Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MACIEJ SZPUNAR
της 24ης Φεβρουαρίου 2022[1]

Υπόθεση C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
κατά
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

[αίτηση του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας, Ιταλία)
για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Προδικαστική παραπομπή – Δημόσιες συμβάσεις – Συμβάσεις παραχωρήσεως – Ανάθεση της διαχειρίσεως της ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας σε εταιρία μικτού κεφαλαίου – Ανάδειξη του ιδιώτη εταίρου μέσω διαγωνισμού – Απαίτηση συμμετοχής του ιδιώτη εταίρου τουλάχιστον κατά 30 % στο κεφάλαιο της εταιρίας μικτού κεφαλαίου – Έμμεση συμμετοχή της αναθέτουσας αρχής στο κεφάλαιο του ιδιώτη εταίρου»

I. Εισαγωγή

1. Η υπό κρίση αίτηση προδικαστικής αποφάσεως παρέχει στο Δικαστήριο τη δυνατότητα να αποσαφηνίσει περαιτέρω τη νομολογία του σχετικά με τον τρόπο με τον οποίο το δίκαιο της Ένωσης ερμηνεύει τις θεσμοθετημένες συμπράξεις δημοσίου-ιδιωτικού τομέα (ΘΣΔΙΤ), στις οποίες προσφεύγουν ενίοτε οι αναθέτουσες αρχές αντί της συνάψεως «παραδοσιακών» δημοσίων συμβάσεων ή συμβάσεων παραχωρήσεως.

2. Μολονότι η ΘΣΔΙΤ δεν ρυθμίζεται ρητώς από καμία δεσμευτική διάταξη του δικαίου της Ένωσης[2], έχει εντούτοις οριστεί από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή ως μορφή συνεργασίας μεταξύ εταίρων του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα οι οποίοι συστήνουν έναν φορέα μικτού κεφαλαίου για την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων ή συμβάσεων παραχωρήσεως[3] και έχει αποτελέσει αντικείμενο της νομολογίας του Δικαστηρίου. Το Δικαστήριο έχει κρίνει, μεταξύ άλλων, ότι το δίκαιο της Ένωσης δεν αποκλείει κατά γενικό κανόνα να ακολουθηθεί μια

[1] Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

[2] Όσον αφορά τις διάφορες μορφές συμπράξεως δημοσίου και ιδιωτικού τομέα, μεταξύ άλλων και τη ΘΣΔΙΤ, υπό το πρίσμα του δικαίου της Ένωσης, βλ. Bovis, Ch., «Chapter 18: Public service partnerships», *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, επιμ. Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2016, σ. 554 επ.

[3] Βλ. Πράσινο βιβλίο σχετικά με τις συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα και το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης [COM(2004) 327 τελικό], σημείο 54.

διαδικασία στο πλαίσιο ΘΣΔΙΤ, μέσω της οποίας, αφενός, επιλέγεται ιδιώτης εταίρος και, αφετέρου, ανατίθεται μια δημόσια σύμβαση ή παραχώρηση σε έναν υπό σύσταση φορέα μικτής οικονομίας [4].

3. Η απουσία διατάξεων του δικαίου της Ένωσης που να διέπουν τη ΘΣΔΙΤ φαίνεται να αποτελεί την αιτία των δυσχερειών που εγείρει η υπό κρίση αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, οι οποίες αντικατοπτρίζονται στη δομή και το περιεχόμενο των παρουσών προτάσεων. Από τη σκοπιά του δικαίου της Ένωσης, το νομικό ζήτημα που τίθεται εν προκειμένω δεν είναι ούτε σαφώς καθορισμένο ούτε εντάσσεται επακριβώς σε καθορισμένο πλαίσιο.

4. Κατόπιν διεξοδικής μελέτης της υπό κρίση προδικαστικής παραπομπής, καταλήγω στο συμπέρασμα ότι τα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο αφορούν το ζήτημα εάν ο τρόπος με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή προέβη στον υπολογισμό της συμμετοχής του ιδιωτικού τομέα στην υπό σύσταση οντότητα μικτού κεφαλαίου, για να αποκλείσει στη συνέχεια έναν προσφέροντα από τον διαγωνισμό είναι συμβατός με τις οδηγίες 2014/23/ΕΕ [5] και/ή 2014/24/ΕΕ [6].

II. Το νομικό πλαίσιο

Α. Το δίκαιο της Ένωσης

1. Η οδηγία 2014/23

5. Το άρθρο 3 της οδηγίας 2014/23 ορίζει τα εξής:

«1. Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και αμερόληπτα και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο.

Ο σχεδιασμός της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης, συμπεριλαμβανομένης της εκτίμησης της αξίας της, δεν μπορεί να γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή της από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας ή την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων ή ορισμένων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών.

2. Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς επιδιώκουν τη διασφάλιση διαφάνειας στη διαδικασία ανάθεσης και στην εκτέλεση της σύμβασης, τηρώντας παραλλήλως το άρθρο 28.»

6. Το άρθρο 30, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας αυτής ορίζει τα εξής:

«1. Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορούν να οργανώνουν ελεύθερα τη διαδικασία που οδηγεί στην επιλογή του παραχωρησιούχου με την επιφύλαξη της συμμόρφωσης προς την παρούσα οδηγία.

[4] Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 15ης Οκτωβρίου 2009, Acoset (C-196/08, στο εξής: απόφαση Acoset, EU:C:2009:628).

[5] Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης (ΕΕ 2014, L 94, σ. 1, και διορθωτικό ΕΕ 2016, L 140, σ. 26).

[6] Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65, και διορθωτικό ΕΕ 2016, L 135, σ. 120).

2. Κατά τον σχεδιασμό της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης τηρούνται οι αρχές που καθορίζονται στο άρθρο 3. Ειδικότερα, κατά τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης παραχώρησης, η αναθέτουσα αρχή ή φορέας δεν πρέπει να παρέχει, κατά τρόπο που δημιουργεί διακρίσεις, πληροφορίες που ενδέχεται να ευνοούν ορισμένους υποψηφίους ή προσφέροντες εις βάρος άλλων.»

7. Το άρθρο 38, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας προβλέπει τα ακόλουθα:

«Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς εξακριβώνουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής που σχετίζονται με την επαγγελματική και τεχνική ικανότητα, τη χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια των υποψηφίων ή των προσφερόντων βάσει υπεύθυνων δηλώσεων και συστάσεων που πρέπει να υποβάλλονται ως αποδεικτικά στοιχεία, σύμφωνα με τις απαιτήσεις που διευκρινίζονται στην προκήρυξη της παραχώρησης και οι οποίες πρέπει να μην εισάγουν διακρίσεις και να είναι αναλογικές με το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης. Οι προϋποθέσεις συμμετοχής σχετίζονται και είναι αναλογικές με την ανάγκη διασφάλισης της ικανότητας του παραχωρησιούχου να εκτελέσει τη σύμβαση παραχώρησης, λαμβάνοντας υπόψη το αντικείμενο της σύμβασης και με τον στόχο εξασφάλισης πραγματικού ανταγωνισμού.»

2. Η οδηγία 2014/24

8. Το άρθρο 18, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 ορίζει τα εξής:

«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό τον αποκλεισμό [τους] από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας ή τον τεχνητό περιορισμό του διαγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.»

9. Το άρθρο 58, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας ορίζει τα εξής:

«Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν:

α) την καταλληλόλητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας·

β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια·

γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.»

Β. Το ιταλικό δίκαιο

10. Στο ιταλικό δίκαιο, η ρύθμιση των εταιριών μικτής οικονομίας υπάγεται στο decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (νομοθετικό διάταγμα αριθ. 175 για τη κωδικοποίηση των διατάξεων περί εταιριών στις οποίες συμμετέχει το Δημόσιο), της 19ης Αυγούστου 2016[7], όπως ίσχυε κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών της κύριας δίκης (στο εξής: νομοθετικό διάταγμα αριθ. 175).

