ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ CARL OTTO LENZ της 26ης Φεβρουαρίου 1992 *

Κύριε Πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,

Α — Εισαγωγή

1. Με την παρούσα προσφυγή λόγω παραβάσεως, η Επιτροπή προσάπτει στην Unità Sanitaria locale XI — Genova 2 (USL) ότι παρέβη την οδηγία 77/62/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεως κρατικών προμηθειών[1]. Η USL δημοσίευσε στις 10 Οκτωβρίου προκήρυξη διαγωνισμού σχετικά με την προμήθεια διαφόρων προϊόντων κατά τη διάρκεια του έτους 1989, μεταξύ των οποίων και βοείου κρέατος αξίας 5 800 000 000 ιταλικών λιρών. Με την προκήρυξη του διαγωνισμού επιβλήθηκε μια ελάχιστη προϋπόθεση για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, η οποία, κατά την Επιτροπή, είναι αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο· οι υποψήφιοι προμηθευτές έπρεπε να αποδείξουν ότι είχαν προμηθεύσει, κατά τα τρία προηγούμενα έτη (1985 έως 1987), τα ίδια προϊόντα αξίας τουλάχιστον εξαπλάσιας από την αξία κάθε ζητούμενης προμήθειας, ενώ 50 % του ποσού αυτού έπρεπε να αποτελείται από *προμήθειες σε δημόσιες υπηρεσίες*.

2. Απαντώντας στην προσφυγή η Ιταλική Κυβέρνηση προβάλλει διάφορα επιχειρήματα προς δικαιολόγηση της στάσεώς της. Καταρχάς, με το υπόμνημα αντικρούσεως υπέδειξε στην Επιτροπή να αποσύρει την προσφυγή της, λόγω του ότι τα αποτελέσματα της επίδικης ρήτρας έπαυσαν να υφίστανται όταν περατώθηκε ο διαγωνισμός, ισχυρίστηκε δε ότι η εν λόγω ρήτρα δεν επαναλήφθηκε στους μεταγενέστερους διαγωνισμούς. Στη συνέχεια της έγγραφης διαδικασίας η Ιταλική Κυβέρνηση προέβαλε ρητά ένσταση απαραδέκτου, βασιζόμενη στη διαπίστωση ότι η παράβαση είχε παύσει να υφίσταται κατά την ημερομηνία εκδόσεως της αιτιολογημένης γνώμης τον Μάρτιο του 1990 και, συνεπώς, οπωσδήποτε πριν από την εκπνοή της προθεσμίας που είχε ταχθεί για να συμμορφωθεί προς την εν λόγω αιτιολογημένη γνώμη.

3. Επιπλέον, η Ιταλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι δεν μπορεί να προσάπτεται σε κράτος μέλος παράβαση οδηγίας από δημόσιο οργανισμό, όταν η οδηγία μεταφέρθηκε κανονικά στο εθνικό δίκαιο. Κατά την Ιταλική Κυβέρνηση, το εν λόγω κράτος μέλος εκπλήρωσε, με τον τρόπο αυτό, τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 189 της Συνθήκης ΕΟΚ. Εξάλλου, οι εθνικές διατάξεις εκτελέσεως υπερισχύουν της οδηγίας, πράγμα το οποίο έχει ως αποτέλεσμα ότι η έννομη προστασία κατά ενδεχομένων παραβάσεων μπορεί να παρέχεται μόνο στο πλαίσιο του εσωτερικού δικαίου.

4. Όσον αφορά το αντικείμενο της προσφυγής επί της ουσίας, η Ιταλική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η επίμαχη ρήτρα δεν αποτελεί παράνομο κριτήριο αποκλεισμού, αλλά μόνο μέτρο εκτιμήσεως των αποδείξεων της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων προμηθευτών, που απαιτείται από την οδηγία.

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

1 — Του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976, ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 24.

5. Η Επιτροπή ζητεί από το Δικαστήριο:

— να αναγνωρίσει ότι, επειδή η Unitá Sanitaria locale XI Genova 2 επέβαλε, ως προϋπόθεση συμμετοχής σε διαγωνισμό κρατικής προμήθειας, το 50 % της απαιτουμένης ελαχίστης αξίας των προμηθειών που έχει πραγματοποιήσει ο υποψήφιος προμηθευτής κατά τα τρία τελευταία έτη να αποτελείται από προμήθειες που έγιναν προς δημόσιες υπηρεσίες, η Ιταλική Δημοκρατία παρέβη τις υποχρέωσεις που υπέχει από την οδηγία 77/62/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών·

— να καταδικάσει την Ιταλική Δημοκρατία στα δικαστικά έξοδα.

6. Η Ιταλική Κυβέρνηση ζητεί από το Δικαστήριο:

— να απορρίψει την προσφυγή·

— να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.

Με το υπόμνημα ανταπαντήσεώς της, η καθής ζητεί από το Δικαστήριο

— να κηρύξει την προσφυγή απαράδεκτη.

7. Όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά, το νομικό πλαίσιο της υποθέσεως καθώς και τα επιχειρήματα των διαδίκων, παραπέμπω στην έκθεση ακροατηρίου.

