ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (πρώτο τμήμα)
της 11ης Ιανουαρίου 2005*

Στην υπόθεση C-26/03,

με αντικείμενο αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, την οποία υπέβαλε το Oberlandesgericht Naumburg (Γερμανία), με απόφαση της 8ης Ιανουαρίου 2003, που περιήλθε στο Δικαστήριο στις 23 Ιανουαρίου 2003, στο πλαίσιο της δίκης

Stadt Halle,

RPL Recyclingpark Lochau GmbH

κατά

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (πρώτο τμήμα),

συγκείμενο από τον P. Jann, πρόεδρο τμήματος, και τους J. N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (εισηγητή), M. Ilešič και E. Levits, δικαστές,

γενική εισαγγελέας: C. Stix-Hackl
γραμματέας: R. Grass

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία,

λαμβάνοντας υπόψη τις γραπτές παρατηρήσεις που κατέθεσαν:

— ο Stadt Halle, εκπροσωπούμενος από την U. Jasper, Rechtsanwältin,

— η Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, εκπροσωπούμενη από τον K. Heuvels, Rechtsanwalt,

— η Γαλλική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τους G. de Bergues και D. Petrausch,

— η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Fruhmann,

— η Φινλανδική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από την T. Pynnä,

— η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τον K. Wiedner,

αφού άκουσε τη γενική εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις της κατά τη συνεδρίαση της 23ης Σεπτεμβρίου 2004,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

1 Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), η οποία επίσης τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Οκτωβρίου 1997 (ΕΕ L 328, σ. 1, στο εξής: οδηγία 89/665). Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αφορά επίσης την ερμηνεία των άρθρων 1, σημείο 2, και 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 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 (ΕΕ L 199, σ. 84), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 98/4/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 16ης Φεβρουαρίου 1998 (ΕΕ L 101, σ. 1, στο εξής: οδηγία 93/38).

2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ του Stadt Halle (Δήμου του Halle) (Γερμανία) και της εταιρίας RPL Recyclingpark Lochau GmbH (στο εξής: RPL Lochau), αφενός, και της εταιρίας Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (στο εξής: TREA Leuna), αφετέρου, όσον αφορά την από πλευράς των κοινοτικών κανόνων νομιμότητα της εκ μέρους του Stadt Halle συνάψεως, χωρίς δημόσιο διαγωνισμό, μιας δημοσίας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, αφορώσας την επεξεργασία των αποβλήτων, με την RPL Lochau, της οποίας η πλειοψηφία των εταιρικών μεριδίων ανήκει στο Stadt Halle και η μειοψηφία σε εταιρία ιδιωτικού δικαίου.

Το νομικό πλαίσιο

Η κοινοτική κανονιστική ρύθμιση

3 Κατά το άρθρο 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52 (στο εξής: οδηγία 92/50), οι «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» είναι «συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ ενός παρέχοντος υπηρεσίες και μιας αναθέτουσας αρχής». Σύμφωνα με το άρθρο 1, στοιχείο β', της ίδιας οδηγίας θεωρούνται ως «αναθέτουσες αρχές», «το κράτος, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι ενώσεις που αποτελούνται από έναν ή περισσότερους από τους παραπάνω οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή δημοσίου δικαίου». Τέλος, το άρθρο 1, στοιχείο γ', της οδηγίας αυτής ορίζει ως «παρέχ[οντα] υπηρεσίες» «κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, περιλαμβανομένου και του δημόσιου οργανισμού που προσφέρει υπηρεσίες».

4 Δυνάμει του άρθρου 8 της οδηγίας 92/50, «οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες που απαριθμούνται στο παράρτημα I A συνάπτονται σύμφωνα με τις διατάξεις των τίτλων III έως VI». Οι διατάξεις αυτές περιέχουν κατ' ουσίαν κανόνες σχετικούς με την προκήρυξη διαγωνισμών και τη δημοσιότητα. Το άρθρο 11,

παράγραφος 1, της ίδιας οδηγίας ορίζει ότι, για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, «οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν τις διαδικασίες που προσδιορίζονται στο άρθρο 1, στοιχεία δ', ε', στ', προσαρμοσμένες για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας». Οι διαδικασίες στις οποίες αναφέρεται το άρθρο αυτό είναι, αντιστοίχως, οι «ανοικτές διαδικασίες», οι «κλειστές διαδικασίες» και οι «διαδικασίες με διαπραγμάτευση».

5 Η κατηγορία αριθ. 16 του παραρτήματος Ι Α της εν λόγω οδηγίας περιλαμβάνει τις «αποχετεύσεις και διάθεση απορριμμάτων: εγκαταστάσεις υγιεινής και συναφείς υπηρεσίες».

6 Το άρθρο 7, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50 προβλέπει ότι η οδηγία έχει εφαρμογή στις δημόσιες συμβάσεις όταν η προϋπολογιζομένη αξία τους, εκτός φόρου προστιθεμένης αξίας, «είναι ίση ή ανώτερη των 200 000 ECU».

7 Από τη δεύτερη και την τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/665 προκύπτει ότι σκοπός της είναι η εξασφάλιση της εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, μέσω αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, λαμβανομένου υπόψη του ότι το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον κοινοτικό ανταγωνισμό απαιτεί σημαντική αύξηση των εγγυήσεων διαφάνειας και απαγορεύσεως των διακρίσεων.

8 Προς τούτο, το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 89/665, ορίζει τα εξής:

«1. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίζεται, όσον αφορά τις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων του δημοσίου που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών [...], ότι οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το

δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στα παρακάτω άρθρα, και ιδίως στο άρθρο 2, παράγραφος 7, για τον λόγο ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν είτε το κοινοτικό δίκαιο περί συμβάσεων του δημοσίου είτε τους εθνικούς κανόνες που μεταφέρουν το δίκαιο αυτό.

[...]

3. Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες προσφυγής μπορούν να κινηθούν, σύμφωνα με προϋποθέσεις που μπορούν να καθορίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση [...] και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση. Ειδικότερα, τα κράτη μέλη μπορούν να απαιτούν από το πρόσωπο που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία αυτή να ενημερώνει προηγουμένως την αναθέτουσα αρχή για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει προσφυγή.»

9 Κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665:

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικασίες προσφυγής που ορίζονται στο άρθρο 1 να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου:

α) να λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με την επείγουσα διαδικασία, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της εν λόγω σύμβασης του δημοσίου ή της εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνεται από τις αναθέτουσες αρχές

β) να ακυρώνουν ή να επιτρέπουν την ακύρωση των παράνομων αποφάσεων, και ιδίως να καταργούν τις τεχνικές, οικονομικές και χρηματοδοτικές προδιαγραφές που εισάγουν διακρίσεις και περιλαμβάνονται στα έγγραφα με τα οποία καλούνται οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, στις συγγραφές υποχρεώσεων ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με τη διαδικασία σύναψης της συγκεκριμένης σύμβασης·

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

[...]»

10 Κατά το άρθρο 1 της οδηγίας 93/38:

«Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, νοούνται ως:

[...]

2) δημόσιες επιχειρήσεις: οι επιχειρήσεις στις οποίες οι δημόσιες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, καθοριστική επιρροή είτε επειδή έχουν κυριότητα ή χρηματοδοτική συμμετοχή, είτε λόγω των κανόνων που διέπουν τις επιχειρήσεις αυτές. Η καθοριστική αυτή επιρροή εκ μέρους των δημοσίων αρχών τεκμαίρεται όταν οι εν λόγω αρχές, έμμεσα ή άμεσα:

— κατέχουν το μεγαλύτερο μέρος του καλυφθέντος κεφαλαίου μιας επιχείρησης ή

— διαθέτουν την πλειονότητα των ψήφων οι οποίες αντιστοιχούν στους τίτλους που έχει εκδώσει η επιχείρηση ή

— μπορούν να διορίζουν περισσότερα από τα μισά μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου της επιχείρησης·

3) συνδεδεμένη επιχείρηση: [...] κάθε επιχείρηση επί της οποίας η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ασκήσει, άμεσα ή έμμεσα, καθοριστική επιρροή, κατά την έννοια της παραγράφου 2 του παρόντος άρθρου [...]

[...]»

11 Το άρθρο 13 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·

[...]

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.

[...]»

Η εθνική κανονιστική ρύθμιση

12 Από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι, στο γερμανικό δίκαιο, οι προσφυγές επί ζητημάτων δημοσίων συμβάσεων διέπονται από τον Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (νόμο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού). Σύμφωνα με το άρθρο 102 του νόμου αυτού, «η σύναψη δημοσίων συμβάσεων» μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής. Ο προσφέρων ή ο υποψήφιος έχει δικαίωμα να ζητήσει την τήρηση των «διατάξεων που διέπουν τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων», το οποίο του επιτρέπει να προβάλει κατά της αναθέτουσας αρχής τα δικαιώματα που του απονέμει το άρθρο 97, παράγραφος 7, του ίδιου αυτού νόμου, «τα οποία αφορούν την εκτέλεση ή την παράλειψη ορισμένης ενέργειας στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως [...]».

13 Η απόφαση περί παραπομπής διευκρινίζει ότι, κατά μια άποψη την οποία υποστηρίζει μέρος της νομολογίας και της θεωρίας, η άσκηση προσφυγής αφορώσας τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως είναι δυνατή μόνον εφόσον σκοπός του προσφεύγοντος είναι να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να υιοθετήσει μια συγκεκριμένη συμπεριφορά στο πλαίσιο μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως η οποία εξακολουθεί να εκκρεμεί, πράγμα το οποίο σημαίνει ότι η άσκηση προσφυγής είναι αδύνατη αν η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε να μην προκηρύξει δημόσιο διαγωνισμό και να μην κινήσει τυπική διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως. Πάντως, η άποψη αυτή αμφισβητείται από ένα άλλο μέρος της νομολογίας και της θεωρίας.

Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

14 Από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι ο Stadt Halle, με απόφαση του δημοτικού συμβουλίου της 12ης Δεκεμβρίου 2001, ανέθεσε στην RPL Lochau την κατάρτιση σχεδίου το οποίο αφορούσε την προηγούμενη επεξεργασία, την αξιοποίηση καθώς και τη διάθεση των αποβλήτων, χωρίς να έχει προηγουμένως κινήσει τυπική διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως. Συγχρόνως, ο Stadt Halle αποφάσισε, επίσης χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού, να αρχίσει διαπραγματεύσεις με την RPL Lochau, προκειμένου να συνάψει με την εταιρία αυτή σύμβαση σχετική με την απόρριψη των καταλοίπων των αστικών αποβλήτων από 1ης Ιουνίου 2005. Η εν λόγω εταιρία θα πραγματοποιούσε επένδυση για την κατασκευή της θερμικής μονάδας διαθέσεως και αξιοποιήσεως των αποβλήτων.

15 Η RPL Lochau αποτελεί εταιρία περιορισμένης ευθύνης συσταθείσα το 1996. Το 75,1 % του κεφαλαίου της ανήκει στη Stadtwerke Halle GmbH, της οποίας ο μοναδικός μέτοχος, η Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, ανήκει κατά 100 % στον Stadt Halle, και το 24,9 % του κεφαλαίου της ανήκει σε εταιρία περιορισμένης ευθύνης. Το αιτούν δικαστήριο χαρακτηρίζει την RPL Lochau ως «εταιρία στην οποία συμμετέχει ο δημόσιος τομέας» και επισημαίνει ότι η κατανομή του κεφαλαίου της εταιρίας αυτής συμφωνήθηκε στο πλαίσιο εταιρικής συμβάσεως μόλις στο τέλος του 2001, όταν επρόκειτο να ανατεθεί η υλοποίηση του επιμάχου σχεδίου.

