιφερειακούς νόμους. Νοητό θα ήταν επίσης να συμπεριλαμβάνονται υποχρεώσεις ιδιωτικού δικαίου, όπως, για παράδειγμα,

αυτές που απορρέουν από σύμβαση ιδιωτών με τον δήμο. Επιπροσθέτως, θα έχρηζε ομοίως διευκρινίσεως το ζήτημα αν συμβατικές σχέσεις μεταξύ τρίτων και του πραγματοποιούντος την παροχή οργανισμού ασκούν επιρροή. Εδώ, επίσης, θα πρέπει να έχει σημασία το ότι, παράλληλα με το πραγματικό γεγονός της παροχής, υφίσταται μια νομική σχέση μεταξύ του δήμου και του προβαίνοντος στην παροχή οργανισμού.

115. Επομένως, κατόπιν όλων αυτών, πρέπει να γίνει δεκτό ότι σημασία δεν έχει μόνον η ιδιότητα των τρίτων από τους οποίους προέρχεται η ζήτηση, αλλά πρέπει επίσης να λαμβάνεται ως βάση και το περιεχόμενο της συναλλαγής.

Γ — *Προσωρινό συμπέρασμα*

114. Εν πάση περιπτώσει, δεν μπορεί να τύχει αποδοχής η άποψη ότι πρέπει να συνυπολογίζεται οποιαδήποτε παροχή προς τον πληθυσμό του οικείου οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως, εν προκειμένω επομένως του Δήμου Busto Arsizio. Πράγματι, κατ' αυτόν τον τρόπο, θα περιλαμβάνονταν όλες οι άλλες παροχές προς ιδιώτες, χωρίς να υφίστατο κάποια σχέση με τον δήμο. Πράγματι, δεν θα είχε τότε σημασία το είδος της επιχειρηματικής δραστηριότητας. Αν, π.χ., ένας οργανισμός όχι μόνον παρείχε ενέργεια ή όχι μόνο διέθετε απόβλητα, αλλά πωλούσε επίσης ορισμένα εμπορεύματα, όπως συσκευές θερμάνσεως ή κάδους απορριμμάτων, θα περιλαμβάνονταν ακόμη και αυτές οι πωλήσεις, μολονότι πρόκειται για εμπορεύματα που κάθε αγοραστής προμηθεύεται και από άλλες πηγές εφοδιασμού. Ερμηνεία, η οποία λαμβάνει ως σημείο αναφοράς μόνον την ιδιότητα των τρίτων από τους οποίους προέρχεται η ζήτηση, θα είχε ως συνέπεια να συμπεριλαμβάνεται οποιαδήποτε παροχή προς τους καταναλωτές, απλώς και μόνο διότι αυτοί έχουν την κατοικία τους στον δήμο.

116. Το κριτήριο, κατά το οποίο ο ελεγχόμενος φορέας πρέπει να πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με τον ή τους οργανισμούς που τον ελέγχουν, μπορεί να πληρούται και στην περίπτωση επιχειρήσεων μεικτής δημόσιας συμμετοχής και έμμεσης συμμετοχής. Συναφώς, στον ελέγχοντα οργανισμό πρέπει να καταλογίζονται και ορισμένες παροχές που πραγματοποιούνται προς τρίτους.

117. Στην παρούσα υπόθεση, το εθνικό δικαστήριο πρέπει να λάβει υπόψη μια σειρά περιστάσεων, μεταξύ των οποίων και τα έσοδα από δραστηριότητες υπέρ των κατόχων μεριδίων συμμετοχής, όχι όμως το κριτήριο του 80 % κατά το άρθρο 13 της οδηγίας 93/38.

VIII — Πρόταση

118. Κατόπιν όλων αυτών προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα ως ακολούθως:

«Η οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, έχει την έννοια ότι δεν απαγορεύει την απ' ευθείας σύναψη συμβάσεως στο πλαίσιο μιας διαδικασίας όπως της υπό κρίση στην κύρια δίκη μόνον όταν πληρούνται οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

Πρώτον, ο οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως ασκεί επί του άλλου φορέα έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των ιδίων του υπηρεσιών. Συναφώς, το εθνικό δικαστήριο πρέπει να εξετάσει τις ακόλουθες περιστάσεις:

— τα υφιστάμενα συμφέροντα των κατόχων μεριδίων συμμετοχής,

— τη μετατροπή του "azienda municipalizzata" σε ανώνυμη εταιρία,

— το μη υποχρεωτικώς προβλεπόμενο και ούτε πραγματοποιηθέν άνοιγμα της εταιρίας σε ξένο κεφάλαιο,

— τη δυνατότητα της AGESP να ιδρύει υποκαταστήματα ακόμη και στην αλλοδαπή,

— την έκταση της δυνατότητας επιρροής στον διορισμό του διοικητικού συμβουλίου και στη διαχείριση,

— τις εξουσίες του διοικητικού συμβουλίου της AGESP, καθώς και

— το γεγονός ότι ο δήμος συμμετέχει εμμέσως στην AGESP μέσω της AGESP Holding.

Δεύτερον, ο φορέας αυτός πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς του με τον ή τους οργανισμούς που τον ελέγχουν. Συναφώς, το εθνικό δικαστήριο πρέπει να λάβει υπόψη τις εκτεθείσες στα σημεία 76 έως 115 περιστάσεις, μεταξύ των οποίων και τα έσοδα από δραστηριότητες υπέρ των κατόχων μεριδίων συμμετοχής, όχι όμως το κριτήριο του 80 % κατά το άρθρο 13 της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ.»