Β — Απόψεις των διαδίκων

1. *Επί του παραδεκτού*

8. *Η Ιταλική Κυβέρνηση προέβαλε ρητά ένσταση απαραδέκτου της προσφυγής μόλις με το υπόμνημα ανταπαντήσεώς της*, οπότε τίθεται το ερώτημα αν τούτο αρκούσε για να θεωρηθεί ότι η ένσταση αυτή προτάθηκε εμπρόθεσμα.

9. Η καθής Ιταλική Κυβέρνηση, αφενός, προέβαλε με το υπόμνημα αντικρούσεώς της όλα τα επιχειρήματα τα οποία, κατ' αυτήν, στηρίζουν την ένσταση απαραδέκτου της προσφυγής, αφετέρου δε, με το εν λόγω υπόμνημα αντικρούσεως ζήτησε επίσης την απόρριψη της προσφυγής. Το αίτημα αυτό καλύπτει επίσης την απόρριψη της προσφυγής ως απαράδεκτης. Η προσφεύγουσα είχε την ευκαιρία να εκφράσει την άποψή της επί των επιχειρημάτων της καθής στο υπόμνημα απαντήσεώς της. Τέλος, το Δικαστήριο εξετάζει αυτεπαγγέλτως το παραδεκτό των προσφυγών. Βάσει των ανωτέρω σκέψεων, δεν υπάρχει κανένας λόγος να μη λαμβάνονται υπόψη ενδεχομένως υποβαλλόμενες ενστάσεις απαραδέκτου λόγω εκπρόθεσμης υποβολής τους.

10. Στην παρούσα υπόθεση το απαράδεκτο της προσφυγής θα μπορούσε να προκύψει από το γεγονός ότι — όπως εξέθεσε η Επιτροπή κατά την έγγραφη διαδικασία — η προβλεπόμενη στο πλαίσιο της προ της ασκήσεως της προσφυγής διαδικασίας αιτιολογημένη γνώμη εκδόθηκε μόλις τον Μάρτιο του 1990, ενώ η παράβαση, που φέρεται ότι διαπράχθηκε με την προκήρυξη του διαγωνισμού για το έτος 1989, δεν μπορούσε πλέον να υφίσταται μετά τη λήξη της προθεσμίας που έτασσε η αιτιολογημένη γνώμη στην Ιταλική Δημοκρατία για να παύσει την παράβαση. Επιπλέον, η επίδικη ρήτρα δεν περιελήφθη πλέον στους διαγωνισμούς για τα έτη 1990 και 1991.

11. Κατά το άρθρο 169, δεύτερο εδάφιο, της Συνθήκης ΕΟΚ, η ύπαρξη παραβάσεως κατά τον χρόνο της εκπνοής της τασσόμενης με την αιτιολογημένη γνώμη προθεσμίας αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής. Κατά τη νομολογία [2], η οποία πρέπει να ερμηνεύεται σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη, δεν υπάρχει λόγος να αναγνωρίσει το Δικαστήριο παράβαση της Συνθήκης όταν η εν λόγω παράβαση έχει παύσει πριν από την ανωτέρω ημερομηνία. Αυτή η νομολογία είναι πάγια, υπό την έννοια ότι σκοπός της προ της ασκήσεως της προσφυγής διαδικασίας είναι η εξάλειψη της παραβάσεως πριν από την άσκηση της προσφυγής. Συνεπώς, πρέπει να θεωρηθεί ότι, καταρχάς, δεν υπάρχει λόγος αναγνωρίσεως της παραβάσεως της Συνθήκης όταν η εν λόγω παράβαση έχει ήδη εξαλειφθεί μετά την εκπνοή της προθεσμίας που τάσσεται με την αιτιολογημένη γνώμη.

12. Η νομολογία σχετικά με τη διαπίστωση της υπάρξεως εννόμου συμφέροντος στο πλαίσιο προσφυγής λόγω παραβάσεως [3] — λόγω της ευθύνης την οποία ενδεχομένως μπορεί να υπέχει ένα κράτος μέλος έναντι άλλων κρατών μελών της Κοινότητας ή έναντι ιδιωτών — έχει εφαρμογή μόνον όταν η φερομένη παράβαση παύει *μετά* την εκπνοή της προθεσμίας που τάχθηκε με την αιτιολογημένη γνώμη. Εφόσον οι παραβάσεις παύουν *πριν* από αυτό το χρονικό σημείο, δεν υπάρχει, καταρχήν, κανένας λόγος για να θεωρείται ότι εξακολουθεί να υφίσταται το έννομο συμφέρον.

2 — Αποφάσεις της 15ης Ιανουαρίου 1986, 52/84, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1986, σ. 89)· της 5ης Ιουνίου 1986, 103/84, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1986, σ. 1759, σκέψη 6 επ.) και μέρος Β, σημείο 1, στοιχείο α, των προτάσεών μου· της 10ης Μαρτίου 1987, 199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1987, σ. 1039, σκέψεις 7 επ.)· της 24ης Μαρτίου 1988, 340/86, Επιτροπή κατά Ελλάδος (Συλλογή 1988, σ. 1835, σκέψεις 15 και 16) και σημεία 7 επ. των προτάσεών μου.