16 Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει επίσης ότι η RPL Lochau έχει ως αντικείμενο την εκμετάλλευση μονάδων ανακυκλώσεως και απορρίψεως των αποβλήτων. Οι αποφάσεις της γενικής συνελεύσεως των εταίρων λαμβάνονται είτε με απλή πλειοψηφία είτε με την πλειοψηφία του 75 % των ψήφων. Την εμπορική και τεχνική διεύθυνση της εταιρίας έχει επί του παρόντος μια τρίτη εταιρία και ο Stadt Halle έχει μεταξύ άλλων την εξουσία ελέγχου των λογαριασμών.

17 Αφού έλαβε γνώση για τη σύναψη της συμβάσεως εκτός του πλαισίου της διαδικασίας την οποία προβλέπουν οι κοινοτικοί κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων, η TREA Leuna, η οποία επίσης ενδιαφερόταν να παράσχει τις εν λόγω υπηρεσίες, αντιτάχθηκε στην απόφαση του Stadt Halle και άσκησε ενώπιον του τμήματος δημοσίων συμβάσεων του Regierungspräsidium Halle προσφυγή με αίτημα να υποχρεωθεί ο Stadt Halle να προκηρύξει δημόσιο διαγωνισμό.

18 Ο Stadt Halle υποστήριξε αμυνόμενος ότι, σύμφωνα με την εθνική κανονιστική ρύθμιση που παρατέθηκε στις σκέψεις 12 και 13 της παρούσας αποφάσεως, η προσφυγή δεν ήταν παραδεκτή λόγω του ότι αυτός, ως αναθέτουσα αρχή, δεν είχε κινήσει τυπική διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως. Εξάλλου, η RPL Lochau αποτελεί μάλλον όργανο του Stadt Halle, δεδομένου ότι ελέγχεται από αυτόν. Πρόκειται, επομένως, περί «εσωτερικής πράξεως», επί της οποίας δεν έχουν εφαρμογή οι κοινοτικοί κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων.

19 Το δικαστήριο ενώπιον του οποίου προσέφυγε η TREA Leuna δέχθηκε το αίτημά της, διότι έκρινε ότι, ακόμη και ελλείψει διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής έπρεπε να μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο προσφυγής. Έκρινε επίσης ότι, εν προκειμένω, δεν μπορούσε να τεθεί θέμα «εσωτερικής πράξεως», δεδομένου ότι η κατά μειοψηφία συμμετοχή του ιδιωτικού τομέα υπερέβαινε το 10 %, το οποίο αποτελεί το όριο πάνω από το οποίο, σύμφωνα με τη γερμανική κανονιστική ρύθμιση περί των εταιριών περιορισμένης ευθύνης, πρόκειται περί μειοψηφίας διαθέτουσας ορισμένα συγκεκριμένα δικαιώματα. Εξάλλου, το δικαστήριο αυτό έκρινε ότι η δραστηριότητα την οποία πραγματοποιούσε η Lochau για λογαριασμό του Stadt Halle επέτρεπε να προβλεφθεί, με αρκετή βεβαιότητα, χρήση του δυναμικού της μόνον κατά 61,25 % για τον Stadt Halle και, επομένως, προκειμένου η εταιρία αυτή να είναι σε θέση να χρησιμοποιήσει το λοιπό δυναμικό της ήταν υποχρεωμένη να αναζητήσει παραγγελίες στην αγορά στην οποία αναπτύσσει δραστηριότητα.

20 Επιληφθέν της εφέσεως του Stadt Halle, το Oberlandesgericht Naumburg αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) α) Απαιτεί το άρθρο 1, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, της οδηγίας [89/665] από τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερα εκδικαζομένων προσφυγών κατά της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής να μην προβεί στη σύναψη δημοσίας συμβάσεως στο πλαίσιο διαδικασίας η οποία συνάδει προς τις διατάξεις των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων;

β) Απαιτεί το άρθρο 1, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, της οδηγίας [89/665] από τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν επίσης τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερα εκδικαζομένων προσφυγών κατά των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών που λαμβάνονται πριν από την επίσημη προκήρυξη διαγωνισμού, ιδίως κατά της αποφάσεως που επιλύει το προκριματικό ζήτημα αν μια συγκεκριμένη αγορά αγαθών ή υπηρεσιών εμπίπτει κατά κανόνα στο προσωπικό ή στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων ή αν κατ' εξαίρεση η σύμβαση αυτή δεν διέπεται από τη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων;

γ) Στην περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο [πρώτο] ερώτημα [στοιχείο α΄] και αρνητικής απαντήσεως στο [πρώτο] ερώτημα [στοιχείο β΄]:

Εκπληρώνει ένα κράτος μέλος την υποχρέωσή του να διασφαλίζει τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερα εκδικαζομένων προσφυγών κατά της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής να μην προβεί στη σύναψη δημοσίας συμβάσεως κατ' εφαρμογήν διαδικασίας η οποία συνάδει προς τις διατάξεις των οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, στην περίπτωση που το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής εξαρτάται από το αν η διαδικασία αναθέσεως έχει προχωρήσει σ' ένα συγκεκριμένο στάδιο τυπικής διαδικασίας, π.χ. από το αν έχουν αρχίσει προφορικές ή γραπτές διαπραγματεύσεις με τρίτους για τη σύναψη της συμβάσεως;

