ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ PHILIPPE LÉGER

της 23ης Σεπτεμβρίου 1999 *

1. Η παρούσα αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αφορά το δικαίωμα εταιρίας, συμμετέχουσας σε διαδικασία προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, κατ' εφαρμογή της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών [1], να επικαλεστεί για λογαριασμό της τις τεχνικές και χρηματοοικονομικές ικανότητες άλλης εταιρίας με την οποία συνδέεται ως θυγατρική προς μητρική εταιρία.

I — Η κοινοτική κανονιστική ρύθμιση

2. Κατά το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50, οι αναθέτουσες αρχές ακολουθούν, όταν πρόκειται να συνάψουν δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, διαδικασίες προσαρμοσμένες στις διατάξεις που περιλαμβάνει η οδηγία.

3. Το άρθρο 26 της οδηγίας 92/50 ορίζει τα εξής:

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

2. Οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες οι οποίοι, σύμφωνα με τη νομοθεσία του κράτους μέλους στο οποίο είναι εγκατεστημένοι, έχουν δικαίωμα να παρέχουν τη συγκεκριμένη υπηρεσία δεν είναι δυνατόν να απορρίπτονται για το μόνο λόγο ότι, σύμφωνα με τη νομοθεσία του κράτους μέλους στο οποίο συνάπτεται η σύμβαση, θα έπρεπε να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα.

3. Είναι δυνατόν, πάντως, να ζητηθεί από τα νομικά πρόσωπα να αναφέρουν στην προσφορά ή στην αίτηση συμμετοχής τα ονόματα και τα επαγγελματικά προσόντα των προσώπων που θα έχουν την ευθύνη εκτελέσεως της συγκεκριμένης υπηρεσίας.»

4. Κατά το άρθρο 31 της οδηγίας 92/50:

«1. Η χρηματοοικονομική ικανότητα του παρέχοντος υπηρεσίες είναι δυνατόν, κατά

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

1 — ΕΕ L 209, σ. 1.

κανόνα, να αποδειχθεί με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά:

α) κατάλληλες τραπεζικές δηλώσεις ή πιστοποιητικό ασφαλιστικής καλύψεως επαγγελματικών κινδύνων·

β) ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών, στις περιπτώσεις όπου η δημοσίευση των ισολογισμών απαιτείται σύμφωνα με την περί εταιρειών νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο παρέχων υπηρεσίες·

γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και περί του κύκλου εργασιών όσον αφορά την παροχή παρόμοιων με τις ζητούμενες υπηρεσιών κατά τη διάρκεια των τριών προηγούμενων οικονομικών ετών.

2. Οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ποιο ή ποια από τα αναφερόμενα στην παράγραφο 1 δικαιολογητικά επέλεξαν καθώς και ποια άλλα δικαιολογητικά πρέπει να προσκομισθούν.

3. Αν για κάποιο βάσιμο λόγο ο παρέχων υπηρεσίες δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητούν οι αναθέτουσες αρχές, μπορεί να αποδείξει τη χρηματοοικονομική του ικανότητα με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο το οποίο οι αναθέτουσες αρχές κρίνουν κατάλληλο.»

5. Κατά το άρθρο 32 της οδηγίας 92/50:

«1. Η ικανότητα των παρεχόντων υπηρεσίες να παράσχουν τις ζητούμενες υπηρεσίες είναι δυνατόν να εκτιμηθεί ειδικότερα βάσει της τεχνογνωσίας, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

2. Η τεχνική ικανότητα των παρεχόντων υπηρεσίες μπορεί να αποδειχθεί, ανάλογα με τη φύση, την έκταση και τον σκοπό των προς παροχήν υπηρεσιών, με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα στοιχεία:

α) τίτλους σπουδών και επαγγελματικούς τίτλους των παρεχόντων υπηρεσίες ή/και των διευθυντικών στελεχών της επιχειρήσεώς των, ιδίως δε εκείνου ή εκείνων που θα έχουν την ευθύνη της παροχής των υπηρεσιών·

β) κατάλογο των κυριότερων υπηρεσιών που έχουν παρασχεθεί κατά τα τρία τελευταία έτη, όπου εμφαίνεται η αξία, η

ημερομηνία παροχής και οι αποδέκτες τους, δημόσιοι ή ιδιωτικοί φορείς:

— αν πρόκειται για αναθέτουσες αρχές, ως αποδεικτικά στοιχεία υποβάλλονται πιστοποιητικά συνταγμένα ή θεωρούμενα από την αρμόδια αρχή,

— αν πρόκειται για ιδιώτες αγοραστές, τα πιστοποιητικά συντάσσονται από τον αγοραστή, άλλως, γίνεται δεκτή μια απλή δήλωση του παρέχοντος υπηρεσία·

γ) κατάλογο του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν άμεσα είτε όχι στην επιχείρηση του παρέχοντος υπηρεσίες, ιδίως δε εκείνων που είναι επιφορτισμένοι με τους ποιοτικούς ελέγχους·

δ) δήλωση σχετικά με τον ετήσιο μέσον όρο του εργατοϋπαλληλικού προσωπικού και αναλογία του διευθυντικού προσωπικού της επιχειρήσεως του παρέχοντος υπηρεσίες κατά τα τρία τελευταία έτη·

ε) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που θα διαθέσει ο παρέχων υπηρεσίες για την εκτέλεση της συμβάσεως·

στ) περιγραφή των μέτρων που λαμβάνει ο παρέχων υπηρεσίες για να εξασφαλίζει την ποιότητα, καθώς και περιγραφή των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχειρήσεώς του·

ζ) αν οι ζητούμενες υπηρεσίες είναι σύνθετες ή πρέπει, κατ' εξαίρεση, να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, δελτίο ελέγχου εκδιδόμενο από την αναθέτουσα αρχή ή, για λογαριασμό της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου εδρεύει ο παρέχων υπηρεσίες, με την επιφύλαξη της συναινέσεως του οργανισμού αυτού· ο εν λόγω έλεγχος αφορά τις τεχνικές δυνατότητες και, εφόσον κρίνεται αναγκαίο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που διαθέτει ο παρέχων υπηρεσίες καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας·

η) αναφορά του τμήματος της συμβάσεως που ο παρέχων υπηρεσίες προτίθεται ενδεχομένως να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους.

3. Η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση υποβολής

προσφορών ποια αποδεικτικά στοιχεία επιθυμεί να της υποβληθούν.

4. Η έκταση των πληροφοριών οι οποίες αναφέρονται στο άρθρο 31 και στις παραγράφους 1, 2 και 3 του παρόντος άρθρου δεν πρέπει να υπερβαίνει το αντικείμενο της συμβάσεως, οι δε αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη τους τα νόμιμα συμφέροντα των παρεχόντων υπηρεσίες όσον αφορά την προστασία του απορρήτου των τεχνικών και εμπορικών στοιχείων τους.»

II — Πραγματικά περιστατικά και διαδικασία της κύριας δίκης

6. Προκειμένου να αναθέσει, για περίοδο τριών ετών, την υπηρεσία διαχειρίσεως του σταθμού καθαρισμού λυμάτων «Is Arenas» και των αντλιοστασίων στις περιοχές «Is Arenas», «San Bartolomeo» και «Borgo Sant'Elia», ο Δήμος Cagliari απηύθυνε πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, η προκήρυξη της οποίας δημοσιεύθηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων* της 3ης Ιανουαρίου 1997. Για να έχουν τη δυνατότητα υποβολής προσφορών, οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις όφειλαν ιδίως να αποδείξουν μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, στον τομέα της διαχειρίσεως σταθμών καθαρισμού των υδάτων και αντλιοστασίων, όχι κατώτερο των 5 δισεκατομμυρίων ιταλικών λιρών (ITL), καθώς και πραγματική διαχείριση τουλάχιστον ενός σταθμού καθαρισμού αστικών λυμάτων επί δύο συνεχή έτη κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών ετών.