3 — Αποφάσεις της 9ης Ιουλίου 1970, 26/69, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Slg 1970, σ. 565)· της 30ής Μαΐου 1991, C-361/88, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1991, σ. I-2567) και C-59/89, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1991, σ. I-2607)· της 25ης Ιουλίου 1991, C-353/89, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (Συλλογή 1991, σ. I-4069), και της 5ης Ιουνίου 1986, 103/84, όπ.π.

13. Εξαιρέσεις από τον κανόνα αυτό μπορούν να υπάρξουν μόνο σε περίπτωση εποχικών παραβάσεων [4], όταν η παράβαση διαπράττεται για περιορισμένες χρονικές περιόδους λόγω του σκοπού και της νομικής φύσεώς της (για παράδειγμα η περιοδική επιβολή περιορισμών στις εισαγωγές ή τις εξαγωγές με σκοπό την προστασία των ημεδαπών επιχειρηματιών), πράγμα το οποίο καθιστά πιο δυσχερή χρονικά ή και αδύνατη τη διεξαγωγή της διαδικασίας που προηγείται της ασκήσεως προσφυγής λόγω παραβάσεως.

14. Κατά τη γνώμη μου, στην παρούσα υπόθεση δεν υπάρχει κανένας λόγος να εξεταστεί αν μπορεί να γίνει δεκτή μια τέτοια εξαίρεση, έστω και αν η επίμαχη ρήτρα που περιλαμβάνεται στην προκήρυξη του διαγωνισμού ίσχυσε μόνο για μια καθορισμένη εκ των προτέρων χρονική περίοδο, διότι η εν λόγω περίοδος ήταν τέτοια ώστε η ορθή εφαρμογή της προβλεπομένης σε περιπτώσεις παραβάσεως της Συνθήκης διαδικασίας ήταν δυνατή χωρίς δυσκολία: η δημοσίευση του διαγωνισμού έγινε στις 10 Οκτωβρίου 1988, τα δε αποτελέσματά του ολοκληρώθηκαν στο τέλος του έτους 1989. Συνεπώς, η Επιτροπή είχε στη διάθεσή της περίοδο περίπου δεκαπέντε μηνών για να κινήσει την προ της ασκήσεως προσφυγής διαδικασία λόγω παραβάσεως.

15. Δεδομένου ότι η Επιτροπή έταξε στο καθού κράτος μέλος προθεσμία μόλις δεκαπέντε ημερών για να απαντήσει στα έγγραφα που του απηύθυνε στο πλαίσιο της προ της ασκήσεως της προσφυγής διαδικασίας (έγγραφο οχλήσεως της 10ης Σεπτεμβρίου 1989 και αιτιολογημένη γνώμη της 27ης Μαρτίου 1990), δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι για τον χειρισμό της εν λόγω υποθέσεως χρειάστηκε εξαιρετικά μεγάλο χρονικό διάστημα — λόγω των ερευνών που έπρεπε ακόμη να διεξαχθούν ή λόγω της περιπλοκότητας του προβλήματος.

4 — Αποφάσεις της 24ης Μαρτίου 1988, 240/86, όπ.π., και της 30ής Μαΐου 1991, C-110/89, Επιτροπή κατά Ελλάδος (Συλλογή 1991, σ. I-2659).

16. Επομένως, εφόσον ήταν αντικειμενικά δυνατή η εφαρμογή της προ της ασκήσεως προσφυγής λόγω παραβάσεως διαδικασίας χωρίς δυσχέρειες κατά τη διάρκεια περιόδου σχεδόν δεκαπέντε μηνών, κατά την οποία ίσχυε η πρόσκληση προς υποβολή προσφορών, δεν υπάρχει λόγος μη εφαρμογής του κανόνα κατά τον οποίο η παράβαση της Συνθήκης πρέπει να υφίσταται κατά τη λήξη της τασσομένης με την αιτιολογημένη γνώμη προθεσμίας. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να θεωρηθεί απαράδεκτη.

17. Κατά την *επ' ακροατηρίου συζήτηση* της 16ης Ιανουαρίου 1992, η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι η αιτιολογημένη γνώμη της 27ης Μαρτίου 1990 ήταν στην πραγματικότητα η δεύτερη. Η πρώτη αιτιολογημένη γνώμη απευθύνθηκε στο κράτος μέλος στις 17 Αυγούστου 1989. Εφόσον, κατά την Επιτροπή, η καθής Ιταλική Κυβέρνηση αντέδρασε μόλις στις 30 Ιουνίου 1989, με σημαντική καθυστέρηση, στο έγγραφο οχλήσεως, η απάντηση στο οποίο περιήλθε στην Επιτροπή στις 6 Ιουλίου 1989, οπότε το περιεχόμενό της δεν μπορούσε να ληφθεί υπόψη κατά τη σύνταξη της αιτιολογημένης γνώμης της 17ης Αυγούστου 1989, η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι ήταν σκόπιμο να συνταχθεί δεύτερη αιτιολογημένη γνώμη ώστε να ληφθούν υπόψη όλες οι αντιρρήσεις της Ιταλικής Κυβερνήσεως. Συνεπώς, κατά την Επιτροπή, η ευθύνη για την καθυστέρηση που σημειώθηκε στην προκαταρκτική διαδικασία βαρύνει την καθής.

18. Το πρώτο ερώτημα που τίθεται κατά την εκτίμηση του εν λόγω ισχυρισμού είναι αν τα πραγματικά στοιχεία που ετέθησαν για πρώτη φορά κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση μπορούν, γενικά, να ληφθούν υπόψη.