2) α) Αν θεωρηθεί ότι μια αναθέτουσα αρχή π.χ. ένας οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως, σκοπεύει να συνάψει εγγράφως με οργανισμό, διακεκριμένο από τυπικής απόψεως από την αναθέτουσα αρχή —στο εξής: αντισυμβαλλόμενος—, σύμβαση παροχής υπηρεσιών εξ επαχθούς αιτίας η οποία θα ενέπιπτε στην οδηγία [92/50], και αν θεωρηθεί επίσης ότι η σύμβαση αυτή κατ' εξαίρεση δεν αποτελεί δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50, αφού ο αντισυμβαλλόμενος μπορεί να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνεται στη δημόσια διοίκηση ή στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής —στο εξής: αυτεπιστασία, μη υποκείμενη στη διαδικασία συνάψεως δημοσίων συμβάσεων—, αποκλείει πάντοτε η συμμετοχή και μόνο μιας ιδιωτικής επιχειρήσεως στην εταιρία του αντισυμβαλλομένου τον χαρακτηρισμό της συμβάσεως αυτής ως αυτεπιστασίας, μη υποκείμενης στη διαδικασία συνάψεως δημοσίων συμβάσεων;

β) Στην περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο [δεύτερο] ερώτημα [στοιχείο α']:

Υπό ποιες προϋποθέσεις πρέπει να θεωρηθεί ότι ένας αντισυμβαλλόμενος στον οποίο ένας ιδιώτης έχει συμμετοχή, υπό την έννοια του εταιρικού δικαίου —στο εξής: εταιρία με συμμετοχή του δημοσίου τομέα—, ανήκει στη δημόσια διοίκηση ή στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής;

Επί του ζητήματος αυτού, ειδικότερα:

— Αρκεί, προκειμένου να θεωρηθεί ότι μια εταιρία με συμμετοχή του δημοσίου τομέα ανήκει στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, βάσει του κριτηρίου της μορφής και της εντάσεως του ελέγχου, το γεγονός ότι αυτή η εταιρία συμμετοχής του δημοσίου τομέα «ελέγχεται» από την αναθέτουσα αρχή, επί παραδείγματι κατά την έννοια των άρθρων 1, σημείο 2, και 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38 [...], όπως τροποποιήθηκε με την Πράξη [περί των όρων προσχωρήσεως της

Δημοκρατίας της Αυστρίας, της Δημοκρατίας της Φινλανδίας, του Βασιλείου της Σουηδίας (ΕΕ 1994, C 241, σ. 21, και ΕΕ 1995, L 1, σ. 1)], καθώς και με την οδηγία 98/4/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου [, της 16ης Φεβρουαρίου 1998, για την τροποποίηση της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ (ΕΕ L 101, σ. 1)];

— Αποκλείει η οποιαδήποτε νομικά δυνατή επιρροή του ιδιώτη συνεταίρου της εταιρίας συμμετοχής του δημοσίου τομέα επί των στρατηγικών στόχων του αντισυμβαλλομένου και/ή επί των επιμέρους αποφάσεων στο πλαίσιο της διοικήσεως της επιχειρήσεως τη δυνατότητα να θεωρηθεί ότι η εν λόγω εταιρία συμμετοχής του δημοσίου τομέα περιλαμβάνεται στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής;

— Αρκεί, προκειμένου να θεωρηθεί ότι μια εταιρία συμμετοχής του δημοσίου τομέα περιλαμβάνεται στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, βάσει του κριτηρίου της μορφής και της εκτάσεως του ελέγχου, η ύπαρξη ενός εκτεταμένου διευθυντικού δικαιώματος μόνον ως προς τις αποφάσεις που αφορούν τη σύναψη της συμβάσεως και την παροχή σε σχέση με τη συγκεκριμένη ανάθεση;

— Αρκεί, προκειμένου να θεωρηθεί ότι μια εταιρία συμμετοχής του δημοσίου τομέα περιλαμβάνεται στις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, βάσει του κριτηρίου της πραγματοποιήσεως του κυρίου μέρους των δραστηριοτήτων της για λογαριασμό της αναθέτουσας αρχής, το γεγονός ότι τουλάχιστον το 80 % του κατά μέσον όρο κύκλου εργασιών που πραγματοποιήθηκε από την επιχείρηση αυτή στον τομέα της παροχής υπηρεσιών εντός της Κοινότητας κατά την τελευταία τριετία προέρχεται από την παροχή τέτοιου είδους υπηρεσιών στην αναθέτουσα αρχή ή στις επιχειρήσεις που συνδέονται με την αναθέτουσα αρχή ή ανήκουν σ' αυτή ή —εφόσον η μικτής οικονομίας επιχείρηση δεν έχει ακόμα συμπληρώσει τρία έτη λειτουργίας— το γεγονός ότι προβλέπεται ότι η επιχείρηση αυτή θα εγγίσει το όριο αυτό του 80 %;»

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

21 Προκειμένου να δοθεί μια χρήσιμη και συνεκτική απάντηση στο αιτούν δικαστήριο, τα υποβληθέντα ερωτήματα πρέπει να κατανεμηθούν και να εξετασθούν σε δύο ομάδες, σύμφωνα με το περιεχόμενο και με το αντικείμενό τους.

Επί του πρώτου ερωτήματος, στοιχεία α', β', και γ'

22 Με αυτή την πρώτη σειρά ερωτημάτων, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατ' ουσίαν αν το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 έχει την έννοια ότι η υποχρέωση των κρατών μελών να διασφαλίζουν τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και ταχέως εκδικαζομένων προσφυγών κατά των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές καλύπτει και τις αποφάσεις που λαμβάνονται εκτός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως και πριν από την επίσημη προκήρυξη διαγωνισμού, ιδίως δε την απόφαση που αφορά το αν μια ορισμένη δημόσια σύμβαση εμπίπτει στο προσωπικό ή στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, και από ποιο χρονικό σημείο, στο πλαίσιο μιας αναθέσεως, τα κράτη μέλη υποχρεούνται να παρέχουν στον προσφέροντα, στον υποψήφιο ή στον ενδιαφερόμενο δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής.