11. Σκοπός του νομοθετικού διατάγματος αριθ. 175 είναι, κατά το άρθρο 1 αυτού, η διασφάλιση της αποτελεσματικής διαχειρίσεως των συμμετοχών του Δημοσίου, η προστασία και η προώθηση του ανταγωνισμού και της αγοράς, καθώς και ο εξορθολογισμός και η μείωση των δημοσίων δαπανών. Το εν λόγω διάταγμα προβλέπει ότι για τη διαχείριση των σχετικών δραστηριοτήτων του άρθρου 4 η δημόσια διοίκηση μπορεί να επιλέξει μεταξύ, αφενός, της εσωτερικής διαχειρίσεως μέσω εταιρίας της οποίας κατέχει το σύνολο του κεφαλαίου και, αφετέρου, της συστάσεως εταιρίας μικτού κεφαλαίου, ρυθμίζει δε λεπτομερώς τη δεύτερη αυτή εναλλακτική λύση ώστε να είναι συμβατή με το δίκαιο της Ένωσης.

12. Όσον αφορά τη δεύτερη εναλλακτική λύση, το άρθρο 17, παράγραφος 1, του νομοθετικού διατάγματος αριθ. 175 ορίζει τα εξής:

«Στις εταιρίες μικτής συμμετοχής δημοσίου και ιδιωτικού τομέα, το ποσοστό συμμετοχής του ιδιώτη δεν μπορεί να είναι μικρότερο του 30 %, η δε επιλογή του τελευταίου πραγματοποιείται μέσω διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως σύμφωνα με το άρθρο 5, παράγραφος 9, του νομοθετικού διατάγματος αριθ. 50 του 2016 [8], η οποία έχει ως αντικείμενο τόσο την εγγραφή του ιδιώτη εταίρου στο κεφάλαιο ή την απόκτηση της εταιρικής συμμετοχής από πλευράς του όσο και την ανάθεση της δημόσιας συμβάσεως ή της συμβάσεως παραχωρήσεως που αποτελεί το αποκλειστικό αντικείμενο των δραστηριοτήτων της εταιρίας μικτής οικονομίας.»

ΙΙΙ. Τα πραγματικά περιστατικά της κύριας δίκης

13. Η πόλη της Ρώμης προκήρυξε εντός του έτους 2018 διαγωνισμό με διττό σκοπό, αφενός, την επιλογή ιδιώτη εταίρου προκειμένου να συστήσει με αυτόν εταιρία μικτής οικονομίας (στο εξής: υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας) και, αφετέρου, την ανάθεση στην εταιρία αυτή της ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας, ποσού εκτιμώμενου σε 277 479 616,21 ευρώ, η οποία υπάγεται στην αρμοδιότητα της πόλης της Ρώμης. Σύμφωνα με τα τεύχη του διαγωνισμού, η πόλη της Ρώμης έπρεπε να κατέχει το 51 % των εταιρικών μεριδίων της εν λόγω εταιρίας, ενώ το υπόλοιπο 49 % έπρεπε να αποκτηθεί από τον ιδιώτη εταίρο, ο οποίος θα αναλάμβανε εξ ολοκλήρου τον λειτουργικό κίνδυνο.

14. Η κοινοπραξία που απαρτιζόταν από τις εταιρίες Roma Multiservizi SpA και Rekeep SpA υπέβαλε προσφορά.

7 GURI αριθ. 210, της 8ης Σεπτεμβρίου 2016, σ. 1.

8 Decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (νομοθετικό διάταγμα αριθ. 50 περί μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο των οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, καθώς και για την αναμόρφωση του ισχύοντος κανονιστικού πλαισίου για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών), της 18ης Απριλίου 2016 (τακτικό παράρτημα GURI αριθ. 91, της 19ης Απριλίου 2016).

15. Με την υπ' αριθ. 435 απόφαση της 1ης Μαρτίου 2019 (στο εξής: απόφαση περί αποκλεισμού), η συγκεκριμένη κοινοπραξία αποκλείστηκε από την εν εξελίξει διαδικασία, με την αιτιολογία ότι η Roma Multiservizi ανήκε κατά 51 % στην εταιρία AMA SpA, της οποίας το κεφάλαιο κατείχε εξ ολοκλήρου η πόλη της Ρώμης, και ότι η αποδοχή της προσφοράς της εν λόγω κοινοπραξίας θα είχε στην πράξη ως αποτέλεσμα η πόλη της Ρώμης να έχει πραγματική συμμετοχή 73,5 % στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας[9], καθ' υπέρβαση ως εκ τούτου του ορίου του 51 % που προβλέπεται στα τεύχη του διαγωνισμού.

16. Η Rekeep και η Roma Multiservizi προσέβαλαν την απόφαση αυτή ενώπιον του Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (διοικητικού πρωτοδικείου περιφέρειας Λατίου, Ιταλία), το οποίο απέρριψε τις προσφυγές τους με δύο αποφάσεις που εκδόθηκαν στις 18 Ιουνίου 2019.

17. Κατά των δύο αυτών αποφάσεων η Rekeep και η Roma Multiservizi άσκησαν έφεση ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου.

18. Από τις παρατηρήσεις των ως άνω μετεχόντων στη δίκη προκύπτει ότι, ενόσω εκκρεμούσε η εξέταση των εφέσεών τους, η πόλη της Ρώμης ανέθεσε την εκτέλεση της εν λόγω υπηρεσίας στη CNS μετά από διαδικασία διαπραγμάτευσης.

IV. Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου και τα προδικαστικά ερωτήματα

19. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας, Ιταλία), με απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 2020, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 22 Ιουλίου 2020, αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Συνάδει προς το δίκαιο [της Ένωσης] και προς την ορθή ερμηνεία των αιτιολογικών σκέψεων 14 και 32 καθώς και των άρθρων 12 και 18 της οδηγίας 2014/24 και 30 της οδηγίας 2014/23, σε συνδυασμό με το άρθρο 107 ΣΛΕΕ, το γεγονός ότι, για τον καθορισμό του ελαχίστου ορίου του 30 % της συμμετοχής ιδιώτη εταίρου σε υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, το οποίο ο εθνικός νομοθέτης κρίνει κατάλληλο κατ' εφαρμογήν των αρχών [του δικαίου της Ένωσης] που καθορίζονται στον τομέα αυτόν από την ενωσιακή νομολογία, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη μόνον η τυπική ή καταστατική σύνθεση του εν λόγω εταίρου, ή η αρχή η οποία προκηρύσσει τον διαγωνισμό μπορεί –ή και οφείλει– να λάβει υπόψη την έμμεση συμμετοχή της στο εταιρικό κεφάλαιο του προσφέροντος ιδιώτη εταίρου;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο προηγούμενο ερώτημα, είναι συνεπές και συνάδει με τις αρχές [του δικαίου της Ένωσης], και ειδικότερα με τις αρχές του ανταγωνισμού, της αναλογικότητας και της καταλληλόλητας, το γεγονός ότι η αρχή η οποία προκηρύσσει τον διαγωνισμό μπορεί να αποκλείσει από τον διαγωνισμό τον προσφέροντα

[9] Συγκεκριμένα, πραγματική συμμετοχή της τάξεως του 51 % προέκυπτε ήδη από τα τεύχη του διαγωνισμού. Σύμφωνα με αυτά, η πόλη της Ρώμης έπρεπε να κατέχει το 51 % των εταιρικών μεριδίων της υπό σύσταση εταιρίας μικτής οικονομίας. Ως προς το υπόλοιπο (73,5 % - 51 % = 22,5 %), πραγματική συμμετοχή της τάξεως του 22,5 % στην εταιρία αυτή θα έπρεπε να προκύψει από το γεγονός ότι η συμμετοχή της Roma Multiservizi στην κοινοπραξία που είχε συσταθεί με τη Rekeep ανερχόταν σε περίπου 90 %. Κατά συνέπεια, η κατοχή του 51 % του κεφαλαίου της Roma Multiservizi από την AMA –της οποίας το κεφάλαιο ανήκει εξ ολοκλήρου στην πόλη της Ρώμης– ισοδυναμεί με πραγματική συμμετοχή 22,5 % της πόλης της Ρώμης στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας (22,5 % = 49 % × 90 % × 51 %). Στις γραπτές παρατηρήσεις τους, η Rekeep και η Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (Εθνική Κοινοπραξία Υπηρεσιών Società Cooperativa, CNS) αναφέρουν ότι προβλεπόταν, αφενός, ότι η συγκεκριμένη κοινοπραξία θα ανήκε κατά ποσοστό 10 % στη Rekeep, υπό την ιδιότητα της εντολέως, και κατά 90 % στη Roma Multiservizi, υπό την ιδιότητα της επικεφαλής και εκπροσώπου, και, αφετέρου, ότι οι εταιρίες αυτές θα εγγράφονταν στο κεφάλαιο της υπό σύσταση εταιρίας μικτής οικονομίας από κοινού με την πόλη της Ρώμης κατ' αναλογία της συμμετοχής τους στην κοινοπραξία.