19. Το άρθρο 42 του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου ορίζει τα εξής:

« Παράγραφος 1: Οι διάδικοι μπορούν προς υποστήριξη της επιχειρηματολογίας τους να προτείνουν με τα υπομνήματα απαντήσεως και ανταπαντήσεως αποδεικτικά μέσα. Οι διάδικοι αιτιολογούν την καθυστερημένη πρόταση των αποδεικτικών μέσων.

Παράγραφος 2: Κατά τη διάρκεια της δίκης απαγορεύεται η προβολή νέων ισχυρισμών, εκτός αν στηρίζονται σε νομικά και πραγματικά στοιχεία που ανέκυψαν κατά τη διαδικασία.

(...)

Το Δικαστήριο επιφυλάσσει την κρίση του για το παραδεκτό του ισχυρισμού στην οριστική του απόφαση. »

20. Η αιτιολογημένη γνώμη που απευθύνθηκε στις 17 Αυγούστου 1989 στο καθού κράτος μέλος δεν είναι, ασφαλώς, στοιχείο που ανέκυψε κατά τη διάρκεια της δίκης. Αντίθετα, κατά το άρθρο 169 της Συνθήκης ΕΟΚ, η νομότυπη εφαρμογή της προ της ασκήσεως της προσφυγής διαδικασίας αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής λόγω παραβάσεως, πράγμα που οφείλει να αποδείξει η Επιτροπή. Εξαρχής, η Επιτροπή στήριξε την επιχειρηματολογία της μόνο στην αιτιολογημένη γνώμη της 27ης Μαρτίου 1990. Η Επιτροπή αναφέρθηκε στην προηγούμενη αιτιολογημένη γνώμη μόνον όταν απάντησε σε ερώτηση του Δικαστηρίου σχετικά με το αντικείμενο της προσφυγής της, δεδομένου ότι η αιτιολογημένη γνώμη απευθύνθηκε στο οικείο κράτος μέλος μόλις στις 27 Μαρτίου 1990 και η προσφυγή ασκήθηκε μόλις στις 11 Δεκεμβρίου 1990. Πολύ δύσκολα μπορεί να θεωρηθεί ότι η ερώτηση του Δικαστηρίου αποτελεί « νομικό στοιχείο » υπό την έννοια του άρθρου 42, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας, πράγμα το οποίο θα μπορούσε

να δικαιολογήσει την προβολή αυτού του ισχυρισμού.

21. Γι' αυτό, κατά τη γνώμη μου, η προβολή της επιχειρηματολογίας σχετικά με τη χαρακτηριζόμενη ως πρώτη αιτιολογημένη γνώμη πρέπει να θεωρηθεί στο σύνολό της ως εκπρόθεσμη και, επομένως, να απορριφθεί ως απαράδεκτη, οπότε εξακολουθεί να ισχύει το ανωτέρω διαπιστωθέν απαράδεκτο της προσφυγής.

22. Ακόμα κι αν υποτεθεί, με βάση ένα θεωρητικό συλλογισμό, ότι οι ισχυρισμοί της Επιτροπής ευσταθούν, δύσκολα μπορούν να γίνουν αντιληπτοί οι λόγοι για τους οποίους τα επιχειρήματα που η Ιταλική Κυβέρνηση προέβαλε με το από 30 Ιουνίου 1989 έγγραφό της, που περιήλθε στην Επιτροπή στις 6 Ιουλίου 1989, δεν μπόρεσαν να ληφθούν υπόψη κατά τη διάρκεια της περιόδου έξι εβδομάδων την οποία είχε στη διάθεσή της η Επιτροπή για να ασχοληθεί με την εν λόγω υπόθεση, δεδομένου ότι η αιτιολογημένη γνώμη απεστάλη στις 17 Αυγούστου, ενώ, και στις δύο περιπτώσεις, είχε ταχθεί στην Ιταλική Κυβέρνηση προθεσμία μόλις δεκαπέντε ημερών για να απαντήσει στο έγγραφο οχλήσεως και στην αιτιολογημένη γνώμη. Νομίζω ότι δεν είναι τόσο σαφές ότι, υπό τις συνθήκες αυτές, η Ιταλική Κυβέρνηση ευθύνεται η ίδια για την έκδοση, τον Μάρτιο του 1990, δεύτερης αιτιολογημένης γνώμης. Κατά τη γνώμη μου, η καθυστέρηση που σημειώθηκε όσον αφορά την επεξεργασία της υποθέσεως γενικά και, ειδικότερα, την έκδοση της αιτιολογημένης γνώμης της 27ης Μαρτίου 1990, βαρύνει αποκλειστικά την Επιτροπή, οπότε δεν υφίσταται πλέον έννομο συμφέρον, καθότι η φερομένη παράβαση τερματίστηκε πριν από την εκπνοή της προθεσμίας που τάχθηκε με την αιτιολογημένη γνώμη.

23. Επομένως, αφού η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, θα εκθέσω τις κατωτέρω παρατηρήσεις σχετικά με το βάσιμό της μόνο επικουρικώς.