7. Στις εταιρίες Holst Italia SpA (στο εξής: Holst Italia) και Ruhrwasser AG International Water Management SpA (στο εξής: Ruhrwasser) επετράπη η συμμετοχή για την υποβολή προσφορών. Η σύμβαση ανατέθηκε στη Ruhrwasser, η προσφορά της οποίας κρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή, με απόφαση της επιτροπής αναθέσεων της 13ης Ιουνίου 1997 η οποία εγκρίθηκε με πράξη του δημοτικού συμβουλίου της 17ης Αυγούστου 1997, ως η πλέον συμφέρουσα.

8. Η Ruhrwasser είναι μετοχική εταιρία του γερμανικού δικαίου, το κεφάλαιο της οποίας κατέχει κοινοπραξία έξι γερμανικών εταιριών, εκάστη των οποίων διαθέτει το 1/6 των εταιρικών μεριδίων. Αντικείμενό της είναι να παρέχει στην κοινοπραξία τη δυνατότητα να αναλαμβάνει συμβάσεις, ιδίως στην αλλοδαπή, στον τομέα του ανεφοδιασμού σε ύδωρ και καθαρισμού των λυμάτων. Η μία από τις εταιρίες μέλη της κοινοπραξίας, και συγκεκριμένα η RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft mbH (στο εξής: RWG), έχει ως μοναδικό μέτοχο τη Ruhrverband, οργανισμό δημοσίου δικαίου, επιφορτισμένο, επί του γερμανικού εδάφους, με αποστολές παροχής δημοσίων υπηρεσιών στον τομέα της διαχειρίσεως των λυμάτων. Δεν αμφισβητείται ότι ο ως άνω οργανισμός διαθέτει συστάσεις που θα αρκούσαν για να του επιτρέψουν τη συμμετοχή στον διαγωνισμό που προκήρυξε ο Δήμος Cagliari μέσω της υποβολής προσφορών.

9. Δεν αμφισβητείται περαιτέρω ότι, αντίθετα, η Ruhrwasser δεν διέθετε η ιδία τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για να υποβάλει λυσιτελώς προσφορά, δεδομένου ότι πρόκειται για εταιρία συσταθείσα πρόσφατα, η εγγραφή της οποίας στο μητρώο των επιχειρήσεων έλαβε χώρα μόλις στις 9 Ιουλίου 1996. Αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο έκανε χρήση των τεχνικών και χρηματοοικονομικών ικανοτήτων της Ruhrverband, η οποία, μέσω της θυγατρικής της RWG, συμμετείχε στην «joint venture» με σκοπό τη σύσταση της Ruhrwasser. Η ανα-

θέτουσα αρχή δέχθηκε ως έγκυρες τις έμμεσες αυτές συστάσεις.

10. Η Holst Italia άσκησε ενώπιον του Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Ιταλία) αγωγή ακυρώσεως της αναθέσεως της συμβάσεως στην ανταγωνίστριά της, στηριζόμενη κυρίως στο γεγονός ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παραβίαζε τον εξαγγελλόμενο με την προκήρυξη του διαγωνισμού κανόνα, σύμφωνα με τον οποίο, προκειμένου να εκτιμηθεί κατά πόσον είναι εφικτή η συμμετοχή τους στη διαδικασία, λαμβάνονταν υπόψη μόνον οι τυπικές προϋποθέσεις των ενδιαφερομένων να αναλάβουν τη σύμβαση επιχειρήσεων. Εξάλλου, η Ruhrwasser αμφισβήτησε, με παρεμπίπτον αίτημά της, το περιεχόμενο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών με το αιτιολογικό ότι δεν επιτρέπει σε παρέχοντα υπηρεσίες να αποδεικνύει, μέσω οποιουδήποτε προσφόρου εγγράφου, τυπικές προϋποθέσεις που δεν κατέχει ευθέως αλλά που μπορεί να διαθέτει.

III — Το προδικαστικό ερώτημα

11. Εκτιμώντας ότι, προκειμένου να αποφανθεί επί του σημείου αυτού, ήταν αναγκαίος ο έλεγχος αν η οδηγία 92/50 επιτρέπει σε υποψήφιο διαδικασίας αναθέσεως να επικαλεστεί τις τεχνικές και χρηματοοικονομικές ικανοτήτες άλλου υποκειμένου δικαίου με το οποίο συνδέεται, το αιτούν δικαστήριο ανέστειλε τη δίκη επί της κύριας διαφοράς και υπέβαλε στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Ερωτάται αν η οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντομισμό των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, παρέχει το δικαίωμα σε μια εταιρία να αποδεικνύει ότι διαθέτει τις τεχνικές και χρηματοδοτικές προϋποθέσεις που απαιτούνται για να συμμετάσχει σε διαγωνισμό με αντικείμενο τη σύναψη συμβάσεως περί αναθέσεως δημόσιας υπηρεσίας, επικαλούμενη τα στοιχεία άλλου προσώπου, το οποίο είναι απλώς εταίρος μιας εκ των εταιριών στην οποία συμμετέχει και η πρώτη.»

IV — Επί της απαντήσεως στο προδικαστικό ερώτημα

12. Το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατ' ουσίαν αν επιχείρηση υποβάλλουσα προσφορά προκειμένου να της ανατεθεί δημόσια σύμβαση υπηρεσιών οφείλει να πληροί τους τεχνικούς και χρηματοοικονομικούς όρους που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή ή αν νομιμοποιείται να υποστηρίζει ότι οι ως άνω όροι τηρούνται από άλλη επιχείρηση στην οποία η πρώτη ανήκει εν μέρει και κατ' έμμεσο τρόπο.

13. Προκειμένου να δοθεί απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα πρέπει να εξετασθούν τα δεδομένα του κοινοτικού δικαίου, όπως αυτά προκύπτουν από την οδηγία 92/50 και

όπως έχουν συμπληρωθεί με τη νομολογία του Δικαστηρίου.

Στόχοι και εφαρμοστέες διατάξεις της οδηγίας 92/50

14. Δύο είναι οι κύριοι στόχοι της οδηγίας 92/50, ήτοι η ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών [2] και η άσκηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στον συγκεκριμένο τομέα [3]. Οι επιχειρηματίες πρέπει να μπορούν να μετακινούνται και να παρέχουν υπηρεσίες χωρίς περιορισμούς οφειλόμενους στην εθνική προέλευσή τους ή στον τόπο κατοικίας τους, συμβάλλοντας με τον τρόπο αυτό, μέσω των πολλαπλών και αντιπαραβαλλομένων προσφορών υπηρεσιών, στη βελτίωση της ποιότητας των παρεχομένων υπηρεσιών και των οικονομικών όρων υλοποιήσεώς τους εντός του κοινοτικού εδάφους.

15. Για να καταστεί εφικτή η εγκαθίδρυση εσωτερικής αγοράς, ήτοι ενός χώρου χωρίς εσωτερικά σύνορα όπου διασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών [4], η οδηγία 92/50 θεσπίζει κανόνες με προορισμό την κατάργηση των εμποδίων ασκήσεως της ελευθερίας αυτής [5].