ιδιώτη εταίρο, του οποίου η πραγματική συμμετοχή στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, λόγω της διαπιστωθείσας άμεσης ή έμμεσης δημόσιας συμμετοχής, είναι στην πράξη κατώτερη του 30 %;»

20. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν οι διάδικοι της κύριας δίκης και η CNS, καθώς και η Επιτροπή. Δεν διεξήχθη επ' ακροατηρίου συζήτηση.

V. Ανάλυση

A. Επί του αντικειμένου των προδικαστικών ερωτημάτων

21. Από την ανάγνωση της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως προκύπτει ότι, υπό το πρίσμα των περιστάσεων της υποθέσεως της κύριας δίκης, το αιτούν δικαστήριο λαμβάνει υπόψη δύο απαιτήσεις όσον αφορά τη συμμετοχή του δημόσιου και του ιδιωτικού τομέα στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας.

22. Η πρώτη απαίτηση αφορά το ελάχιστο όριο του 30 % της συμμετοχής ιδιώτη εταίρου σε υπό σύσταση οντότητα μικτού κεφαλαίου, σύμφωνα με το άρθρο 17, παράγραφος 1, του νομοθετικού διατάγματος αριθ. 175. Το ελάχιστο αυτό όριο συμμετοχής του ιδιωτικού τομέα αντιστοιχεί κατά λογική αναγκαιότητα σε ανώτατο όριο συμμετοχής του δημοσίου τομέα της τάξεως του 70 %.

23. Η δεύτερη απαίτηση καθορίζεται, εν προκειμένω, στην προκήρυξη του διαγωνισμού από την ίδια την αναθέτουσα αρχή και συνίσταται σε συμμετοχή 49 % για τον ιδιώτη εταίρο και 51 % για την αναθέτουσα αρχή.

24. Τα δύο προδικαστικά ερωτήματα, όπως διατυπώνονται από το αιτούν δικαστήριο, αναφέρονται αποκλειστικά στο ελάχιστο όριο του 30 % της συμμετοχής ιδιώτη εταίρου στο κεφάλαιο εταιρίας μικτής οικονομίας. Στο πλαίσιο αυτό, παρατηρώ ότι το αιτούν δικαστήριο δεν απευθύνει στο Δικαστήριο ερώτημα σχετικά με την εγκυρότητα του ορίου αυτού υπό το πρίσμα του δικαίου της Ένωσης. Από τη διατύπωση των προδικαστικών ερωτημάτων συνάγεται ότι το αιτούν δικαστήριο, με τα ερωτήματα αυτά, ζητεί να διευκρινιστεί εάν συνάδει προς το δίκαιο της Ένωσης να λαμβάνεται υπόψη, για τον καθορισμό ενός τέτοιου ελάχιστου ορίου συμμετοχής της τάξεως του 30 %, η έμμεση συμμετοχή της αναθέτουσας αρχής στο εταιρικό κεφάλαιο του εν λόγω ιδιώτη εταίρου.

25. Πλην όμως, το σκεπτικό της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως δεν είναι τόσο σαφές όσον αφορά το αντικείμενο των προδικαστικών ερωτημάτων.

26. Ειδικότερα, αφενός, το αιτούν δικαστήριο, σε συμφωνία προς τη διατύπωση των προδικαστικών ερωτημάτων, επισημαίνει ότι, για την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης, «πρέπει να καθοριστεί εάν, για την τήρηση των ορίων συμμετοχής στην [υπό σύσταση] εταιρία μικτής οικονομίας (ποσοστό 70 % κατ' ανώτατο όριο όσον αφορά τη συμμετοχή του δημοσίου τομέα, ποσοστό 30 % κατ' ελάχιστο όριο όσον αφορά τη συμμετοχή του ιδιώτη εταίρου), πρέπει να λαμβάνεται υπόψη αποκλειστικά η νομική φύση του ιδιώτη εταίρου ή εάν πρέπει, όταν στο κεφάλαιό του συμμετέχει μέτοχος του δημοσίου τομέα, να λαμβάνεται περαιτέρω υπόψη και το ύψος της συμμετοχής του δημοσίου τομέα σε αυτόν».

27. Αφετέρου, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει επίσης ότι στη διαφορά της κύριας δίκης δεν τέθηκε εν αμφιβόλω η νομιμότητα των ορίων της συμμετοχής του δημοσίου τομέα (51 %) και του ιδιωτικού τομέα (49 %). Κατά συνέπεια, το αιτούν δικαστήριο κρίνει ότι «η ένδικη [αυτή] διαφορά αφορά τη νομιμότητα της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, η οποία, στο πλαίσιο του ελέγχου τηρήσεως του ανωτάτου ορίου του 51 % της συμμετοχής της στη νέα εταιρία που έπρεπε να συσταθεί, θεώρησε ότι έπρεπε να ληφθεί υπόψη και η [έμμεση συμμετοχή της στην εταιρία αυτή]».

28. Λαμβανομένης υπόψη της αμφισημίας του αντικειμένου των προδικαστικών ερωτημάτων, πρέπει να σημειωθεί, πρώτον, ότι, όπως επισημαίνει το αιτούν δικαστήριο, ο lex specialis της προκηρύξεως του διαγωνισμού, της οποίας οι διατάξεις είναι «εφαρμοστέες» στην υπόθεση της κύριας δίκης, καθορίζει επακριβώς τα ποσοστά συμμετοχής του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα σε 51 % και 49 % αντιστοίχως[10]. Επομένως, φαίνεται ότι, στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης, η οποία αφορά την απόφαση αποκλεισμού, το αιτούν δικαστήριο προεχόντως διερωτάται ως προς τις απαιτήσεις περί συμμετοχής του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα όπως καθορίζονται στα τεύχη του διαγωνισμού.

29. Δεύτερον, ερωτηθέντες ως προς το εάν η επίσημη αιτιολογία για την απόφαση περί αποκλεισμού συνίστατο στην παράβαση του άρθρου 17, παράγραφος 1, του νομοθετικού διατάγματος αριθ. 175 ή στη μη τήρηση της απαιτήσεως περί κατανομής του κεφαλαίου που προβλέπεται στα τεύχη του διαγωνισμού, οι μετέχοντες στη διαδικασία προέκριναν κατά πλειοψηφία τη δεύτερη περίπτωση.

30. Κατηγορηματική ήταν η απάντηση της Roma Multiservizi, η οποία ανέφερε ότι η απόφαση περί αποκλεισμού επικαλείται την προβαλλόμενη μη τήρηση της προβλεπόμενης στα τεύχη του διαγωνισμού κατανομής του εταιρικού κεφαλαίου.