23 Συναφώς, επισημαίνεται κατ' αρχάς ότι η οδηγία 92/50 εκδόθηκε, σύμφωνα με την πρώτη και τη δεύτερη αιτιολογική της σκέψη, στο πλαίσιο των μέτρων που είναι αναγκαία για την εγκαθίδρυση της εσωτερικής αγοράς, ήτοι ενός χώρου χωρίς εσωτερικά σύνορα, μέσα στον οποίο είναι εξασφαλισμένη η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων. Από την τέταρτη και την πέμπτη αιτιολογική σκέψη της ίδιας οδηγίας προκύπτει ότι, δεδομένου ότι σκοπός της οδηγίας είναι η ελευθέρωση του τομέα των δημοσίων συμβάσεων, συμπεριλαμβανομένων των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, υπό συνθήκες ίσης μεταχειρίσεως και διαφανείας, η οδηγία πρέπει να εφαρμόζεται από όλες τις αναθέτουσες αρχές.

24 Στη συνέχεια, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι από την οδηγία 92/50 προκύπτουν σαφώς οι προϋποθέσεις που καθιστούν υποχρεωτική την εφαρμογή των κανόνων των τίτλων III έως VI της οδηγίας αυτής εκ μέρους όλων των αναθετουσών αρχών, οι δε εξαιρέσεις από την εφαρμογή των κανόνων αυτών απαριθμούνται περιοριστικώς στην οδηγία καθαυτή.

25 Κατά συνέπεια, όταν πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές, με άλλα λόγια όταν μια δικαιοπραξία εμπίπτει στο προσωπικό και στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, οι εν λόγω δημόσιες συμβάσεις πρέπει, δυνάμει του άρθρου 8 της οδηγίας αυτής, σε συνδυασμό με το άρθρο 11, παράγραφος 1, της ίδιας οδηγίας, να συναφθούν σύμφωνα με τους τίτλους III έως VI της οδηγίας αυτής, δηλαδή να προηγηθεί προκήρυξη διαγωνισμού και να αποτελέσουν αντικείμενο κατάλληλης δημοσιότητας.

26 Η υποχρέωση αυτή δεσμεύει τις αναθέτουσες αρχές χωρίς να γίνεται διάκριση μεταξύ των δημοσίων συμβάσεων που συνάπτουν οι αρχές αυτές προς εκπλήρωση της αποστολής τους να ικανοποιούν ανάγκες γενικού συμφέροντος και εκείνων που δεν αφορούν την αποστολή αυτή (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 15ης Ιανουαρίου 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ., Συλλογή 1998, σ. I-73, σκέψη 32).

27 Προκειμένου να δοθεί απάντηση στο αιτούν δικαστήριο, πρέπει να εξετασθεί η έννοια της φράσεως «αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές» του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665. Δεδομένου ότι η έννοια αυτή δεν ορίζεται ρητώς στην εν λόγω οδηγία, πρέπει να οριοθετηθεί το περιεχόμενό της βάσει της διατυπώσεως των σχετικών διατάξεων της οδηγίας αυτής και με γνώμονα τον σκοπό της αποτελεσματικής και ταχείας δικαστικής προστασίας τον οποίο επιδιώκει.

28 Το γράμμα του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 προϋποθέτει, με τη χρήση των όρων «όσον αφορά τις διαδικασίες», ότι κάθε απόφαση αναθέτουσας αρχής η οποία εμπίπτει στους κοινοτικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων και η οποία ενδέχεται να τους παραβιάσει, υπόκειται στον δικαστικό έλεγχο τον οποίο

προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο α' και β', της οδηγίας αυτής (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, HI, Συλλογή 2002, σ. I-5553, σκέψη 37, και της 23ης Ιανουαρίου 2003, C-57/01, Μακεδονικό Μετρό και Μηχανική, Συλλογή 2003, σ. I-1091, σκέψη 68). Συνεπώς, το άρθρο αναφέρεται κατά γενικό τρόπο στις αποφάσεις μιας αναθέτουσας αρχής, χωρίς να διακρίνει μεταξύ των αποφάσεων αυτών αναλόγως του περιεχομένου τους κατά τον χρόνο της λήψεώς τους.

29 Το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665 προβλέπει εξάλλου τη δυνατότητα ακυρώσεως των παράνομων αποφάσεων των αναθετουσών αρχών οι οποίες αφορούν τις τεχνικές και λοιπές προδιαγραφές που περιλαμβάνονται όχι μόνο στα έγγραφα με τα οποία καλούνται οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, αλλά και σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με τη διαδικασία συνάψεως της συγκεκριμένης συμβάσεως. Κατά συνέπεια, η διάταξη αυτή μπορεί να περιλαμβάνει έγγραφα περιέχοντα αποφάσεις οι οποίες ελήφθησαν σε στάδιο προηγηθέν της προκηρύξεως διαγωνισμού.

30 Αυτή η αποδοχή της ευρείας εννοίας της αποφάσεως μιας αναθέτουσας αρχής επιβεβαιώνεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου. Κατ' αυτήν, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 δεν προβλέπει κανένα περιορισμό όσον αφορά τη φύση και το περιεχόμενο των αποφάσεων που αφορά (απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98, Alcatel Austria κ.λπ., Συλλογή 1999 σ. I-7671, σκέψη 35). Ο περιορισμός αυτός ομοίως δεν μπορεί να συναχθεί από το γράμμα του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της εν λόγω οδηγίας (βλ., υπό την έννοια αυτή, προπαρατεθείσα απόφαση Alcatel Austria κ.λπ., σκέψη 32). Εξάλλου, μια περιοριστική ερμηνεία της εννοίας της αποφάσεως που είναι δεκτική προσφυγής δεν θα συμβιβαζόταν με το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', της ίδιας οδηγίας, το οποίο επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να προβλέπουν διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων κατά οποιασδήποτε αποφάσεως των αναθετουσών αρχών (προπαρατεθείσα απόφαση HI, σκέψη 49).