16. Κατά το άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/50: «Οι αναθέτουσες αρχές μεριμνούν ώστε να μην υπάρχουν διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων παρεχόντων υπηρεσίες». Επιβάλλεται να διευκρινισθεί αν η απόρριψη της υποψηφιότητας ενός υποβαλόντος προσφορά με το αιτιολογικό ότι δεν ανταποκρίνεται ο ίδιος στις προαπαιτούμενες τεχνικές και χρηματοοικονομικές ικανότητες που θέτει η αναθέτουσα αρχή συνιστά παρόμοια δυσμενή διάκριση.

17. Η οδηγία 92/50 παραθέτει ορισμένα κριτήρια δυνάμενα να χαρακτηρίσουν τρόπους συμπεριφοράς που συνιστούν δυσμενή διάκριση. Διευκρινίζει έτσι ότι «(...) οι παρέχοντες υπηρεσίες δύνανται να είναι είτε φυσικά είτε νομικά πρόσωπα» [6], γεγονός που αφήνει να εννοηθεί ότι η νομική μορφή των επιχειρήσεων δεν πρέπει να συνιστά εμπόδιο στην ελευθερία τους να υποβάλουν προσφορά. Το ως άνω στοιχείο επαναλαμβάνεται στο άρθρο 26, παράγραφος 2, σύμφωνα με το οποίο απαγορεύεται η απόρριψη προσφοράς με το αιτιολογικό απλώς και μόνο ότι υποβάλλεται από φυσικό ή νομικό πρόσωπο.

18. Έπεται ότι, αν ως προαπαιτούμενο για την ανάθεση συμβάσεως είναι συγκεκριμένη νομική δομή, τότε το γεγονός αυτό μπορεί να εκληφθεί ως αδικαιολόγητος περιορισμός του δικαιώματος των επιχειρηματιών να συναγωνίζονται υπό ίσους για όλους όρους.

19. Το άρθρο 26, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50 επιβεβαιώνει την ως άνω άποψη

2 — Έκτη αιτιολογική σκέψη.
3 — Εικοστή αιτιολογική σκέψη.
4 — Δεύτερη αιτιολογική σκέψη.
5 — Έκτη αιτιολογική σκέψη.

6 — Ibidem.

αποσαφηνίζοντάς το σε περίπτωση κατά την οποία περισσότερες επιχειρήσεις προτίθενται να ανταποκριθούν από κοινού στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών. Δυνάμει της διατάξεως αυτής, οι κοινοπραξίες παρεχόντων υπηρεσίες επιτρέπεται ρητώς να υποβάλλουν προσφορές, ενώ απαγορεύεται στην αναθέτουσα αρχή να απαιτεί να υποχρεώνονται «να περιβάλλονται ιδιαίτερη νομική μορφή προκειμένου να υποβάλουν την προσφορά».

20. Από τις διαφορετικές αυτές διατάξεις εμφαίνεται σαφώς ότι ο κοινοτικός νομοθέτης ενδιαφέρεται λιγότερο για το νομικό ένδυμα που περιβάλλονται οι παρέχοντες υπηρεσίες και περισσότερο για την ικανότητά τους να φέρουν σε πέρας τις αποστολές που τους εμπιστεύονται κατά την ανάθεση των δημοσίων έργων, και μάλιστα να διαθέτουν τα πρόσφορα μέσα για την εκτέλεσή τους, ανεξάρτητα από την οργάνωσή τους. Η κατάργηση των συνδεομένων με το νομικό καθεστώς των επιχειρηματιών εμποδίων είναι μέσον για την υποβολή πολλαπλών προσφορών, ιδίως όσων προέρχονται από επιχειρήσεις άλλων κρατών μελών της Κοινότητας εκτός του κράτους όπου χωρεί η διαδικασία αναθέσεως, χωρίς να θίγονται οι ουσιαστικές επιταγές που άπτονται της ορθής εκτελέσεως των παρεχομένων υπηρεσιών.

21. Άρα, η επιλεκτέα ερμηνεία της οδηγίας 92/50 είναι περισσότερο λειτουργική παρά τυπική. Έτσι, μολονότι φαίνεται να ανταποκρίνονται σε κάποια τυπολατρία, ορισμένες επιβαλλόμενες από την οδηγία 92/50 υποχρεώσεις προορίζονται συγκεκριμένα για την προώθηση της ορθής εκτελέσεως των συμβάσεων, περιορίζοντας τους κινδύνους στους οποίους εκτίθενται οι αναθέτουσες αρχές.

22. Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα της μορφής αυτής απαιτήσεων αποτελεί το άρθρο 26, παράγραφος 3, το οποίο επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να υποχρεώνει τα νομικά πρόσωπα να «(...) αναφέρουν τα ονόματα και τα επαγγελματικά προσόντα των προσώπων που θα έχουν την ευθύνη της εκτελέσεως της συγκεκριμένης υπηρεσίας». Αν δεν μπορεί να απαγορευθεί η ανάθεση συμβάσεως σε νομικό πρόσωπο υπό το πρόσχημα απλώς και μόνο της νομικής μορφής του, πάντως επιβάλλεται το να μη στερείται η αναθέτουσα αρχή των πληροφοριών που της επιτρέπουν να εκτιμήσει την ικανότητα του παρέχοντος υπηρεσίες να εκτελέσει την προσφορά υπό τους προβλεπόμενους όρους.

23. Επομένως, ο κοινοτικός νομοθέτης φρόντισε ώστε η απόλυτη άσκηση της ελεύθερης κυκλοφορίας να μη θίγει την ορθή εκτέλεση των παρεχομένων υπηρεσιών, στοιχείο χωρίς το οποίο η κοινοτική κανονιστική ρύθμιση θα στερούνταν νοήματος. Τόσον η οδηγία 92/50 όσο και η επιβαλλόμενη ερμηνεία της αποτελούν το σημείο εξισορροπήσεως μεταξύ των δύο βασικών επιταγών που είναι η επιδίωξη επαρκούς απελευθερώσεως των συμβάσεων και ο καθορισμός κανόνων διασφαλιζόντων στην αναθέτουσα αρχή την παροχή υπηρεσιών ποιότητας.

24. Η εν λόγω αρχή πρέπει να είναι σε θέση να εκτιμά την ικανότητα των υποβαλλόντων προσφορές να εκτελούν τη σύμβαση κατά τον ευκταίο τρόπο.

25. Τα άρθρα 31 και 32 της οδηγίας 92/50 επιδιώκουν την επίτευξη του στόχου αυτού. Το πρώτο απαριθμεί τα αποδεικνύοντα την χρηματοοικονομική ικανότητα που ενδέχεται να ζητηθεί από τον παρέχοντα υπηρεσίες δικαιολογητικά, τους τρόπους που καθιστούν εφικτή την προσκόμισή τους, καθώς και την εναλλακτική λύση σε περίπτωση κατά την οποία ο παρέχων υπηρεσίες αδυνατεί να προσκομίσει τα αιτούμενα έγγραφα. Η δεύτερη διάταξη θέτει ορισμένα κριτήρια, χαρακτηριστικά της ικανότητας των παρεχόντων υπηρεσίες να παράσχουν τις αιτούμενες υπηρεσίες, παραθέτει κατάλογο των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν την τεχνική ικανότητά τους και αποσαφηνίζει τους τρόπους με τους οποίους μπορεί να τα απαιτεί η αναθέτουσα αρχή.

26. Ουδόλως απαιτείται να εγκύψω επί μακρόν στην αιτιολογική βάση των ως άνω διατάξεων δεδομένου ότι έχουν προφανώς ως αντικείμενο την προστασία του συμφέροντος της αναθέτουσας αρχής έναντι της υποψηφιότητας επιχειρηματιών που ενδιαφέρονται περισσότερο να επιτύχουν την ανάθεση συμβάσεων επ' αμοιβή παρά να εγγυηθούν την εξ αυτής απορρέουσα βασική αποστολή, ήτοι την ευσυνείδητη εκτέλεσή τους.