31. Η πόλη της Ρώμης επισήμανε, κατ' αρχάς, ότι η προσφορά της κοινοπραξίας την οποία αφορά η απόφαση αποκλεισμού παρουσιάζει δύο παρατυπίες σχετικά με τις δύο απαιτήσεις για τα ποσοστά συμμετοχής του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα. Ωστόσο, στη συνέχεια η πόλη της Ρώμης επανέλαβε τους λόγους αποκλεισμού της συγκεκριμένης κοινοπραξίας, από τους οποίους προκύπτει ότι ο αποκλεισμός της στηρίζεται στην εκτίμηση ότι «το μερίδιο του επιχειρηματικού κεφαλαίου στην [υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας] που αντιστοιχεί σε ιδιωτικές επενδύσεις είναι κατώτερο του 49 %, το οποίο προδήλως δεν πληροί τους όρους που προβλέπονται στα τεύχη του διαγωνισμού και στις πράξεις που ενέκρινε το δημοτικό συμβούλιο».

32. Ευθυγραμμιζόμενη με την απάντηση της πόλης της Ρώμης, η Rekeep επισήμανε ότι η αιτιολογία της αποφάσεως περί αποκλεισμού αναφέρεται μόνο στη μη τήρηση των ποσοστών συμμετοχής στο κεφάλαιο που προέβλεπαν τα τεύχη του διαγωνισμού, προσθέτοντας ότι το νομοθετικό διάταγμα αριθ. 175 μνημονεύεται στο προοίμιο της αποφάσεως αυτής.

33. Η απάντηση της Επιτροπής φαίνεται να κλίνει εμμέσως προς την ίδια κατεύθυνση. Το εν λόγω θεσμικό όργανο θεωρεί ότι προδήλως ο καθορισμός της συμμετοχής του ιδιωτικού τομέα σε ποσοστό 49 % –και ο συνακόλουθος αποκλεισμός– ερείδεται αποκλειστικά στο όριο που θεσπίζει το άρθρο 17 του νομοθετικού διατάγματος αριθ. 175. Εξ αυτού συνάγω ότι, για την Επιτροπή, ο αποκλεισμός *απορρέει* ευθέως από τη μη τήρηση της απαιτήσεως σχετικά με το ποσοστό συμμετοχής του ιδιωτικού τομέα το οποίο προβλέπεται στα τεύχη του διαγωνισμού σε 49 %.

[10] Ομοίως, σύμφωνα με τις πληροφορίες που περιέχονται στην αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, η Roma Multiservizi και η Rekeep προσέβαλαν την απόφαση περί αποκλεισμού, επικαλούμενες, μεταξύ άλλων, την παράβαση, την εσφαλμένη εφαρμογή και την ανεπίτρεπτη τελολογική ερμηνεία αυτού που οι εν λόγω διάδικοι θεώρησαν ως lex specialis.

34. Μόνον η CNS θεωρεί ότι η απόφαση περί αποκλεισμού βασίζεται τόσο στην παράβαση του άρθρου 17, παράγραφος 1, του νομοθετικού διατάγματος αριθ. 175 όσο και στην παράβαση της απαιτήσεως περί κατανομής του κεφαλαίου που προβλέπεται στα τεύχη του διαγωνισμού. Πλην όμως, τα χωρία της εν λόγω αποφάσεως που μνημονεύει η CNS αφορούν μόνον τις απαιτήσεις περί της συμμετοχής του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα που καθορίζονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού.

35. Υπό το πρίσμα των διευκρινίσεων αυτών, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το αιτούν δικαστήριο με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα ζητεί να διευκρινιστεί εάν συνάδει προς το δίκαιο της Ένωσης το να λαμβάνεται υπόψη, για τον καθορισμό του ποσοστού της συμμετοχής του ιδιωτικού τομέα στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, η έμμεση συμμετοχή της αναθέτουσας αρχής στο εταιρικό κεφάλαιο ενός προσφέροντος ιδιώτη εταίρου.

36. Ως εκ τούτου, το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να νοηθεί υπό την έννοια ότι το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί εάν το δίκαιο της Ένωσης δεν επιτρέπει σε αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει από τον διαγωνισμό προσφέροντα ιδιώτη εταίρο του οποίου η πραγματική συμμετοχή στην υπό σύσταση οντότητα μικτού κεφαλαίου δεν πληροί την απαίτηση σχετικά με το ελάχιστο όριο συμμετοχής του ιδιωτικού τομέα που καθορίζεται στα τεύχη του διαγωνισμού.

37. Πρέπει να προσθέσω ορισμένες συμπληρωματικές παρατηρήσεις επί των προδικαστικών ερωτημάτων όπως αναδιατυπώθηκαν κατ' αυτόν τον τρόπο.

38. Κατ' αρχάς, η αρχική διατύπωση του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος έχει την έννοια ότι το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί εάν το δίκαιο της Ένωσης δεν επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να λαμβάνει υπόψη όχι οποιαδήποτε συμμετοχή του δημοσίου τομέα στο κεφάλαιο του προσφέροντος ιδιώτη εταίρου, αλλά μόνον «τη συμμετοχή της» στο κεφάλαιο αυτού («η αρχή η οποία προκηρύσσει τον διαγωνισμό μπορεί –ή και οφείλει– να λάβει υπόψη την έμμεση συμμετοχή της στο εταιρικό κεφάλαιο του προσφέροντος ιδιώτη εταίρου»). Πολλά χωρία της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως επιρρωννύουν μια τέτοια ερμηνεία όχι μόνον των απαιτήσεων περί της συμμετοχής του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα που καθορίστηκαν με την προκήρυξη του διαγωνισμού[11], αλλά και της αποφάσεως αποκλεισμού, η οποία είναι ακόμη πιο σημαντική στο πλαίσιο της υποθέσεως της κύριας δίκης[12].

39. Εν συνεχεία, από τη διατύπωση του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος συνάγεται ότι το αιτούν δικαστήριο αναφέρεται στο κατά πόσον η αναθέτουσα αρχή «μπορεί –ή και οφείλει» να συνεκτιμήσει μια τέτοια έμμεση συμμετοχή. Πάντως, δεν αμφισβητείται ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, η αναθέτουσα αρχή έλαβε υπόψη την έμμεση συμμετοχή της. Προκειμένου να ελεγχθεί η απόφαση περί αποκλεισμού, αρκεί να καθοριστεί εάν μια τέτοια συνεκτίμηση συνάδει προς το δίκαιο της Ένωσης.

40. Εξάλλου, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα υποβάλλεται σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα. Στην αρχική του διατύπωση, το πρώτο ερώτημα περιέχει δύο εναλλακτικές («[σ]υνάδει [προς τις διατάξεις του δικαίου της Ένωσης] […] να λαμβάνεται υπόψη μόνον [η άμεση συμμετοχή] ή [η αναθέτουσα αρχή] μπορεί –ή και οφείλει– να λάβει υπόψη [την έμμεση συμμετοχή] στο εταιρικό

[11] Το αιτούν δικαστήριο αναφέρει, μεταξύ άλλων, ότι η αναθέτουσα αρχή «καθόρισε σε 51 % τη συμμετοχή της πόλης της Ρώμης και στο 49 % τη συμμετοχή του ιδιώτη εταίρου» και ότι η εν λόγω αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διαγωνισμό «καθορίζοντας στο 51 % τη συμμετοχή της πόλης της Ρώμης».

[12] Το αιτούν δικαστήριο αναφέρει, μεταξύ άλλων, ότι «η πόλη της Ρώμης […] θα κατέληγε να έχει στην εταιρία μικτής οικονομίας πραγματική συμμετοχή της τάξεως του 73,5 %, καθ' υπέρβαση του ορίου του 51 % που είχε καθοριστεί στα τεύχη του διαγωνισμού» και ότι «η συμμετοχή της πόλης της Ρώμης στην [υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας] υπερέβη το όριο του 51 %».