2. *Το βάσιμο*

α) Η έκταση των υποχρεώσεων των κρατών μελών κατά τη μεταφορά και την εφαρμογή των οδηγιών

24. Η Ιταλική Κυβέρνηση απαντά στις αιτιάσεις σχετικά με την παράβαση που της προσάπτεται διατεινόμενη ότι, όταν μια οδηγία μεταφέρεται κανονικά στο εσωτερικό δίκαιο, οι εθνικοί κανόνες υπερισχύουν, τόσο ως προς τις εφαρμοστέες διατάξεις επί της ουσίας, όσο και ως προς τον έλεγχο της εφαρμογής τους από τα δικαστήρια.

25. Στο πλαίσιο της προ της ασκήσεως της προσφυγής διαδικασίας, η Ιταλική Κυβέρνηση απάντησε, στις 30 Ιουνίου 1989, διατεινόμενη ότι η επίμαχη ρήτρα είναι σύμφωνη προς τη νομοθεσία με την οποία τέθηκε σε εφαρμογή η οδηγία 77/62. Καθόλη τη μετέπειτα εξέλιξη της διαδικασίας η καθής συνέχισε πάντοτε να στηρίζει την επιχειρηματολογία της στην ορθή μεταφορά της οδηγίας.

26. Οι αντιρρήσεις της Ιταλικής Κυβερνήσεως απαιτούν ορισμένες εξηγήσεις σχετικά με την έκταση των υποχρεώσεων κράτους μέλους κατά τη μεταφορά των οδηγιών και την εφαρμογή τους. Ασφαλώς η καθής Ιταλική Κυβέρνηση κακώς υποστηρίζει ότι, όταν ένα κράτος μέλος μεταφέρει ορθά μια οδηγία στο εθνικό του δίκαιο, εκπληρώνει όλες τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 189 για την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Η τυπική μεταφορά είναι απλώς *μία* από τις υποχρεώσεις που επιβάλλει το κοινοτικό δίκαιο στα κράτη μέλη. Τα κράτη μέλη είναι υποχρεωμένα, ακόμη, να εξασφαλίζουν την επίτευξη των σκοπών της οδηγίας στην εθνική έννομη

τάξη όχι μόνο αφηρημένα, με νομοθετικά μέτρα, αλλά και με συγκεκριμένες πράξεις. Αυτή η υποχρέωση εξασφαλίσεως της « πρακτικής αποτελεσματικότητας » [5] των οδηγιών αφορά όλους τους κρατικούς οργανισμούς. Προκύπτει, αφενός, απευθείας από το άρθρο 189 της Συνθήκης ΕΟΚ και, αφετέρου, από το άρθρο 5 της Συνθήκης αυτής, που υποχρεώνει τα κράτη μέλη να λαμβάνουν κάθε γενικό ή ειδικό μέτρο κατάλληλο να εξασφαλίσει την εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη Συνθήκη ή από πράξεις των οργάνων της Κοινότητας.

27. Λαμβανομένων υπόψη αυτών των υποχρεώσεων, μπορεί να δοθεί απάντηση στην ένσταση της Ιταλικής Κυβερνήσεως, κατά την οποία η Επιτροπή αναφέρθηκε μόλις με το υπόμνημα απαντήσεώς της στην υποχρέωση της Ιταλικής Κυβερνήσεως όχι μόνο να μεταφέρει την οδηγία 77/62 στο ιταλικό δίκαιο αλλά και να εξασφαλίσει την πρακτική της αποτελεσματικότητα. Κατά την Ιταλική Κυβέρνηση, επρόκειτο για αιτίαση διαφορετική από εκείνη που είχε προβληθεί με την αιτιολογημένη γνώμη, οπότε ο ανωτέρω ισχυρισμός θα έπρεπε να απορριφθεί λόγω εκπρόθεσμης υποβολής του.

28. Για την Επιτροπή, αντικείμενο της διαδικασίας ήταν ευθύς εξαρχής η συγκεκριμένη παράβαση, όπως στοιχειοθετείται από την προκήρυξη του διαγωνισμού από την USL — Genova 2. Η Επιτροπή επέστησε την προσοχή της Ιταλικής Κυβερνήσεως επί των άλλων υποχρεώσεων που, κατ' αυτήν, βάρυναν το ιταλικό κράτος, μόνον όταν απάντησε στον ισχυρισμό της Ιταλικής Κυβερνήσεως, τον οποίον προέβαλε αμυνόμενη κατά τη διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου, ότι δεν είχε άλλη υποχρέωση πέραν της ορθής μεταφοράς της οδηγίας.

5 — Απόφαση της 10ης Απριλίου 1984, 14/83, von Colson και Kamann (Συλλογή 1984, σ. 1891, σκέψη 15).

29. Ο ισχυρισμός αυτός της Επιτροπής αντανακλά απλώς τη βασική νομική αντίληψη, βάσει της οποίας αποφάσισε να κινήσει τη διαδικασία κατά της φερομένης παραβάσεως. Συνεπώς, δεν μπορεί να γίνει λόγος για επέκταση του αντικειμένου της διαφοράς ή για προβολή νέου λόγου.