31 Στο πνεύμα αυτό ευρείας ερμηνείας της εννοίας της αποφάσεως που είναι δεκτική προσφυγής, το Δικαστήριο έκρινε ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής η οποία προηγείται της συνάψεως της συμβάσεως, με την οποία η αρχή αυτή επιλέγει τον προσφέροντα με τον οποίο θα συνάψει τη σύμβαση, πρέπει σε κάθε περίπτωση να είναι δεκτική προσφυγής, ανεξαρτήτως της δυνατότητας να επιδικασθεί αποζημίωση μετά τη σύναψη της συμβάσεως (προπαρατεθείσα απόφαση Alcatel Austria κ.λπ., σκέψη 43).

32 Το Δικαστήριο, αναφερόμενο στον σκοπό της εξαλείψεως των εμποδίων στην ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών τον οποίο επιδιώκει η οδηγία 92/50, καθώς και στους σκοπούς, στο γράμμα και στην οικονομία της οδηγίας 89/665, έκρινε επίσης ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να ανακαλέσει την προκήρυξη διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών πρέπει να μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο διαδικασίας προσφυγής σύμφωνα με το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 (βλ., υπό την έννοια αυτή, προπαρατεθείσα απόφαση HI, σκέψη 55).

33 Συναφώς, όπως επισήμανε η γενική εισαγγελέας στο σημείο 23 των προτάσεών της, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην κινήσει διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως μπορεί να θεωρηθεί αντίστοιχη προς την απόφασή της να περατώσει μια τέτοια διαδικασία. Όταν η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να μην κινήσει διαδικασία συνάψεως με το σκεπτικό ότι η εν λόγω σύμβαση δεν εμπίπτει, κατά την άποψή της, στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών κοινοτικών κανόνων, η απόφαση αυτή αποτελεί την πρώτη απόφαση η οποία επιδέχεται δικαστικό έλεγχο.

34. Λαμβανομένης υπόψη της νομολογίας αυτής, καθώς και των σκοπών, της οικονομίας και του γράμματος της οδηγίας 89/665, και προκειμένου να διαφυλαχθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας αυτής, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι συνιστά απόφαση δεκτική προσφυγής, υπό την έννοια της οδηγίας 89/665, κάθε πράξη της αναθέτουσας αρχής σχετική με δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών, η οποία εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50 και μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα, ανεξαρτήτως του ζητήματος αν η πράξη αυτή εκδίδεται εκτός ή εντός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως.

35 Δεν είναι δεκτικές προσφυγής οι ενέργειες που αποτελούν απλή προκριματική μελέτη της αγοράς ή που είναι αμιγώς προπαρασκευαστικές και εντάσσονται στο στάδιο της εσωτερικής διαβουλεύσεως της αναθέτουσας αρχής προκειμένου να συνάψει δημόσια σύμβαση.

36 Βάσει των σκέψεων αυτών, πρέπει να μη γίνει δεκτή η άποψη του Stadt Halle, κατά την οποία η οδηγία 89/665 δεν απαιτεί δικαστική προστασία εκτός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως και η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην κινήσει μια τέτοια διαδικασία δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής, ούτε εξάλλου η απόφαση περί του αν μια δημόσια σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών κοινοτικών κανόνων.

37 Πράγματι, η άποψη αυτή θα είχε ως αποτέλεσμα να καταστήσει προαιρετική, εξαρτώμενη από τη βούληση κάθε αναθέτουσας αρχής, την εφαρμογή των σχετικών κοινοτικών κανόνων, ενώ η εφαρμογή των κανόνων αυτών είναι παρά ταύτα υποχρεωτική οσάκις πληρούνται οι προϋποθέσεις που αυτοί προβλέπουν. Η ευχέρεια αυτή θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια τη σοβαρότατη παραβίαση του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Θα μείωνε αισθητά την αποτελεσματική και ταχεία δικαστική προστασία την οποία επιδιώκει η οδηγία 89/665 και θα έθιγε τους σκοπούς της οδηγίας 92/50, δηλαδή τους σκοπούς της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού στον τομέα αυτόν εντός όλων των κρατών μελών.

38 Όσον αφορά το χρονικό σημείο από το οποίο υφίσταται δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής, επισημαίνεται ότι τούτο δεν προβλέπεται ρητώς από την οδηγία 89/665. Ωστόσο, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού της ταχείας και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, ιδίως μέσω προσωρινών μέτρων, τον οποίο επιδιώκει η οδηγία αυτή, πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να εξαρτούν τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής από το αν η οικεία διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως έχει προχωρήσει τυπικώς σε συγκεκριμένο στάδιο.

39 Βάσει της σκέψεως ότι, σύμφωνα με τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της εν λόγω οδηγίας, η τήρηση των κοινοτικών κανόνων πρέπει να διασφαλίζεται, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, πρέπει να

συναχθεί το συμπέρασμα ότι είναι δεκτική προσφυγής η δήλωση βουλήσεως της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά μια δημόσια σύμβαση, η οποία καθίσταται γνωστή κατά οποιονδήποτε τρόπο στους ενδιαφερομένους, εφόσον αυτή η δήλωση αποτελεί περαιτέρω στάδιο από αυτό στο οποίο αναφέρεται η σκέψη 35 της παρούσας αποφάσεως και μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα. Η έναρξη συγκεκριμένων διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμβάσεως με τον ενδιαφερόμενο αποτελεί τέτοια δήλωση βουλήσεως. Συναφώς επισημαίνεται η υποχρέωση διαφανείας την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να είναι δυνατός ο έλεγχος της τηρήσεως των κοινοτικών κανόνων (προπαρατεθείσα απόφαση HI, σκέψη 45).