κεφάλαιο του προσφέροντος ιδιώτη εταίρου;»). Εν πάση περιπτώσει, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα υποβάλλεται για την περίπτωση που στο πρώτο ερώτημα δοθεί η απάντηση ότι συνάδει προς το δίκαιο της Ένωσης η συνεκτίμηση της έμμεσης συμμετοχής της αναθέτουσας αρχής στο εταιρικό κεφάλαιο του προσφέροντος ιδιώτη εταίρου.

41. Τέλος, για να δοθεί χρήσιμη απάντηση στο αιτούν δικαστήριο, πρέπει να προσδιοριστούν το εφαρμοστέο στην υπόθεση της κύριας δίκης καθεστώς καθώς και οι διατάξεις αυτού, των οποίων η ερμηνεία είναι αναγκαία για την επίλυση της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιόν του. Πράγματι, δεν φαίνεται ότι είναι κρίσιμες όλες οι διατάξεις τις οποίες μνημονεύει το αιτούν δικαστήριο στην προδικαστική του παραπομπή. Για τον λόγο αυτό, ορισμένοι μετέχοντες στη διαδικασία αμφισβητούν το παραδεκτό των προδικαστικών ερωτημάτων.

Β. Επί του παραδεκτού των προδικαστικών ερωτημάτων και επί του εφαρμοστέου καθεστώτος

42. Το αιτούν δικαστήριο μνημονεύει στο πρώτο προδικαστικό ερώτημά του διάφορες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης, χωρίς να διευκρινίζει ρητώς τους λόγους που το οδήγησαν να διερωτηθεί ως προς την ερμηνεία τους. Όσον αφορά το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο αναφέρεται απλώς στις αρχές του δικαίου και ειδικότερα στις αρχές του ανταγωνισμού, της αναλογικότητας και της καταλληλόλητας, χωρίς να παραπέμπει σε κάποια διάταξη.

43. Συναφώς, η Επιτροπή φρονεί ότι το πρώτο προδικαστικό ερώτημα είναι απαράδεκτο κατά το μέρος που αφορά το άρθρο 107 ΣΛΕΕ, ενώ η CNS αμφισβητεί το παραδεκτό της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως στο σύνολό της[13]. Θα εξετάσω αυτές τις ενστάσεις απαραδέκτου στο πλαίσιο της εξετάσεως της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως, προκειμένου να προσδιοριστούν οι κρίσιμες για την υπό κρίση υπόθεση διατάξεις του δικαίου της Ένωσης.

1. Οι οδηγίες 2014/23 και 2014/24

44. Το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, όπως διατυπώθηκε από το αιτούν δικαστήριο, αναφέρεται τόσο στην οδηγία 2014/23 όσο και στην οδηγία 2014/24. Οι οδηγίες αυτές θεσπίζουν, αντιστοίχως, τους κανόνες που εφαρμόζονται στις διαδικασίες για την ανάθεση συμβάσεων παραχωρήσεως και τους κανόνες που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

45. Προκειμένου να προσδιοριστεί η εφαρμοστέα εν προκειμένω οδηγία, απαιτείται να εξεταστεί το αντικείμενο του διαγωνισμού καθώς και η σύμβαση που η αναθέτουσα αρχή επιδίωκε να συνάψει διά της προκηρύξεως του εν λόγω διαγωνισμού.

46. Η επίμαχη στην κύρια δίκη προκήρυξη διαγωνισμού έχει δύο αντικείμενα, οπότε μπορεί να θεωρηθεί ότι η προς σύναψη σύμβαση αποτελούνταν από δύο σκέλη, εκ των οποίων το πρώτο αφορά την επιλογή ιδιώτη εταίρου στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας και το δεύτερο την ανάθεση στην εταιρία αυτή της ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας.

[13] Κατά τη CNS, το αιτούν δικαστήριο ζητεί απλώς έλεγχο συμβατότητας του εθνικού δικαίου με γνώμονα τις γενικές αρχές του δικαίου της Ένωσης, χωρίς να προσδιορίζει συγκεκριμένα τις ειδικές διατάξεις υπό το πρίσμα των οποίων πρέπει να εξεταστεί η συμβατότητα αυτή. Κατά τη CNS, το γεγονός ότι το προδικαστικό ερώτημα δεν είναι λυσιτελές αποδεικνύεται, εξάλλου, από το γεγονός ότι στο δίκαιο της Ένωσης δεν υπάρχουν ειδικές διατάξεις σχετικά με τις μορφές συμπράξεως δημοσίου και ιδιωτικού τομέα.

47. Θα μπορούσε το πρώτο σκέλος να καταστήσει εφαρμοστέα είτε την οδηγία 2014/23 είτε την οδηγία 2014/24 όσον αφορά τα δύο σκέλη της επίμαχης στην κύρια δίκη συμβάσεως; Η νομολογία παρέχει ορισμένες χρήσιμες κατευθύνσεις για την απάντηση του συγκεκριμένου ερωτήματος.

α) Επί της σχετικής νομολογίας

48. Ένα ανάλογο ζήτημα ήχθη ενώπιον του Δικαστηρίου στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ. [14]. Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορούσε σύμβαση η οποία περιλάμβανε τρεις συμφωνίες: συμφωνία για τη μεταβίβαση του 49 % των μετοχών δημόσιας επιχειρήσεως με σκοπό την ιδιωτικοποίησή της, συμφωνία βάσει της οποίας ο αποκτών αναλάμβανε τη διαχείριση της επιχειρήσεως καζίνο έναντι αμοιβής και συμφωνία βάσει της οποίας ο εν λόγω αποκτών αναλάμβανε την υποχρέωση να εφαρμόσει σχέδιο αναβαθμίσεως των εγκαταστάσεων του καζίνο.

49. Προκειμένου να αποφανθεί επί του ζητήματος αυτού, το Δικαστήριο, αφού επιβεβαίωσε ότι ορθώς το αιτούν δικαστήριο χαρακτήρισε τη σύμβαση ως «μικτή σύμβαση» [15], εξέτασε εάν η επίμαχη σύμβαση αποτελούσε αδιαίρετη ολότητα και εάν ενέπιπτε, στο σύνολό της, λόγω του κύριου αντικειμένου της, στο πεδίο εφαρμογής μιας από τις επίμαχες οδηγίες [16]. Κατ' αυτόν τον τρόπο, το Δικαστήριο αναφέρθηκε στη νομολογία κατά την οποία, «στην περίπτωση μικτής συμβάσεως της οποίας τα διάφορα σκέλη […] συνδέονται άρρηκτα μεταξύ τους και σχηματίζουν μια αδιαίρετη ολότητα, η επίμαχη πράξη πρέπει να εξετάζεται, προς τον σκοπό του νομικού χαρακτηρισμού της, στο σύνολό της κατά τρόπο ενιαίο και να εκτιμάται βάσει των κανόνων που διέπουν το σκέλος που αποτελεί το κύριο αντικείμενο ή το επικρατέστερο στοιχείο της συμβάσεως» [17].

50. Σε σχέση με τη νομολογία αυτή, το Δικαστήριο επισήμανε, κατ' αρχάς, ότι επρόκειτο για μικτή σύμβαση η οποία αποτελούσε αδιαίρετη ολότητα, στο μέτρο που ήταν αναγκαία η σύναψη της εν λόγω συμβάσεως με έναν μοναδικό αντισυμβαλλόμενο, διαθέτοντα συγχρόνως την απαραίτητη οικονομική δυνατότητα προς αγορά των εν λόγω μετοχών και επαγγελματική πείρα στον τομέα της εκμεταλλεύσεως καζίνο. Δεύτερον, το Δικαστήριο έκρινε ότι η μεταβίβαση του 49 % των μετοχών δημόσιας επιχειρήσεως αποτελούσε το κύριο αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως [18]. Η εκτίμηση αυτή απέρρεε από το γεγονός ότι η μεταβίβαση των μετοχών αποτελούσε πράξη ιδιωτικοποιήσεως και παρήγε αποτελέσματα χωρίς χρονικό περιορισμό, παρέχοντας τη δυνατότητα στον αποκτώντα να αποκομίσει, ως μέτοχος, έσοδα σαφώς σημαντικότερα από την αμοιβή που θα εισέπραττε ως πάροχος υπηρεσιών [19].