27. Πάντως, από το περιεχόμενο των διατάξεων αυτών μπορούν να συναχθούν δύο ενδεικτικά στοιχεία τα οποία είναι εξίσου χρήσιμα για την εξέταση του παρόντος προδικαστικού ερωτήματος.

28. Πρώτον, μολονότι η περίσσεια των προσφορών είναι θετική αφ' εαυτής για τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής, δεν μπορεί να επιδιώκεται με τίμημα την παροχή μετρίας ποιότητας υπηρεσιών. Η ανάγκη αυτή καθιστά θεμιτή τη σχετική θωράκιση και δικαιολογεί η διδόμενη στις διατάξεις που την επιβάλλουν ερμηνεία να λαμβάνει υπόψη τους κινδύνους εξαπατήσεως που ενδέχεται να καταπνίξουν εξ αυτού τα προστατευτικά αποτελέσματα. Οι συνέπειες μιας λύσεως συνισταμένης στην αποδοχή ότι οι καθοριζόμενες με την οδηγία 92/50 νόμιμες προϋποθέσεις πληρούνται από άλλα πλην της υποβάλλουσας την προσφορά επιχειρήσεως πρόσωπα πρέπει, συνακόλουθα, να εκτιμώνται προσεκτικά.

29. Δεύτερον, ναι μεν η αναφορά με τις δύο αυτές διατάξεις στον παρέχοντα υπηρεσίες μπορεί να υπαινίσσεται ερμηνεία ευνοϊκή έναντι της προσκομίσεως δικαιολογητικών που περιορίζονται στον ίδιο τον παρέχονται τις υπηρεσίες [7], άλλα χωρία, όμως, συνηγορούν υπέρ μιας λιγότερο αυστηρής ερμηνείας.

30. Έτσι, το άρθρο 31, παράγραφος 3, επιτρέπει στον παρέχοντα υπηρεσίες να αποδείξει, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, τη χρηματοοικονομική ικανότητά του «(...) με

7 — Τα άρθρα 31 και 32 κάνουν λόγο για τη χρηματοοικονομική και τεχνική ικανότητα του παρέχοντος υπηρεσίες, αναφερόμενα με τον τρόπο αυτό μόνο στον ίδιο τον υποβάλλοντα προσφορά. Ομοίως, το άρθρο 32 ορίζει ότι «Η ικανότητα των παρεχόντων υπηρεσίες να παράσχουν τις ζητούμενες υπηρεσίες είναι δυνατόν να εκτιμηθεί ειδικότερα βάσει της τεχνογνωσίας, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους». Αναφέρει ενδεικτικά «τίτλους σπουδών και επαγγελματικούς τίτλους των παρεχόντων υπηρεσίες ή/ και των διεθυντικών στελεχών των επιχειρήσεών των, ιδίως δε εκείνου ή εκείνων που θα έχουν την ευθύνη της παροχής των υπηρεσιών» και «δήλωση σχετικά με τον ετήσιο μέσον όρο του εργατοϋπαλληλικού προσωπικού και αναλογία του διευθυντικού προσωπικού της επιχειρήσεως του παρέχοντος υπηρεσίες κατά τα τρία τελευταία έτη». Η διάταξη αναφέρεται προφανώς σε στοιχεία που αφορούν την ίδια την επιχείρηση.

οποιοδήποτε άλλο έγγραφο το οποίο οι αναθέτουσες αρχές κρίνουν κατάλληλο», γεγονός που επιτρέπει στις τελευταίες, αφήνοντάς τους κάποιο περιθώριο εκτιμήσεως, να δέχονται ότι τα δικαιολογητικά μπορούν να προσκομίζονται και από άλλους, πλην του παρέχοντος υπηρεσίες, εφόσον παρέχουν τα ίδια εχέγγυα. Ομοίως, το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχείο γ', στοχεύει ρητώς την περίπτωση κατά την οποία το τεχνικό προσωπικό ή οι τεχνικές υπηρεσίες στις οποίες προστρέχει ο παρέχων υπηρεσίες δεν ανήκουν στην επιχείρησή του. Και άλλες διατάξεις τείνουν προς αυτή την κατεύθυνση, όπως το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχείο η', που δέχεται το ενδεχόμενο ο παρέχων υπηρεσίες να προστρέξει σε τρίτους υπεργολαβικώς, ή το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχείο ε', που προβλέπει «δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που θα *διαθέσει* ο παρέχων υπηρεσίες για την εκτέλεση της συμβάσεως» [8], αποκλείοντας έτσι το ενδεχόμενο η απαιτούμενη δήλωση να περιορίζεται μόνο στα ίδια μηχανήματα της επιχειρήσεως.

31. Άρα, η υποθετική περίπτωση της «προσωποπαγοποιήσεως» των απαιτουμένων από την αναθέτουσα αρχή ικανοτήτων του υποβάλλοντος προσφορές είναι συζητήσιμη ενόψει της ίδιας της διατυπώσεως της οδηγίας 92/50, εφόσον γίνεται πολλαπλή αναφορά με διατάξεις της στη διάθεση μέσων ξένων προς την επιχείρηση. Επιβεβαιώνοντας αυτό που οι επιδιωκόμενοι με την οδηγία στόχοι άφηναν να εννοηθεί, η ως άνω κατάσταση ωθεί προς μια χαλαρή ερμηνεία των διατάξεων που αφορούν τους όρους θεμελιώσεως των ικανοτήτων που διαθέτουν οι υποβάλλοντες προσφορές.

8 — Η υπογράμμιση δική μου.

Η νομολογία Ballast Nedam Groep

32. Η νομολογία του Δικαστηρίου με βάση τις αποφάσεις Ballast Nedam Groep της 14ης Απριλίου 1994 [9] και της 18ης Δεκεμβρίου 1997 [10] επιβεβαιώνει τον ως άνω προσανατολισμό.

33. Στην υπόθεση Ballast Nedam I το ζητούμενο ήταν αν εταιρία holding μπορεί να αποκλειστεί από τη διαδικασία συμμετοχής σε διαγωνισμό για την ανάθεση συμβάσεως δημοσίων έργων με το αιτιολογικό ότι δεν εκτελεί η ίδια εργασίες — στην περίπτωση εκείνη λόγω αρνήσεως της αναγνωρίσεως που ίσχυε μέχρι τότε — και σε αρνητική περίπτωση υπό ποιες προϋποθέσεις μπορεί να δικαιολογήσει τις αναγκαίες για την ως άνω συμμετοχή ικανόνες [11].

9 — Υπόθεση C-389/92 (Συλλογή 1994, σ. I-1289, στο εξής: απόφαση Ballast Nedam I).

10 — Υπόθεση C-5/97 (Συλλογή 1997, σ. I-7549, στο εξής: Ballast Nedam II).