40 Όσον αφορά τα πρόσωπα που δικαιούνται να ασκήσουν προσφυγή, αρκεί η διαπίστωση ότι, κατά το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, τα κράτη μέλη πρέπει να διασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες προσφυγής μπορούν να κινηθούν τουλάχιστον από οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 24ης Ιουνίου 2004, C-212/02, Επιτροπή κατά Αυστρίας, μη δημοσιευθείσα στη Συλλογή, σκέψη 24). Συνεπώς, η τυπική ιδιότητα του προσφέροντος ή του υποψηφίου δεν απαιτείται.

41 Κατόπιν της ανωτέρω αναπτύξεως, στο πρώτο ερώτημα, στοιχεία α', β' και γ', πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 έχει την έννοια ότι η υποχρέωση των κρατών μελών να διασφαλίζουν τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων κατά των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές καλύπτει και τις αποφάσεις που λαμβάνονται εκτός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως και πριν από την επίσημη προκήρυξη διαγωνισμού, ιδίως δε την απόφαση που αφορά το αν μια ορισμένη δημόσια σύμβαση εμπίπτει στο προσωπικό ή στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50. Αυτή η δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής παρέχεται σε οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση, άπαξ εκδηλωθεί η βούληση της αναθέτουσας αρχής η οποία μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα. Επομένως, τα κράτη μέλη δεν δικαιούνται να εξαρτούν τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής από το αν η οικεία διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως έχει προχωρήσει τυπικώς σε συγκεκριμένο στάδιο.

Επί του δευτέρου ερωτήματος, στοιχεία α΄ και β΄

42 Με τη δεύτερη αυτή σειρά ερωτημάτων, τα οποία πρέπει να εξετασθούν από κοινού, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατ' ουσίαν αν, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή σκοπεύει να συνάψει με μια εταιρία ιδιωτικού δικαίου νομικώς διακεκριμένη από την ίδια, στο κεφάλαιο της οποίας συμμετέχει κατά πλειοψηφία και επί της οποίας ασκεί ορισμένο έλεγχο, σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας αφορώσα την παροχή υπηρεσιών που εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, υποχρεούται πάντοτε να εφαρμόζει τις διαδικασίες προκηρύξεως διαγωνισμού που προβλέπει η οδηγία αυτή, για τον λόγο και μόνον ότι μια ιδιωτική εταιρία έχει συμμετοχή, έστω και κατά μειοψηφία, στο κεφάλαιο αυτής της αντισυμβαλλομένης εταιρίας. Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο ερώτημα αυτό, το αιτούν δικαστήριο ερωτά βάσει ποιων κριτηρίων πρέπει να θεωρηθεί ότι η αναθέτουσα αρχή δεν υπέχει τέτοια υποχρέωση.

43 Το ερώτημα αυτό αφορά την ιδιάζουσα κατάσταση στην οποία βρίσκεται μια εταιρία καλούμενη «εταιρία μικτής οικονομίας», η οποία συστάθηκε και λειτουργεί σύμφωνα με τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου, από πλευράς της υποχρεώσεως μιας αναθέτουσας αρχής να εφαρμόζει τους κοινοτικούς κανόνες στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, οσάκις πληρούνται οι προβλεπόμενες από τους κανόνες αυτούς προϋποθέσεις.

44 Συναφώς, υπενθυμίζεται κατ' αρχάς ο κύριος σκοπός των κοινοτικών κανόνων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτός επισημάνθηκε στο πλαίσιο της απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, δηλαδή η ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών και ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός εντός όλων των κρατών μελών. Ο σκοπός αυτός συνεπάγεται την υποχρέωση κάθε αναθέτουσας αρχής να εφαρμόζει τους σχετικούς κοινοτικούς κανόνες, εφόσον πληρούνται οι προβλεπόμενες από τους κανόνες αυτούς προϋποθέσεις.

45 Η υποχρέωση εφαρμογής κοινοτικών κανόνων σε μια τέτοια περίπτωση επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι, στο άρθρο 1, στοιχείο γ΄, της οδηγίας 92/50, η έννοια του

παρέχοντος υπηρεσίες, δηλαδή του προσφέροντος, όσον αφορά την εφαρμογή της οδηγίας αυτής, περιλαμβάνει και «τον δημόσιο οργανισμό που προσφέρει υπηρεσίες» (βλ. απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-94/99, ARGE, Συλλογή 2000, σ. I-11037, σκέψη 28).

46 Κατά συνέπεια, κάθε εξαίρεση από την εφαρμογή της υποχρεώσεως αυτής πρέπει να ερμηνεύεται στενά. Έτσι, το Δικαστήριο έκρινε, όσον αφορά μια διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, ότι το άρθρο 11, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/50, το οποίο προβλέπει μια τέτοια διαδικασία, κατά παρέκκλιση από τους κανόνες που σκοπό έχουν να εξασφαλίσουν τη δυνατότητα ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη ΕΚ στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, πρέπει να ερμηνεύεται στενά και ότι το βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την παρέκκλιση φέρει εκείνος ο οποίος τις επικαλείται (απόφαση της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, σ. I-3609, σκέψη 58).

47 Εντός του πνεύματος του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, το οποίο επιδιώκουν οι κοινοτικοί κανόνες, το Δικαστήριο έκρινε, όσον αφορά την οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ L 199, σ. 1), ότι η οδηγία αυτή έχει εφαρμογή οσάκις μια αναθέτουσα αρχή σχεδιάζει να συνάψει εγγράφως, με νομικώς διακεκριμένο από αυτήν οργανισμό, σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας, ανεξαρτήτως του αν ο οργανισμός αυτός είναι ή όχι αναθέτουσα αρχή (απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, Teckal, Συλλογή 1999, σ. I-8121, σκέψεις 50 και 51). Σημειωτέον ότι ο αντισυμβαλλόμενος στην υπόθεση εκείνη ήταν μια κοινοπραξία αποτελούμενη από πλείονες αναθέτουσες αρχές, στην οποία μετείχε επίσης η εν λόγω αναθέτουσα αρχή.