51. Στην απόφαση Mehiläinen και Terveystalo Healthcare [20], το Δικαστήριο εξέτασε, επί τη βάσει της ίδιας νομολογίας [21], συμφωνία στο πλαίσιο της οποίας αναθέτουσα αρχή συνήψε σύμβαση με ιδιωτική εταιρία, ανεξάρτητη από αυτήν, με σκοπό τη σύσταση κοινής εταιρίας υπό τη μορφή ανώνυμης εταιρίας, δυνάμει της οποίας η αναθέτουσα αρχή αναλάμβανε τη δέσμευση, από της

14 Απόφαση της 6ης Μαΐου 2010 (C-145/08 και C-149/08, στο εξής: απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ., EU:C:2010:247).

15 Απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ. (σκέψη 46).

16 Απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ. (σκέψη 50).

17 Απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ. (σκέψη 48 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

18 Απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ. (σκέψη 57).

19 Απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ. (σκέψεις 55 και 57).

20 Απόφαση της 22ας Δεκεμβρίου 2010 (C-215/09, στο εξής: απόφαση Healthcare, EU:C:2010:807).

21 Απόφαση Healthcare (σκέψη 36).

συστάσεως της κοινής εταιρίας, να απευθύνεται στην εταιρία αυτή, για μια μεταβατική περίοδο τεσσάρων ετών, για την παροχή στους υπαλλήλους της υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και της ευεξίας στους χώρους εργασίας, τις οποίες όφειλε να τους διασφαλίζει.

52. Στην απόφαση Healthcare, όπως και στην απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ., το Δικαστήριο έκρινε ότι η επίμαχη σύμβαση αποτελούσε μικτή σύμβαση. Ωστόσο, το Δικαστήριο έκρινε ότι τα σκέλη της συμβάσεως αυτής δεν ήταν άρρηκτα συνδεδεμένα, καθόσον δεν υπήρχε αντικειμενική ανάγκη συνάψεως της μικτής συμβάσεως με έναν αποκλειστικώς αντισυμβαλλόμενο. Ειδικότερα, κατά το Δικαστήριο, ο αποσπαστός χαρακτήρας του σχετικού με την παροχή υπηρεσιών σκέλους από την υπόλοιπη μικτή σύμβαση επιρρωννύεται από το γεγονός, πρώτον, ότι η αναθέτουσα αρχή είχε εκφράσει την πρόθεσή της να προκηρύξει μετά το πέρας της μεταβατικής περιόδου δημόσιο διαγωνισμό για την παροχή αυτού του είδους των υπηρεσιών και, αφετέρου, ότι η κοινή επιχείρηση είχε πράγματι συσταθεί και λειτουργούσε χωρίς το σχετικό με τις υπηρεσίες σκέλος [22].

53. Στην απόφαση Acoset, το Δικαστήριο, ερωτηθέν σχετικά με την απευθείας ανάθεση τοπικής δημόσιας υπηρεσίας ολοκληρωμένης διαχειρίσεως υδάτων σε εταιρία μικτού κεφαλαίου, δεν έθεσε καν το ζήτημα εάν η επίμαχη σύμβαση αποτελούσε μικτή σύμβαση της οποίας τα διάφορα σκέλη ήταν αναπόσπαστα συνδεδεμένα μεταξύ τους και αποτελούσαν ως εκ τούτου αδιαίρετη ολότητα. Προκειμένου να κρίνει εάν η ανάθεση αυτή ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής μίας από τις επίμαχες οδηγίες, το Δικαστήριο εστίασε στην τοπική δημόσια υπηρεσία ολοκληρωμένης διαχειρίσεως των υδάτων καθώς και στις συναφείς με τη διαχείριση της εν λόγω υπηρεσίας εργασίες.

54. Πλην όμως, η απόφαση Acoset δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι, στην περίπτωση συμβάσεως αποτελούμενης από πλείονα σκέλη, ένα εκ των οποίων αφορά τη σύσταση εταιρίας μικτού κεφαλαίου, πρέπει το σκέλος αυτό να μη λαμβάνεται υπόψη και να εξετάζονται μόνον τα λοιπά σκέλη. Μια τέτοια ερμηνεία θα αντέβαινε στη μεταγενέστερη της αποφάσεως αυτής νομολογία, η οποία μνημονεύεται στα προηγούμενα σημεία των παρουσών προτάσεων.

55. Η απόφαση Acoset πρέπει επομένως να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι το Δικαστήριο έκρινε σιωπηρώς, πρώτον, ότι επρόκειτο για μικτή σύμβαση της οποίας τα σκέλη αποτελούσαν αδιαίρετη ολότητα και, δεύτερον, ότι το σκέλος που αφορούσε την τοπική δημόσια υπηρεσία αποτελούσε το κύριο αντικείμενό της.

56. Κατά συνέπεια, η σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο δημόσιου διαγωνισμού τον οποίο προκήρυξε αναθέτουσα αρχή με σκοπό την επιλογή ιδιώτη εταίρου για εταιρία μικτού κεφαλαίου και την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως ή συμβάσεως παραχωρήσεως στην εταιρία αυτή συνιστά μικτή σύμβαση αποτελούμενη από δύο σκέλη [23]. Εξάλλου, σε σχέση με μια τέτοια μικτή σύμβαση, πρέπει, πρώτον, να καθοριστεί εάν τα διάφορα σκέλη της συμβάσεως είναι άρρηκτα συνδεδεμένα (αδιαχώριστα) και αποτελούν αδιαίρετη ολότητα· δεύτερον, να προσδιοριστεί το κύριο

[22] Απόφαση Healthcare (σκέψη 43 και 44).

[23] Ορισμένοι από τους μετέχοντες στη δίκη φαίνεται να αμφισβητούν τον χαρακτηρισμό ως «μικτής συμβάσεως» μιας συμβάσεως της οποίας ένα από τα σκέλη αφορά την επιλογή ιδιώτη εταίρου για υπό σύσταση οντότητα μικτού κεφαλαίου. Μολονότι το Δικαστήριο στην απόφαση Acoset δεν χρησιμοποίησε την έννοια της «μικτής συμβάσεως», το έπραξε στις αποφάσεις του Club Hotel Loutraki κ.λπ. και Healthcare. Εξάλλου, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η οδηγία 2014/24 έχει εφαρμογή εν προκειμένω και ότι η επίμαχη στην κύρια δίκη σύμβαση δεν εμπίπτει στην έννοια της «μικτής συμβάσεως», κατά την έννοια του άρθρου 3 της εν λόγω οδηγίας, καθόσον η επιλογή ιδιώτη εταίρου για τη σύσταση εταιρίας μικτής οικονομίας δεν αφορά σύμβαση (βλ. υποσημείωση 24), η σύμβαση αυτή μπορεί εντούτοις να εμπίπτει στην ευρύτερη κατηγορία των μικτών συμβάσεων στην οποία φαίνεται ότι αναφέρθηκε το Δικαστήριο στις αποφάσεις Club Hotel Loutraki κ.λπ. και Healthcare.

αντικείμενο ή το επικρατέστερο στοιχείο της συμβάσεως αυτής· και, τρίτον, να προσδιοριστεί το εφαρμοστέο στην εν λόγω σύμβαση καθεστώς με γνώμονα το κύριο αντικείμενο ή το επικρατέστερο στοιχείο [24].

β) Εφαρμογή

1) Μικτή σύμβαση: σκέλη αρρήκτως συνδεδεμένα;

57. Κατά τη γνώμη μου, τα δύο σκέλη της επίμαχης στην κύρια δίκη συμβάσεως είναι άρρηκτα συνδεδεμένα, όπως συνέβαινε και στις υποθέσεις επί των οποίων εκδόθηκαν οι αποφάσεις Club Hotel Loutraki κ.λπ. και Acoset.