11 — Με την απόφαση Ballast Nedam II, ερμηνεύεται η απόφαση Ballast Nedam I ως προς τον υποχρεωτικό ή προαιρετικό χαρακτήρα του συνυπολογισμού, εκ μέρους της επιφορτισμένης να αποφαίνεται επί της αιτήσεως αναγνωρίσεως αρχής, των στοιχείων τρίτων εταιριών. Το Δικαστήριο διευκρίνισε «(...) ότι η αρχή που είναι αρμόδια να αποφαίνεται επί αιτήσεως αναγνωρίσεως υποβαλλομένης από δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου είναι *υποχρεωμένη*, οσάκις αποδεικνύεται ότι βρίσκονται όντως στη διάθεση του εν λόγω νομικού προσώπου τα μέσα των ανηκουσών στον όμιλο εταιριών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων, να λαμβάνει υπόψη τις ανωτέρω εταιρίες προκειμένου να εκτιμήσει την ικανότητα του ενδιαφερομένου νομικού προσώπου (...)» (σκέψη 14, η υπογράμμιση δική μου). Η απόφαση αυτή ενδιαφέρει λιγότερο άμεσα την παρούσα δίκη απ' όσο η απόφαση Ballast Nedam I, δεδομένου ότι, με την υπόθεση της κύριας δίκης που κατέληξε στην υποβολή του παρόντος προδικαστικού ερωτήματος, το ζητούμενο είναι αν υφίσταται καν το δικαίωμα — και όχι ο επιτακτικός ή προαιρετικός χαρακτήρας του — να λαμβάνονται υπόψη στοιχεία ξένα προς τον υποβάλλοντα προσφορά τον οποίο έχει αναγνωρίσει η αναθέτουσα αρχή.

34. Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι οι εφαρμοστέες εν προκειμένω οδηγίες [12] «(...) πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι επιτρέπουν, προκειμένου να εκτιμηθούν τα κριτήρια στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ένας εργολήπτης κατά την εξέταση της αιτήσεως αναγνωρίσεως που έχει υποβληθεί από το δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου, να λαμβάνονται υπόψη οι εταιρίες που ανήκουν στον όμιλο αυτόν, εφόσον το εν λόγω νομικό πρόσωπο αποδεικνύει *ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα* των εν λόγω εταιριών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων δημοσίων έργων» και ότι «Εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να κρίνει αν αποδεικτικά στοιχεία αυτού του είδους έχουν προσκομιστεί στο πλαίσιο της κύριας δίκης» [13].

35. Άρα, το Δικαστήριο έκανε δεκτό ότι ο επιχειρηματίας που δεν είναι σε θέση να εκτελέσει ο ίδιος σύμβαση, επειδή δεν ικανοποιεί τα ποιοτικά κριτήρια επιλογής που απαιτούν οι εν λόγω διατάξεις, μπορεί να επικαλεστεί τα μέσα άλλων εταιριών, υπό την επιφύλαξη ότι τα μέσα αυτά τίθενται πράγματι στη διάθεσή του.

36. Οφείλω να εξετάσω δύο σημεία που επιτρέπουν να διευκρινιστεί το ακριβές περιεχόμενο της ανωτέρω αποφάσεως και συνακόλουθα η δυνατότητα εφαρμογής της στην παρούσα υπόθεση.

37. Αφενός, το Δικαστήριο αποφάνθηκε, με την απόφαση Ballast Nedam I, επί της ερμηνείας της κοινοτικής κανονιστικής ρυθμίσεως των συμβάσεων δημοσίων έργων, ενώ το παρόν προδικαστικό ερώτημα αφορά το κοινοτικό δικαίωμα των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών. Επομένως, είναι θεμιτό να εξετασθεί αν ό,τι ισχύει στον ένα τομέα ισχύει και στον άλλο.

38. Οι διαφορές μεταξύ των δύο νομοθετημάτων αντανακλώνται, στην κανονιστική ρύθμιση των συμβάσεων δημοσίων έργων, μέσω των σαφέστερων αναφορών στο δικαίωμα των εργοληπτών να αναθέτουν την εκτέλεση των συμβάσεων σε άλλους επιχειρηματίες [14]. Μολονότι ενισχύουν τα επιχειρήματα υπέρ του δικαιώματος αυτού στον τομέα των έργων, οι ως άνω διαφορές δεν αποδυναμώνουν, κατά την άποψή μου, τα προεκτεθέντα στοιχεία [15] προς στήριξη της απόψεως της αναγνωρίσεως της ιδίας ευχερείας υπέρ των υποβαλλόντων προσφορές στον τομέα των υπηρεσιών.

39. Για τη μη εφαρμογή της λύσεως της αποφάσεως Ballast Nedam I στην περίπτωση δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών λόγω του ότι το αντικείμενο της συμβάσεως δεν είναι το αυτό, θα έπρεπε να αποδειχθεί ότι οι πράξεις

12 — Οδηγία 71/304/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί καταργήσεως των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και στην ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 3), και οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7).

13 — Σκέψη 18, η υπογράμμιση δική μου.

14 — Σύμφωνα με τη διατύπωση της οδηγίας 71/304, «(...) οι συμβάσεις δημοσίων έργων μπορούν να ανατεθούν σε αναδόχους που εκτελούν τα έργα μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων» (απόφαση Ballast Nedam I, σκέψη 10). Η οδηγία 89/440/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουλίου 1989, περί τροποποιήσεως της προαναφερομένης οδηγίας 71/305 (ΕΕ L 210, σ. 1), προβλέπει περαιτέρω ότι οι συμβάσεις δημοσίων έργων «(...) έχουν ως αντικείμενο είτε τόσο την εκτέλεση, όσο και τη μελέτη έργων ή έργου, είτε "την πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, ενός έργου που ανταποκρίνεται στις ανάγκες που προσδιορίζει η αναθέτουσα αρχή"» (απόφαση Ballast Nedam I, σκέψη 14).

15 — Σημεία 14 έως 31 των ανά χείρας προτάσεων.

που συνίστανται στην παροχή υπηρεσιών επιτρέπουν λιγότερο, ως εκ της φύσεώς τους, την προσφυγή εκ μέρους του υποβάλλοντος προσφορά σε μέσα ξένα προς την επιχείρησή του απ' ό,τι οι πράξεις που έγκεινται στην κατασκευή έργων.

40. Αυτό, όμως δεν αποδείχθηκε. Άλλωστε, αντιλαμβάνομαι δυσχερώς τους λόγους που επιβάλλουν ο ίδιος ο επιχειρηματίας να πληροί τους τεχνικούς ή χρηματοοικονομικούς όρους που ισχύουν για τους υποβάλλοντες προσφορά σε θέματα υπηρεσιών τη στιγμή που δεν ισχύει το ίδιο στον τομέα των έργων. Οι λόγοι αυτοί καθίστανται ακόμη λιγότερο προφανείς, όσον αφορά τα δικαιολογητικά της χρηματοοικονομικής ικανότητας μιας επιχειρήσεως, καθόσον η αυστηρά χρηματική και ποσοτική εγγύηση που επιδιώκεται μέσω αυτών είναι άσχετη προς το ίδιο το αντικείμενο της συμβάσεως. Όσον αφορά τα δικαιολογητικά της τεχνικής ικανότητας του παρέχοντος υπηρεσίες, αρκεί η υπόμνηση της διατυπώσεως του άρθρου 32, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 92/50, σύμφωνα με το οποίο δίδεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να ενημερώνεται για τη μεσολάβηση τεχνικού προσωπικού ή τεχνικών υπηρεσιών που δεν ανήκουν στην επιχείρηση του παρέχοντος υπηρεσίες. Η ως άνω διάταξη επιβεβαιώνει ρητώς ότι, σε θέματα δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, επιτρέπεται η προσφυγή στις ικανότητες εξωτερικού παράγοντα προκειμένου να στηριχθεί η επιχειρηματολογία των υποβαλλόντων προσφορά στα πλαίσια της προτάσεώς τους.

41. Κατ' εμέ, από την άποψη αυτή η απόφαση Ballast Nedam I μπορεί κάλλιστα να εφαρμοστεί.