48 Μια δημόσια αρχή, η οποία είναι αναθέτουσα αρχή, έχει τη δυνατότητα να εκπληρώνει τα καθήκοντα δημοσίου συμφέροντος τα οποία υπέχει με τα δικά της διοικητικά, τεχνικά και λοιπά μέσα, χωρίς να είναι υποχρεωμένη να απευθύνεται σε εξωτερικούς οργανισμούς που δεν ανήκουν στις υπηρεσίες της. Σε μια τέτοια

περίπτωση, δεν τίθεται θέμα συμβάσεως εξ επαχθούς αιτίας συναπτομένης με νομικώς διακεκριμένο από την αναθέτουσα αρχή οργανισμό. Έτσι, δεν υπάρχει λόγος να εφαρμοσθούν οι κοινοτικοί κανόνες στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

49 Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, δεν αποκλείονται και άλλες περιστάσεις υπό τις οποίες η προκήρυξη διαγωνισμού δεν είναι υποχρεωτική, ακόμη και αν ο αντισυμβαλλόμενος αποτελεί οργανισμό νομικώς διακεκριμένο από την αναθέτουσα αρχή. Τούτο συμβαίνει στην περίπτωση κατά την οποία η δημόσια αρχή, η οποία είναι αναθέτουσα αρχή, ασκεί επί του εν λόγω διακεκριμένου οργανισμού έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών και κατά την οποία ο οργανισμός αυτός πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς του με τη δημόσια αρχή ή με τις δημόσιες αρχές που τον ελέγχουν (βλ., υπό την έννοια αυτή, προπαρατεθείσα απόφαση Teckal, σκέψη 50). Υπενθυμίζεται ότι, στην προπαρατεθείσα περίπτωση, ο διακεκριμένος οργανισμός ελεγχόταν πλήρως από δημόσιες αρχές. Αντιθέτως, η έστω και κατά μειοψηφία συμμετοχή μιας ιδιωτικής επιχειρήσεως στο κεφάλαιο εταιρίας στην οποία συμμετέχει και η οικεία αναθέτουσα αρχή αποκλείει εν πάση περιπτώσει τη δυνατότητα αυτής της αναθέτουσας αρχής να ασκεί επί της εταιρίας αυτής έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες.

50 Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί κατ' αρχάς ότι η σχέση μεταξύ μιας δημόσιας αρχής, η οποία είναι αναθέτουσα αρχή, και των υπηρεσιών της διέπεται από σκέψεις και επιταγές που προσιδιάζουν στην επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος. Αντιθέτως, κάθε επένδυση ιδιωτικού κεφαλαίου σε μια επιχείρηση διέπεται από σκέψεις που προσιδιάζουν στα ιδιωτικά συμφέροντα και επιδιώκει σκοπούς διαφορετικής φύσεως.

51 Δεύτερον, η σύναψη δημοσίας συμβάσεως με επιχείρηση μικτής οικονομίας χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού θα έθιγε τον σκοπό του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού και την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των ενδιαφερομένων στην οποία αναφέρεται η οδηγία 92/50, κατά το μέτρο που, μεταξύ άλλων, μια τέτοια διαδικασία θα παρείχε σε μια ιδιωτική επιχείρηση μετέχουσα στο κεφάλαιο της επιχειρήσεως αυτής ένα πλεονέκτημα σε σχέση με τους ανταγωνιστές της.

52 Επομένως, στο δεύτερο ερώτημα, στοιχεία α' και β', πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή σκοπεύει να συνάψει σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας αφορώσα την παροχή υπηρεσιών που εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50 με μια εταιρία νομικώς διακεκριμένη από την ίδια, στο κεφάλαιο της οποίας η εν λόγω αρχή συμμετέχει μαζί με μία ή περισσότερες ιδιωτικές επιχειρήσεις, πρέπει πάντοτε να εφαρμόζονται οι διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων που προβλέπει η οδηγία αυτή.

53 Κατόπιν της απαντήσεως αυτής, παρέλκει η απάντηση στα λοιπά ερωτήματα του εθνικού δικαστηρίου.

Επί των δικαστικών εξόδων

54 Δεδομένου ότι η διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (πρώτο τμήμα) αποφαίνεται:

1) **Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστι-**

κών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, η οποία επίσης τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Οκτωβρίου 1997, έχει την έννοια ότι η υποχρέωση των κρατών μελών να διασφαλίζουν τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων κατά των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές καλύπτει και τις αποφάσεις που λαμβάνονται εκτός του πλαισίου μιας τυπικής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως και πριν από την επίσημη προκήρυξη διαγωνισμού, ιδίως δε την απόφαση που αφορά το αν μια ορισμένη δημόσια σύμβαση εμπίπτει στο προσωπικό ή στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, όπως τροποποιήθηκε. Αυτή η δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής παρέχεται σε οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση, άπαξ εκδηλωθεί η βούληση της αναθέτουσας αρχής η οποία μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα. Επομένως, τα κράτη μέλη δεν δικαιούνται να εξαρτούν τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής από το αν η οικεία διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως έχει προχωρήσει τυπικώς σε συγκεκριμένο στάδιο.

2) Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή σκοπεύει να συνάψει σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας αφορώσα την παροχή υπηρεσιών που εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50, όπως αυτή τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/52, με μια εταιρία νομικώς διακεκριμένη από την ίδια, στο κεφάλαιο της οποίας η εν λόγω αρχή συμμετέχει μαζί με μία ή περισσότερες ιδιωτικές επιχειρήσεις, πρέπει πάντοτε να εφαρμόζονται οι διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων που προβλέπει η οδηγία αυτή.

(υπογραφές)