58. Ειδικότερα, για να διασφαλιστεί η παροχή της ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας από εταιρία μικτού κεφαλαίου στην οποία μετέχουν ως εταίροι η αναθέτουσα αρχή και ιδιώτης εταίρος, είναι αντικειμενικώς αναγκαίο να επιλεγεί ένας εταίρος ο οποίος διαθέτει την απαιτούμενη οικονομική επάρκεια για την απόκτηση του 49 % του κεφαλαίου της υπό σύσταση εταιρίας μικτής οικονομίας και πληροί άλλες προϋποθέσεις που του επιτρέπουν να αναλάβει, υπό τη μορφή εταιρίας μικτού κεφαλαίου, την ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία αναλαμβάνοντας εξ ολοκλήρου τον λειτουργικό κίνδυνο. Επομένως, τα δύο σκέλη της συμβάσεως πρέπει να αφορούν τον ίδιο αντισυμβαλλόμενο, έστω και αν, από τεχνικής απόψεως, το μεν πρώτο σκέλος αφορά την επιλογή ιδιώτη εταίρου, το δε δεύτερο, την ανάθεση της ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας σε εταιρία μικτού κεφαλαίου της οποίας ο εταίρος αυτός κατέχει το 49 % των μετοχών [25].

59. Επιπλέον, σε αντίθεση με την υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Healthcare [26], στην οποία οι περιστάσεις που συνδέονταν με το σχετικό με την παροχή υπηρεσιών σκέλος ήταν πολύ ιδιαίτερες, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι, στην υπό κρίση υπόθεση, το σκέλος που αφορά τη σύσταση εταιρίας μικτού κεφαλαίου δύναται να διαχωριστεί από το σκέλος που αφορά την ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία. Εάν δεν υπήρχε το τελευταίο αυτό σκέλος, η υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας θα στερούνταν αντικειμενικά τον λόγο της οικονομικής της υπάρξεως.

[24] Ανεξαρτήτως της λύσεως που έχει προκρίνει το Δικαστήριο στη νομολογία του, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η οδηγία 2014/24 είναι εφαρμοστέα στην υπόθεση της κύριας δίκης, το ίδιο αποτέλεσμα θα μπορούσε a priori να επιτευχθεί βάσει του άρθρου 3, παράγραφος 6, της οδηγίας αυτής, κατά το οποίο «[ό]ταν τα διάφορα μέρη συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορούν να χωριστούν αντικειμενικά, το ισχύον νομικό καθεστώς καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης». Σύμφωνα με την εν λόγω οδηγία, οι δημόσιες συμβάσεις έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών. Τίθεται, επομένως, το ερώτημα εάν η επιλογή ιδιώτη εταίρου και η σύσταση εταιρίας μικτής οικονομίας εμπίπτουν στην έννοια της «δημόσιας συμβάσεως» κατά την ίδια οδηγία. Σύμφωνα με τη θεωρία τούτο φαίνεται να ισχύει (πρβλ., καθόσον η συγγραφέας αναφέρεται στο άρθρο 3, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24, Andrecka, M., «Institutionalized Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, τόμος 9, αριθ. 3, 2014, σ. 176). Εξάλλου, λαμβανομένων υπόψη των αμφιβολιών που εγείρονται ως προς το εφαρμοστέο εν προκειμένω καθεστώς, πρέπει να επισημανθεί η διαφορά μεταξύ της διατυπώσεως που χρησιμοποιείται στην οδηγία 2014/24, το άρθρο 3, παράγραφος 6, της οποίας προβλέπει ότι «[ό]ταν τα διάφορα μέρη συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορούν να χωριστούν αντικειμενικά, το ισχύον νομικό καθεστώς καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της εν λόγω [μικτής] σύμβασης», και της διατυπώσεως που χρησιμοποιείται στην οδηγία 2014/23, το άρθρο 20, παράγραφος 5, της οποίας προβλέπει ότι «[ό]ταν τα διάφορα *μέρη συγκεκριμένης σύμβασης* [είναι αντικειμενικά αδύνατον] να διαχωριστούν, το ισχύον νομικό καθεστώς καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης» (η υπογράμμιση δική μου), με την τελευταία διατύπωση να είναι κατ' εμέ πιο ευέλικτη, τουλάχιστον όσον αφορά ορισμένες γλωσσικές αποδόσεις των οδηγιών, μεταξύ των οποίων και η γαλλική απόδοση.

[25] Βλ., κατ' αναλογία, σκέψη 53 της αποφάσεως Club Hotel Loutraki κ.λπ., ερμηνευόμενη υπό το πρίσμα της σκέψεως 28 της εν λόγω αποφάσεως, κατά την οποία η επίμαχη μικτή σύμβαση περιλάμβανε «ένα σκέλος που αφορά την πώληση μετοχών από [την εταιρία Ελληνικά Τουριστικά Ακίνητα ΑΕ], στον πλειοδότη [και] ένα σκέλος συνιστάμενο σε σύμβαση υπηρεσιών που συνάπτεται με τον πλειοδότη, ο οποίος αναλαμβάνει υποχρεώσεις διαχειρίσεως της επιχειρήσεως καζίνο»), ενώ, όπως προκύπτει από τη σκέψη 25 της εν λόγω αποφάσεως, η εταιρία που θα σύστηνε ο πλειοδότης (και όχι ο ίδιος ο πλειοδότης) ενεργούσε ως έχουσα τη διαχείριση και προέβη στη σύναψη τουλάχιστον μιας συμβάσεως. Βλ. επίσης σχετικά με το σημείο αυτό απόφαση Acoset (σκέψεις 54 και 61).

[26] Βλ. σημείο 52 των παρουσών προτάσεων.

Κατά το ιταλικό δίκαιο, βάσει του άρθρου 17, παράγραφος 1, του νομοθετικού διατάγματος αριθ. 175, η δημόσια σύμβαση ή σύμβαση παραχωρήσεως αποτελεί το αποκλειστικό αντικείμενο των δραστηριοτήτων της εταιρίας μικτού κεφαλαίου.

60. Πρέπει στο σημείο αυτό να διαπιστωθεί εάν το σκέλος το οποίο αποτελεί το κύριο αντικείμενο της επίμαχης στην κύρια δίκη συμβάσεως είναι αυτό που αφορά τη σύσταση εταιρίας μικτής οικονομίας ή εκείνο που αφορά την παροχή ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας.

2) Κύριο αντικείμενο της συμβάσεως

61. Είμαι της γνώμης ότι το σχετικό με την ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία σκέλος αποτελεί το κύριο αντικείμενο της επίμαχης στην κύρια δίκη μικτής συμβάσεως.

62. Η υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας δεν αποτελούσε παρά ένα μέσο για να εξασφαλιστεί ότι η ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία παρέχεται από ΘΣΔΙΤ και ουδόλως αποτελούσε τον σκοπό του δημοσίου διαγωνισμού. Αντιθέτως προς την υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ., εν προκειμένω, δεν πρόκειται για απόκτηση μετοχών προϋφιστάμενης δημόσιας επιχειρήσεως με σκοπό την ιδιωτικοποίησή της, αλλά για τη σύσταση εταιρίας μικτής οικονομίας προς εκτέλεση ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας.

63. Επιπλέον, στην υπόθεση εκείνη, η κατοχή των μετοχών της προϋφιστάμενης δημόσιας επιχειρήσεως συνιστούσε αφεαυτής σημαντική πηγή εσόδων. Από κανένα στοιχείο δεν μπορεί να συναχθεί ότι τούτο ισχύει και στην υπό κρίση υπόθεση. Επομένως, δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη η απόφαση Club Hotel Loutraki κ.λπ. για να συναχθεί ότι, εν προκειμένω, η σύσταση της εταιρίας μικτής οικονομίας αποτελεί το κύριο αντικείμενο της επίμαχης στην κύρια δίκη συμβάσεως.