30. Η υπεροχή [6] του κοινοτικού δικαίου ισχύει, καταρχήν, και για τις οδηγίες. Συνεπώς, ακόμα και όταν έχουν μεταφερθεί ορθά, σε περίπτωση αμφιβολιών ως προς την ερμηνεία μιας εθνικής νομοθετικής πράξεως αποφασιστική σημασία έχει πάντοτε η οδηγία. Όταν η μεταφορά πραγματοποιείται καθυστερημένα ή εσφαλμένα, το Δικαστήριο έχει δεχθεί, εντός των ορίων που έθεσε [7], την απευθείας εφαρμογή των διατάξεων της οδηγίας [8].

31. Επομένως, εάν η διαφορά μεταξύ της πράξεως με την οποία μεταφέρθηκε η οδηγία στο εθνικό δίκαιο και της ίδιας της οδηγίας συνιστά, ενδεχομένως, παράβαση της Συνθήκης, όπως υποστηρίχθηκε κατά την προ της ασκήσεως της προσφυγής διαδικασία, η οδηγία αποτελεί το μόνο κριτήριο που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη. Σε μια τέτοια περίπτωση, συνιστά παράβαση τόσο η εσφαλμένη μεταφορά, όσο και η εφαρμογή του αντιθέτου προς την οδηγία δικαίου — ανεξάρτητα από το ποια είναι η αιτία της παραβάσεως.

32. Έστω και αν η μεταφορά είχε γίνει ορθά, και πάλι, για να διαπιστωθεί η ύπαρξη πα-

6 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα van Gerven που αναπτύχθηκαν στις 12 Ιουλίου 1990 στην υπόθεση C-106/89, σημείο 9.

7 — Όταν πρόκειται για ανεπιφύλακτες και επαρκώς συγκεκριμένες διατάξεις βλ. τις αποφάσεις της 5ης Απριλίου 1979, 148/78, Ratti (Slg 1979, σ. 1629), και της 19ης Ιανουαρίου 1982, 8/81, Becker (Συλλογή 1982, σ. 53).

8 — Όσον αφορά τα έννομα αποτελέσματα της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, βλ. την απόφαση του Bundesverfassungsgericht της 28ης Ιανουαρίου 1992 σχετικά με την απαγόρευση νυκτερινής εργασίας για τις γυναίκες — 1 BvR 1025/82 — 1 BvL 16/83 — 1 BvL 10/91.

ραβάσεως της Συνθήκης, θα έπρεπε να ληφθεί υπόψη ως κριτήριο ερμηνείας η οδηγία. Συνεπώς, εν πάση περιπτώσει εκείνο που έχει σημασία είναι το αν οι διατάξεις της οδηγίας 77/62 εφαρμόστηκαν ορθά κατά τον διαγωνισμό που προκήρυξε η USL.

33. Εντελώς διαφορετικό είναι το ζήτημα — το οποίο δεν υπάρχει λόγος να εξετασθεί στην παρούσα υπόθεση — των συνεπειών μιας απλής παραβάσεως των εθνικών διατάξεων εφαρμογής από ανεξάρτητα φυσικά ή νομικά πρόσωπα. Οσάκις πρόκειται για πράξη *δημόσιου* οργανισμού, η απάντηση στο ερώτημα αυτό πρέπει να είναι καταφατική [9], τόσον όσον αφορά την ευθύνη του κράτους για το εν λόγω μέτρο στο πλαίσιο της διαδικασίας που εφαρμόζεται σε περίπτωση παραβάσεως, όσο και όσον αφορά τη συγκεκριμένη υποχρέωση που επιβάλλεται στις δημόσιες αρχές και στους δημόσιους οργανισμούς των κρατών μελών να εφαρμόζουν το κοινοτικό δίκαιο [10].

34. Εφόσον οι πράξεις των δημοσίων οργανισμών ελέγχονται, κατά γενικό κανόνα, στο πλαίσιο ασκήσεως προσφυγής λόγω παραβάσεως, λόγω του ότι το κράτος μέλος είναι υπεύθυνο και για τα όργανα εκείνα τα οποία κατέστησαν οργανωτικά αυτόνομα, ο έλεγχος αυτός ισχύει a fortiori στον τομέα εφαρμογής των οδηγιών περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεως κρατικών προμηθειών και συμβάσεων δημοσίων έργων [11].

9 — Βλ. τα σημεία 10 επ. των προτάσεων στην απόφαση της 10ης Ιουλίου 1991, C-247/89, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (Συλλογή 1991, σ. I-3659, I-3670), και 9 επ. των προτάσεων στην απόφαση της 6ης Φεβρουαρίου 1992, C-24/91, Επιτροπή κατά Ισπανίας (Συλλογή 1992, σ. I-1989, I-1995).

10 — Βλ. την απόφαση της 22ας Ιουνίου 1989, 103/88, Fratelli Costanzo (Συλλογή 1989, σ. 1839).

11 — Οδηγία 71/305/ΕΟΚτου Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971 (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7).

35. Η οδηγία 77/62 ορίζει ρητά στο άρθρο 1, στοιχείο β, ότι «ως "αναθέτουσες αρχές" θεωρούνται το Δημόσιο και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (...) όπως καθορίζεται στο Παράρτημα I».

36. Η USL — Genova 2, η οποία προκήρυξε τον διαγωνισμό, είναι δημοτικός οργανισμός, η δε δυνατότητά της να ενεργεί ως αναθέτουσα αρχή, υπό την έννοια της οδηγίας, δεν αμφισβητείται.