42. Το δεύτερο στοιχείο αφορά τη θέση της υποβάλλουσας την προσφορά εταιρίας έναντι των εταιριών, τις ικανότητες των οποίων αυτή επικαλείται. Όπως παρατήρησαν η Ιταλική Κυβέρνηση και η Holst Italia, ο υποβαλών προσφορά, ήτοι η Ruhrwasser, δεν ασκεί δεσπόζουσα επιρροή επί της επιχειρήσεως που διαθέτει τους απαιτούμενους στην παρούσα υπόθεση τίτλους, ήτοι της Ruhrverband. Αντίθετα, στην απόφαση Ballast Nedam I, το Δικαστήριο δεν παρέλειψε να υπογραμμίσει ότι η διεκδικούσα το δικαίωμα να υποβάλει προσφορά εταιρία holding ήταν το δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου.

43. Θα μπορούσα να καταλήξω στο συμπέρασμα ότι η δεσπόζουσα θέση μιας επιχειρήσεως είναι αναγκαία προϋπόθεση για την αναγνώριση του δικαιώματος μιας εταιρίας να επικαλεστεί άλλες, εκτός των δικών της, ικανότητες. Συγκεκριμένα, είναι σαφές ότι όσο περισσότερο είναι εκτεταμένη τόσο περισσότερο η εξουσία που έχει ανατεθεί σε υποβάλλοντα προσφορά για τη λήψη αποφάσεων, έναντι άλλων εταιριών, διασφαλίζει υπέρ της αναθέτουσας οντότητας ότι τα μέσα των εταιριών αυτών θα διατεθούν στον επιχειρηματία για τις ανάγκες της συμβάσεως.

44. Πάντως, πιστεύω ότι η διάθεση μέσων που είναι χρήσιμα για την ορθή εκτέλεση της συμβάσεως, αλλά ξένων προς τον ίδιο τον παρέχοντα υπηρεσίες, δεν προϋποθέτει κατ' ανάγκη σχέση εξαρτήσεως, έναντι του υποβάλλοντος προσφορά, των επιχειρήσεων που διαθέτουν ικανότητες ή μέρος των ικανοτήτων που αυτός προβάλλει. Όπως προανέφερα, ο σκοπός της οδηγίας 92/50 επιτάσσει ερμηνεία ευνοούσα τη γενικευμένη πρόσβαση των επιχειρήσεων στις δημόσιες

συμβάσεις, υπό την επιφύλαξη ότι η επιλογή τους πραγματοποιείται με βάση αιτιολόγηση των αρμοδιοτήτων που διαθέτουν πράγματι και του βαθμού ισχύος των εγγυήσεων που παρέχουν.

45. Προς την κατεύθυνση αυτή επιβάλλεται η ερμηνεία και εφαρμογή στην παρούσα υπόθεση των αρχών που τέθηκαν με την απόφαση Ballast Nedam I.

46. Το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι η εκτέλεση των έργων από νομικά πρόσωπα που διακρίνονται της εταιρίας holding στην οποία ανατέθηκαν τα σχετικά έργα δεν δικαιολογεί τη μη συμμετοχή της στις διαδικασίες προκηρύξεως των δημοσίων συμβάσεων. Το Δικαστήριο πρόσθεσε επίσης ότι «(...) η φύση των δεσμών που (...) συνδέουν [μια εταιρία] με τις θυγατρικές της εταιρίες (...)» δεν λαμβάνεται υπόψη [16] και ότι εναπέκειτο, στη συγκεκριμένη περίπτωση, στο εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει, ενόψει των πραγματικών και νομικών στοιχείων που του υποβλήθηκαν, αν, στα πλαίσια της κύριας δίκης, αποδείχθηκε εκ μέρους της εταιρίας ότι διαθέτει όντως τα μέσα των θυγατρικών της εταιριών [17].

47. Είναι παράδοξο ότι δεν έγινε μνεία της σημασίας που ενδέχεται να έχει, όσον αφορά τη διασφάλιση στην πράξη της διαθέσεως των απαιτουμένων από την αρμόδια αρχή μέσων, η εξουσία λήψεως αποφάσεων που απολαύει, λόγω της θέσεώς της ως μητρικής εταιρίας, η εταιρία holding. Αντίθετα, δίδεται έμφαση στην έλλειψη λυσιτελείας, για τους επιδιωκομένους σκοπούς, της νομικής οργανώσεώς της και στο γνήσιο διακύβευμα που συνιστά ο ευθύς έλεγχος εκ μέρους του δικαστή της αποτελεσματικότητας της ως άνω διαθεσιμότητας.

48. Η διαπίστωση αυτή, καθώς και τα προεκτεθέντα στοιχεία, αντλούμενα τόσο από τους επιδιωκομένους από την οδηγία 92/50 στόχους όσο και από το περιεχόμενό της, συνηγορούν υπέρ της επεκτάσεως της λύσεως που επελέγη στην απόφαση Ballast Nedam I και επί των σχέσεων που διατηρεί η Ruhrwasser με τη Ruhrverband, μολονότι οι περιουσιακές αυτές σχέσεις είναι αντίστροφες, συγκρινόμενες με την περίπτωση που είχε τεθεί στην κρίση του Δικαστηρίου στα πλαίσια της προαναφερθείσας υποθέσεως, και, αντί να είναι «δεσπόζουσα», η ενδιαφερόμενη εταιρία βρίσκεται σε θέση εξαρτήσεως.

49. Φυσικά, δεν πρόκειται από δύο τόσο διαφορετικές έννομες καταστάσεις να συναγάγω το συμπέρασμα ότι η αναθέτουσα αρχή διαθέτει, τόσο στη μία όσο και στην άλλη περίπτωση, την ίδια εγγύηση περί αποτελεσματικής διαθέσεως των ξένων προς την υποβάλλουσα προσφορά εταιρία μέσων.

50. Παρατηρώ απλώς ότι η φύση του νομικού δεσμού που ενώνει τις δύο επιχειρήσεις δεν μπορεί να προδικάζει την πραγματική διάθεση των μέσων, τη δικαιολόγηση των οποίων η οδηγία 92/50 επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν. Με άλλους λόγους, καίτοι το εθνικό δικαστήριο είναι ελεύθερο να εκτιμά ότι, λόγω των χαρακτηριστικών του συνδέσμου αυτού ή άλλων

16 — Απόφαση Ballast Nedam I, σκέψη 17.
17 — Ibidem.

πραγματικών και νομικών περιστάσεων που προσιδιάζουν στη συγκεκριμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή δεν διασφαλίζεται σε επίπεδο των αναγκαίων για την εκτέλεση της συμβάσεως ικανοτήτων, έχω την αίσθηση ότι είναι υπερβολικό να κριθεί ότι, κατ' αρχήν, το γεγονός ότι μια επιχείρηση επικαλείται, προκειμένου να συμμετάσχει σε πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, τα τεχνικά και χρηματοοικονομικά μέσα άλλης εταιρίας στην οποία η πρώτη ανήκει εν όλω ή εν μέρει, της απαγορεύει να υποβάλει προσφορά. Εν τέλει, ολίγον ενδιαφέρει η μέθοδος που χρησιμοποιείται προκειμένου να διασφαλιστεί η αποτελεσματική διάθεση εκ μέρους του υποβάλλοντος προσφορά των μέσων και εγγυήσεων που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που μπορεί να ελεγχθεί η σχετική διαθεσιμότητα.

51. Πράγματι, είναι ανερμάτιστος ο ισχυρισμός ότι η φύση των εννόμων σχέσεων μεταξύ της Ruhrwasser και της Ruhrverband αποκλείει κατ' ανάγκη και a priori την ύπαρξη καταστατικής ή συμβατικής φύσεως υποχρεώσεων βαρυνουσών τη δεύτερη, η υποχρεωτική ισχύς της οποίας θα παρείχε στον Δήμο Cagliari την εγγύηση μιας αποτελεσματικής διαθέσεως των αναγκαίων για την εκτέλεση της συμβάσεως μέσων. Όντως, η απάντηση επί του ερωτήματος αυτού εξαρτάται από την εξέταση των πραγματικών δεδομένων που περιλαμβάνει η δικογραφία και των στοιχείων του εφαρμοστέου εθνικού δικαίου επί των οποίων μόνον το εθνικό δικαστήριο μπορεί να αποφανθεί κατά την κρίση του.

Επί της αξιολογήσεως εκ μέρους του εθνικού δικαστηρίου ορισμένων πραγματικών και νομικών στοιχείων

52. Για να βεβαιωθεί ως προς την αποτελεσματική διάθεση εκ μέρους του υποβαλόντος την προσφορά των επικληθεισών εξωτερικών ικανοτήτων, το εθνικό δικαστήριο καλείται να χωρήσει σε εξέταση των πραγματικών και νομικών στοιχείων που αφορούν το περιεχόμενο των ενδεχομένως συναφθεισών συμφωνιών μεταξύ Ruhrwasser, RWG και Ruhrverband — ή μεταξύ των δύο εταιριών που εμπλέκονται στην επίδικη δημόσια σύμβαση — ή των καταστατικών σχέσεων μεταξύ τους, καθώς και του δεσμευτικού χαρακτήρα της νομικής σχέσεως που ενώνει τις εν λόγω εταιρίες.

53. Ο έλεγχος του *περιεχομένου της υποχρεώσεως* που υπέχει η μητρική εταιρία έναντι της θυγατρικής της πρέπει να επιτρέπει την εξασφάλιση ότι οι τεχνικές ικανότητες και οι χρηματικές εγγυήσεις που επικαλείται η δεύτερη συμβάλλουν κατά τρόπο πρόσφορο στην πραγματοποίηση των προβλεπομένων για την εκτέλεση της δημοσίας συμβάσεως πράξεων.

54. Στην υπόθεση της κύριας δίκης, η αιτηθείσα από την αναθέτουσα αρχή αιτιολόγηση σε χρηματοοικονομικό επίπεδο αφορά τον μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών στον τομέα της διαχειρίσεως των σταθμών καθαρισμού και αντλιοστασίων λυμάτων. Η επιταγή αυτή, η οποία εμπίπτει στο άρθρο 31, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 92/50 μπορεί, κατ' εμέ, να πληρούται μόνον εφόσον αποδεικνύεται ότι ο υποβάλλων προσφορά είναι σε θέση να προσφύγει σε μεγάλο βαθμό στις υπηρεσίες της εταιρίας στην οποία προστρέχει.

55. Πράγματι, η σχετική επίκληση εγγυάται στην προκειμένη περίπτωση υπέρ της ανα-

θέτουσας αρχής το πλεονέκτημα μιας κατ' ελάχιστον επαγγελματικής πείρας, η οποία, προκειμένου να είναι όντως λυσιτελής, πρέπει να αφορά ευθέως την εκτέλεση της συμβάσεως. Επομένως, είναι ουσιώδης η διασφάλιση ότι η εταιρία, στην εμπειρία της οποίας γίνετα αναφορά, θα είναι εκείνη η οποία, σε περίπτωση μη πραγματοποιήσεως των περιγραφομένων από την αναθέτουσα αρχή πράξεων, πρόκειται να διασφαλίσει τουλάχιστον τη διεύθυνση, διαθέτοντας έτσι επωφελώς την τεχνική ικανότητά της [18].

56. Η συλλογιστική αυτή μπορεί να τύχει εφαρμογής επί της δεύτερης εγγυήσεως που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή και αφορά την άσκηση αποτελεσματικής διαχειρίσεως σταθμού καθαρισμού αστικών λυμάτων επί δύο συνεχή έτη κατά τη διάρκεια των τριών προηγουμένων ετών. Ομοίως, η προσφυγή σε παρόμοιο κριτήριο έχει νόημα μόνον αν ο υποβαλών προσφορά στον οποίο ανατέθηκε η σύμβαση ένεκα του ότι επικαλέστηκε την εμπειρία άλλης εταιρίας είναι σε θέση να αποδείξει ότι αυτή θα διασφαλίσει την εκτέλεση σε σημαντικό βαθμό.

57. Προκειμένου να εκτιμηθεί η αποτελεσματικότητα της διαθέσεως των προβληθέντων μέσων, επιβάλλεται, δεύτερον, ο έλεγχος αν η νομική πράξη που χρησιμοποιήθηκε συναφώς όχι μόνον είναι νομότυπη αλλ' εγγυάται τα επιθυμητά αποτελέσματα προσδίδοντάς τους *δεσμευτική ισχύ* [19].

58. Θα ήταν θεμιτό, επί παραδείγματι, ο εθνικός δικαστής να ερευνήσει αν συνήφθη συμφωνία, δυνάμει της οποίας η μητρική εταιρία δέχεται ότι υπέχει την υποχρέωση να θέσει στη διάθεση της θυγατρικής της ορισμένα τεχνικά μέσα και χρηματικές εγγυήσεις, αν η συμφωνία αυτή δεσμεύει στην πραγματικότητα τον οφειλέτη και αν, σε περίπτωση μη εκτελέσεως, ο τελευταίος μπορεί να εναχθεί ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων.

59. Υπογραμμίζω συναφώς ότι η σχέση μεταξύ των δύο εταιριών μπορεί να είναι κατά το μάλλον ή ήττον στενή και η οικονομική αυτοτέλεια της θυγατρικής έναντι της μητρικής εταιρίας κατά το μάλλον ή ήττον μεγάλη, ανάλογα με το επίπεδο συμμετοχής της μιας στο κεφάλαιο της άλλης, γεγονός

18 — Για λόγους πληρότητας, πρέπει να παρατηρηθεί ότι το αιτούν δικαστήριο δεν μπορεί να αποδίδει πάντοτε το ίδιο περιεχόμενο στις απαιτούμενες βάσει της οδηγίας 92/50 αποδείξεις οσάκις αυτές αφορούν τρίτο επιχειρηματία. Έτσι, τα στοιχεία που ενδιαφέρουν την οικονομική ευρωστία μιας εταιρίας μπορούν δυσχερώς να εκληφθούν ως πραγματική εγγύηση, όταν τα επικαλείται η υποβαλούσα την προσφορά επιχείρηση έναντι της αναθέτουσας αρχής, εφόσον η εταιρία στην οποία ανατέθηκε η σύμβαση δεν είναι η ίδια βιώσιμη. Ελλείψει ευθείας συμβατικής σχέσεως μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της τρίτης εταιρίας, οι χρηματοδοτικές συστάσεις της δεύτερης μπορούν να αποδειχθούν ανεπαρκείς όσον αφορά τη διαφύλαξη των συμφερόντων της οντότητας που αναθέτει τη σύμβαση. Η ιδέα της «αποτελεσματικής διαθέσεως» δεν έχει τις ίδιες ιδιότητες, όταν πρόκειται για τη χρηματοοικονομική ικανότητα, και δεν είναι βέβαιο ότι σε παρόμοια περίπτωση η αναθέτουσα αρχή έχει συμφέρον να περιοριστεί σε αποδείξεις που είναι ξένες προς τον υποβαλόντα προσφορά. Η λεπτή αυτή διαφορά δεν μπορεί να μένει χωρίς επίπτωση τόσον επί της ελευθερίας των αναθετουσών αρχών να προσφεύγουν στη μορφή αυτή εγγυήσεως όσον και επί της δυναμένης να εφαρμοστεί ερμηνείας του κοινοτικού δικαίου. Εξάλλου, είναι σημαντικό να είναι γνωστό το περιεχόμενο των δεσμεύσεων που συνδέουν την υποβάλλουσα την προσφορά επιχείρηση προς την τρίτη, δεσμεύσεων που μπορούν να την υποχρεώνουν έναντι της αναθέτουσας αρχής.