37. Η απόφαση Beentjes [12], στην οποία βασίστηκαν οι δύο διάδικοι της παρούσας διαδικασίας, αναφέρεται ακριβώς στο ζήτημα αν ο εν λόγω οργανισμός πρέπει να θεωρηθεί ως δημόσιος οργανισμός, που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 71/305, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων. Πρέπει να γίνει δεκτή η άποψη που υποστηρίζει το Ιταλικό Κράτος, ότι δηλαδή στην υπόθεση 31/87 επρόκειτο περί αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, οπότε η εκδοθείσα απόφαση δεν αφορούσε την ευθύνη του κράτους μέλους στο πλαίσιο προσφυγής λόγω παραβάσεως, έστω και αν είχε υποστηριχθεί ότι είχε διαπραχθεί παράβαση των κοινοτικών διατάξεων στον τομέα των διαγωνισμών. Εντούτοις, λαμβανομένης υπόψη της προαναφερθείσας υποχρεώσεως των κρατών μελών έναντι της Κοινότητας όσον αφορά την εφαρμογή των οδηγιών, πρέπει, καταρχήν, να γίνει δεκτό ότι οι πράξεις ενός δημόσιου οργανισμού, υπό την έννοια της οδηγίας, εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου από το κράτος μέλος. Τούτο προκύπτει από τον καθορισμό του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας περί συντονισμού των συμβάσεων δημοσίων έργων.

12 — Απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87 (Συλλογή 1988, σ. 4635).

38. Συνεπώς, οι αντιρρήσεις της Ιταλικής Κυβερνήσεως σχετικά με τη χρησιμοποίηση της αρχής της απευθείας εφαρμογής των οδηγιών ως κριτηρίου για την εκτίμηση της υπάρξεως ενδεχομένης παραβάσεως της Συνθήκης πρέπει να απορριφθούν.

β) Η σχέση μεταξύ των μέσων έννομης προστασίας στην Κοινότητα και στα κράτη μέλη

39. Τέλος, πρέπει να εξετασθεί ο ισχυρισμός της Ιταλικής Κυβερνήσεως, κατά τον οποίο η επιβολή κυρώσεων για ενδεχόμενη παράβαση των κοινοτικών διατάξεων στον τομέα των διαγωνισμών εναπόκειται στα δικαστήρια των κρατών μελών και, στην περίπτωση αυτή, τα προβλεπόμενα από το κοινοτικό δίκαιο μέσα έννομης προστασίας έχουν μόνο επικουρικό χαρακτήρα.

40. Συναφώς, πρέπει να σημειωθεί ότι δεν υπάρχει μέσο έννομης προστασίας στο εθνικό δίκαιο βάσει του οποίου να μπορεί να επιβληθεί κύρωση για παράβαση της Συνθήκης. Η προσφυγή λόγω παραβάσεως αφορά πάντοτε τις υποχρεώσεις των κρατών μελών έναντι της Κοινότητας. Ακόμα, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι υφίσταται γενικός κανόνας κατά τον οποίο η προβλεπόμενη από το κοινοτικό δίκαιο έννομη προστασία υποχωρεί, καταρχήν, έναντι του εθνικού δικαίου. Μόνο στο πλαίσιο των αγωγών αποζημιώσεως θα μπορούσαν να υπάρξουν περιπτώσεις στις οποίες μπορεί να γίνει δεκτή η ύπαρξη επικουρικότητας. Απόφαση εκδιδόμενη στο πλαίσιο διαδικασίας αναγνωρίσεως παραβάσεως μπορεί κάλλιστα να έχει επιπτώσεις, πέραν της αφηρημένης αναγνωρίσεως ενδεχομένης παραβάσεως της Συνθήκης, σε αγωγή αποζημιώσεως ασκούμενη από πρόσωπο που ζημιώθηκε από την εν λόγω παράβαση [13].

13 — Σχετικά με το δικαίωμα αποζημιώσεως ιδιώτη έναντι κράτους μέλους λόγω μη μεταφοράς οδηγίας, βλ. την απόφαση της 19ης Νοεμβρίου 1991, C-6/90 και C-9/90, Francovich και Bonifaci (Συλλογή 1991, σ. I-5357).

41. Συνεπώς, τίποτα δεν εμποδίζει εξέταση επί της ουσίας του ζητήματος αν η επίδικη ρήτρα είναι αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο. Το ζήτημα αυτό συνοψίζεται στο αν η προϋπόθεση, κατά την οποία πρέπει να αποδεικνύεται ότι το 50 % των προμηθειών έγιναν προς δημόσιες υπηρεσίες, αποτελεί ανεπίτρεπτη προϋπόθεση συμμετοχής σε διαγωνισμό.

γ) Επί της παραβάσεως της οδηγίας 77/62

42. Κατά το άρθρο 14 της οδηγίας 77/62:

« Κατά την κλειστή διαδικασία, η προκήρυξη πρέπει να περιλαμβάνει τουλάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία:

(...)