19 — Όπως προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας, η Ruhrverband επιτελεί έργο συγκείμενο στην παροχή δημόσιας υπηρεσίας στη Γερμανία και δεν διαθέτει το δικαίωμα να ενεργεί εκτός του εθνικού εδάφους. Η οριοθέτηση της δικαιοδοσίας της, από την οποία εξαρτάται η ελευθερία της δράσεως, μπορεί λοιπόν να αποτελέσει τη βάση για την εκτίμηση εκ μέρους του εθνικού δικαστή της ικανότητάς της να θέσει στην πράξη τα μέσα που επικαλείται η Ruhrwasser στη διάθεση της αναθέτουσας αρχής.

που έχει κάποια επίπτωση επί των εγγυήσεων και μέσων που απολαύει η αναθέτουσα αρχή.

60. Ασφαλώς, όταν η μητρική εταιρία είναι η λαβούσα την απόφαση να συμμετάσχει στην πρόσκληση για υποβολή προσφορών — μολονότι η σύμβαση ανατέθηκε τυπικά στη θυγατρική της — κατ' ελάχιστον θα μπορούσε να υποτεθεί ότι ενδέχεται να αρνηθεί να θέσει στη διάθεση της θυγατρικής τα μέσα που αυτή διαθέτει.

61. Πάντως, δεν μπορεί να αποκλείεται εντελώς η υποβαλούσα την προσφορά θυγατρική να βρεθεί αντιμέτωπη, ενώ είναι η μόνη νομικώς δεσμευομένη έναντι της αναθέτουσας αρχής, με αλλαγή προσανατολισμού εκ μέρους της μητρικής εταιρίας, η οποία διαθέτει και την εξουσία λήψεως αποφάσεων.

62. Υπάρχει φόβος η αναθέτουσα αρχή, βασικό θύμα των απροβλέπτων αποτελεσμάτων μιας κακής ή ανεκτέλεστης συμβάσεως και ενώπιον της αδυναμίας να επιτύχει από τον αντισυμβαλλόμενό της την ταχεία και ικανοποιητική εκτέλεση της συμβάσεως ή την καταβολή χρηματικής αποζημιώσεως λόγω της μη εκτελέσεώς της, να μην έχει τη δυνατότητα να κάνει χρήση περαιτέρω του δικαιώματος να ασκήσει την αγωγή της κατά της μητρικής εταιρίας.

63. Υπό την επιφύλαξη των στοιχείων του εθνικού δικαίου επί του θέματος, μπορεί να πιθανολογηθεί ότι είναι αδύνατη η διαπίστωση της μη εκτελέσεως της συμβατικής υποχρεώσεως αλλά και η συναφής αποζημίωση αν η μητρική εταιρία, η οποία φέρει την υποχρέωση της διαθέσεως, διαθέτει το σύνολο της εξουσίας λήψεως αποφάσεων εντός της θυγατρικής της. Διαθέτοντας αποκλειστικά την εξουσία να επιτύχει ενδίκως την εκτέλεση των επιδίκων υποχρεώσεων, κατέχει με τον τρόπο αυτό και την εξουσία της εκμηδενίσεως των ιδίων δεσμεύσεών της. Στην περίπτωση αυτή, οι εγγυήσεις που παρασχέθησαν στην αναθέτουσα αρχή υπάρχει κίνδυνος να καταντήσουν απλή επίφαση καλύπτοντας την αδυναμία του υποβαλόντος την προσφορά να εκπληρώσει τις συμβατικές υποχρεώσεις του.

64. Η δυσχέρεια που ανακύπτει για την αναθέτουσα αρχή έγκειται, λοιπόν, στο ότι η εταιρία που κατέχει την εξουσία για τη λήψη της αποφάσεως περί διαθέσεως των αναγκαίων για τη σύμβαση μέσων και εγγυήσεων και εκείνη που φέρει ευθύνη λόγω της ιδιότητάς της ως από κοινού συμβαλλομένου είναι δύο διαφορετικά νομικά πρόσωπα. Επιπλέον, δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οποιαδήποτε ένδικη διαφορά με τη θυγατρική δεν στερείται συνεπειών για τη μητρική εταιρία.

65. Στα πλαίσια της υποθέσεως της κύριας δίκης, αντίθεται, η Ruhrwasser φαίνεται ότι διαθέτει σχετική αυτοτέλεια έναντι της Ruhrverband, δεδομένου ότι, το υπενθυμίζω, το κεφάλαιό της κατανέμεται σε ίσα μέρη μεταξύ έξι εταιριών, μία μόνο από τις οποίες, και συγκεκριμένα η RWG, είναι η εταιρία στην οποία ανήκει εξ ολοκλήρου η περιουσία της Ruhrverband.

66. Προτού ελεγχθεί αν η Ruhrwasser διαθέτει την αποτελεσματική εξουσία να διεκδικήσει τα δικαιώματά της έναντι της μητρικής εταιρίας, ο εθνικός δικαστής πρέπει να βεβαιωθεί για την ύπαρξη των εννόμων μέσων, με βάση τα οποία ο υποβαλών προσφορά μπορεί να ισχυριστεί θεμιτά ότι διαθέτει τις προταθείσες ικανότητες.

67. Εκείνο λοιπόν που ενδιαφέρει, στην προκειμένη περίπτωση, είναι οι νομικές πράξεις που συνδέουν τη Ruhrwasser με τη Ruhrverband να έχουν δεσμευτική νομική ισχύ επιτρέπουσα στον υποβαλόντα προσφορά να είναι εξασφαλισμένος ότι θα τύχει της συνδρομής της μητρικής εταιρίας.

Πρόταση

68. Ενόψει των προεκτεθέντων, προτείνω να δοθεί η ακόλουθη απάντηση στο υποβληθέν από το Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna προδικαστικό ερώτημα:

«Η οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, έχει την έννοια ότι δεν απαγορεύει σε αναθέτουσα αρχή να λαμβάνει υπόψη, προκειμένου να εκτιμήσει κριτήρια επιλογής των χρηματοοικονομικών και τεχνικών ικανοτήτων που πρέπει να διαθέτει μια εταιρία κατά την εξέταση υποβληθείσας προσφοράς στα πλαίσια διαδικασίας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών με σκοπό την παροχή δημόσιας υπηρεσίας, συστατικά στοιχεία άλλης εταιρίας που είναι μοναδική μέτοχος μιας των εταιριών που συμμετέχουν στην πρώτη προαναφερθείσα εταιρία, υπό την επιφύλαξη ότι η εταιρία αυτή αποδεικνύει ότι διαθέτει πράγματι τα μέσα της εταιρίας, τα στοιχεία της οποίας επικαλείται.

Εναπόκειται στον εθνικό δικαστή να εκτιμήσει αν η αιτιολόγηση αυτή παρέχεται στα πλαίσια της κύριας δίκης.

Συναφώς, ο εθνικός δικαστής οφείλει ιδίως να βεβαιωθεί ότι η εταιρία, τα συστατικά στοιχεία της οποίας λαμβάνονται υπόψη, οφείλει να συμμετάσχει, στον ενδεδειγμένο βαθμό, λαμβάνοντας υπόψη το αντικείμενο των επικληθέντων συστατικών στοιχείων, στην εκτέλεση της δημόσιας συμβάσεως.»