δ) (...) τις πληροφορίες και τις διατυπώσεις τις αναγκαίες για την εκτίμηση των οικονομικών και τεχνικών προϋποθέσεων τις οποίες η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους προμηθευτές για την επιλογή τους· οι προϋποθέσεις αυτές δεν δύνανται να είναι διαφορετικές από εκείνες που αναφέρονται στα άρθρα 20, 22 και 23. »

43. Κατά το άρθρο 23 της οδηγίας, που έχει ως αντικείμενο την απόδειξη των τεχνικών ικανοτήτων του προμηθευτή, οι εν λόγω ικανότητες μπορούν να αποδεικνύονται με τους εξής τρόπους:

« (...)

α) [με] κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων οι οποίες έγιναν κατά τα προηγούμενα τρία έτη, με τα αντίστοιχα ποσά, ημερομηνίες και τους δημόσιους ή ιδιωτικούς αποδέκτες:

— εάν μεν πρόκειται για προμήθειες δημοσίων φορέων, οι παραδόσεις αποδεικνύονται με πιστοποιητικά θεωρούμενα από την αρμόδια αρχή,

— εάν δεν πρόκειται για προμήθειες ιδιωτών, η παράδοση πρέπει να βεβαιούται από τον αγοραστή ή, εάν τούτο δεν είναι δυνατόν, θα δηλούται απλώς από τον προμηθευτή ότι πράγματι έγινε».

και ιδιωτών] γίνεται μόνο επειδή προβλέπονται διαφορετικά αποδεικτικά μέσα ανάλογα με τον αποδέκτη κάθε παραδόσεως.

46. Κάθε ελάχιστη ποσότητα παραδόσεων σε δημόσιες υπηρεσίες ή σε ιδιώτες, εκ των προτέρων καθοριζόμενη, αποτελεί συμπληρωματικό κριτήριο και, συνεπώς, συνεπάγεται πρόσθετες αποδείξεις σε σχέση με εκείνες που προβλέπονται στην οδηγία. Η διαπίστωση αυτή ισχύει όσον αφορά τόσο τον ελάχιστο όγκο των παραδόσεων σε ορισμένη κατηγορία αναθετουσών αρχών, όσο και την απόδειξη της παραδόσεως μιας ελάχιστης ποσότητας προς απόδειξη των τεχνικών ικανοτήτων τους, έστω και αν η τελευταία είναι θεμιτή στο πλαίσιο της αποδείξεως της χρηματοπιστωτικής και οικονομικής καταστάσεως του προμηθευτή που προβλέπεται στο άρθρο 22, παράγραφος 1, στοιχείο α, σε ορισμένες περιπτώσεις, πράγμα το οποίο, ωστόσο, δεν έχει σημασία εν προκειμένω.

44. Η διάταξη αυτή απαριθμεί τα αποδεικτικά μέσα που μπορούν να χρησιμοποιηθούν προς απόδειξη του όγκου των παραγγελιών μιας επιχειρήσεως κατά τη διάρκεια συγκεκριμένης περιόδου, ώστε να συναχθούν τα απαραίτητα συμπεράσματα όσον αφορά τις τεχνικές ικανότητές της. Από τον συνδυασμό των άρθρων 14 και 23 της οδηγίας συνάγεται ότι η απαρίθμηση των μέσων αποδείξεως των τεχνικών ικανοτήτων είναι περιοριστική. Διαφορετική είναι η περίπτωση της πιστοποιήσεως της χρηματοπιστωτικής και οικονομικής καταστάσεως του προμηθευτή, όπως μπορεί να διαπιστωθεί από το κείμενο του άρθρου 22, αυτό όμως δεν έχει σημασία στην παρούσα υπόθεση.

47. Όταν καθορίζεται ότι ορισμένο ποσοστό των παραδόσεων πρέπει να έχει γίνει προς δημόσιες υπηρεσίες, τούτο δεν αποτελεί — όπως υποστηρίζει η Ιταλική Κυβέρνηση — ζήτημα εκτιμήσεως των αποδείξεων. Πράγματι, οι υποψήφιοι προμηθευτές που δεν πληρούν την προϋπόθεση σχετικά με τις προμήθειες μιας ελάχιστης ποσότητας σε δημόσιες υπηρεσίες αποκλείονται εξαρχής από τον διαγωνισμό. Οι αποδείξεις ως προς την ικανότητά τους εκτιμώνται μόνο σε μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι όταν οι υποψήφιοι προμηθευτές που έγιναν δεκτοί να μετάσχουν στον διαγωνισμό παρέσχαν επαρκή στοιχεία σχετικά με τις παραδόσεις τους και όταν αποδείξουν, στο πλαίσιο της διαδικασίας επιλογής, σε ποιους αποδέκτες είχαν πραγματοποιήσει αυτές τις παραδόσεις.

45. Εκείνο το οποίο έχει κυρίως σημασία στο άρθρο 23, παράγραφος 1, στοιχείο α, της οδηγίας είναι ο όγκος των παραδόσεων. Καθώς φαίνεται, η διάκριση μεταξύ δημόσιων και ιδιωτικών αποδεκτών [δημόσιων υπηρεσιών

48. Συμπερασματικά, η επίμαχη ρήτρα πρέπει να θεωρηθεί ως κριτήριο επιλογής μη προβλεπόμενο από την οδηγία.

Γ — Πρόταση

49. Συνεπώς, προτείνω στο Δικαστήριο:

1) να απορρίψει την προσφυγή,

2) να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.