64. Κατά συνέπεια, το ζήτημα ποια οδηγία είναι εφαρμοστέα στο πλαίσιο της υποθέσεως της κύριας δίκης πρέπει να εξεταστεί υπό το πρίσμα του σκέλους που αφορά την παροχή ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας.

3) Δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών ή συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών;

65. Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως παρουσιάζει κενά όσον αφορά το σχετικό με την παροχή ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας σκέλος.

66. Είναι βεβαίως αληθές ότι οι απαντήσεις των μετεχόντων στη δίκη στις γραπτές ερωτήσεις του Δικαστηρίου παρέχουν ορισμένες διευκρινίσεις ως προς το εύρος των παροχών που συνιστούν το σχετικό με την ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία σκέλος[27]. Ωστόσο, από τις διευκρινίσεις αυτές δεν μπορεί να συναχθεί αδιαμφισβήτητα, στο πλαίσιο των παρουσών προτάσεων, ότι το συγκεκριμένο σκέλος εμπίπτει στη «δημόσια σύμβαση υπηρεσιών» ή στη «σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών».

[27] Από τις παρατηρήσεις των μετεχόντων στη δίκη και από τις απαντήσεις τους στις γραπτές ερωτήσεις του Δικαστηρίου συνάγεται ότι η ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία συνίσταται στη γενικότερη υποστήριξη, τη συντήρηση, τις παραδόσεις και τον καθαρισμό των βρεφονηπιακών σταθμών και των σχολείων, καθώς και στη μεταφορά μαθητών. Η ύπαρξη υπηρεσίας σχετικής με τη μεταφορά μαθητών στο ευρύ αυτό φάσμα των παρεχομένων υπηρεσιών δεν φαίνεται να οδηγεί το αιτούν δικαστήριο να εξετάσει το ενδεχόμενο εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 243, και διορθωτικό ΕΕ 2016, L 311, σ. 26). Εν πάση περιπτώσει, αφενός, η εν λόγω οδηγία προβλέπει επίσης, στα άρθρα 4 και 6, κανόνες σχετικούς με τις μικτές συμβάσεις και, αφετέρου, από κανένα στοιχείο δεν μπορεί να συναχθεί ότι η μεταφορά μαθητών αποτελεί το κύριο αντικείμενο της επίμαχης στην κύρια δίκη συμβάσεως ή του σκέλους της που αφορά την ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία.

67. Εν πάση περιπτώσει, ο συγκεκριμένος αυτός χαρακτηρισμός εμπίπτει αποκλειστικά στην αρμοδιότητα του εθνικού δικαστηρίου[28]. Το Δικαστήριο μπορεί, ενδεχομένως, να παράσχει διευκρινίσεις προκειμένου να καθοδηγήσει τον εθνικό δικαστή για τον εν λόγω χαρακτηρισμό.

68. Συναφώς, επισημαίνω, πρώτον, ότι οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας 2014/24, συνεπάγονται αντάλλαγμα το οποίο η αναθέτουσα αρχή καταβάλλει απευθείας στον παρέχοντα υπηρεσίες[29]. Αντιθέτως, η σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών, κατά την έννοια της οδηγίας 2014/23, συνίσταται σε μια πράξη αναθέσεως της παροχής και της διαχειρίσεως υπηρεσιών, το δε αντάλλαγμα για αυτήν συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης των επίμαχων υπηρεσιών είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή ανταλλάγματος[30]. Στο πλαίσιο αυτό, το Δικαστήριο έχει αναγνωρίσει την ύπαρξη παραχωρήσεως υπηρεσιών, μεταξύ άλλων, σε περιπτώσεις όπου η αμοιβή του παρέχοντος υπηρεσίες προερχόταν από πληρωμές από τους χρήστες μιας υπηρεσίας[31]. Κατά συνέπεια, το γεγονός ότι, όπως επισημαίνει το αιτούν δικαστήριο, ιταλικού δικαίου εταιρία μικτής οικονομίας ασκεί στην πραγματικότητα δραστηριότητα έναντι αμοιβής που αποφέρει κέρδη (έστω και αν αυτά, κατά το αιτούν δικαστήριο, είναι ελάχιστα) μπορεί να αποτελέσει ένδειξη περί του ότι πρέπει να εφαρμοστεί η οδηγία 2014/23.

69. Δεύτερον, ο τρόπος αμοιβής αποτελεί μεν ένα από τα κρίσιμα στοιχεία για τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως σύμβασης παραχωρήσεως υπηρεσιών, πλην όμως η σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών συνεπάγεται και ότι ο φορέας παροχής των υπηρεσιών αναλαμβάνει τον σχετικό με την εκμετάλλευση των επίμαχων υπηρεσιών κίνδυνο[32]. Το κριτήριο διάκρισης για τη μεταβίβαση ενός τέτοιου κινδύνου κωδικοποιήθηκε στην οδηγία 2014/23[33]. Για να περιγράψει το κριτήριο αυτό, η έκδοση της εν λόγω οδηγίας στην ιταλική γλώσσα χρησιμοποιεί την έννοια του «rischio operativo» (λειτουργικού κινδύνου). Η ίδια έννοια χρησιμοποιείται και στην απόφαση με την οποία η πόλη της Ρώμης προκήρυξε τον διαγωνισμό προκειμένου να διευκρινιστεί ότι ο επιλεγείς προσφέρων θα κληθεί να αναλάβει εξ ολοκλήρου τον εν λόγω κίνδυνο[34].

70. Τρίτον, για να μπορέσει το Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα, δύναται, βάσει των ενδείξεων που του παρέχονται, να στηριχθεί στην υπόθεση ότι μια σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής μίας από τις επίμαχες οδηγίες[35]. Πλην όμως, ελλείψει ενδείξεων που να καθιστούν δυνατή την απόφανση επί του εφαρμοστέου εν προκειμένω καθεστώτος, φρονώ ότι μια τέτοια προσέγγιση δεν μπορεί να γίνει δεκτή στην υπό κρίση υπόθεση. Ακόμη

[28] Πρβλ. απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2011, Norma-A και Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, σκέψεις 57 και 59).

[29] Βλ. άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 5, της οδηγίας 2014/24. Πρβλ. επίσης προμνησθείσα απόφαση Acoset (σκέψη 39 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

[30] Βλ. άρθρο 5, σημείο 1, στοιχείο β', της οδηγίας 2014/23.

[31] Βλ. απόφαση Acoset (σκέψη 43 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

[32] Πρβλ. απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2011, Norma-A και Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, σκέψη 44). Πρβλ., επίσης, προτάσεις μου επί των συνεκδικασθεισών υποθέσεων Promoimpresa κ.λπ. (C-458/14 και C-67/15, EU:C:2016:122, σημεία 62 και 63), στις οποίες θεώρησα ότι μια σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών χαρακτηρίζεται ιδίως από το γεγονός ότι η δημόσια αρχή αναθέτει στον παραχωρησιούχο την άσκηση δραστηριότητας παροχής υπηρεσίας η οποία κανονικά εμπίπτει στην ευθύνη της εν λόγω αρχής (μετά του κινδύνου, προσθέτω, που τη συνοδεύει), υποχρεώνοντάς τον με τον τρόπο αυτό να παράσχει τη συγκεκριμένη υπηρεσία.

[33] Βλ. άρθρο 1, παράγραφος 1, και αιτιολογική σκέψη 18 της οδηγίας 2014/23.

[34] Βεβαίως, στην υπόθεση της κύριας δίκης, ο κίνδυνος έπρεπε να αναληφθεί από τον ιδιώτη εταίρο, ο οποίος θα επιλεγόταν στο πλαίσιο του πρώτου σκέλους της μικτής συμβάσεως, ενώ η ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία, η οποία αποτελούσε το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως αυτής, θα ανατίθετο, στο πλαίσιο του δευτέρου σκέλους της εν λόγω συμβάσεως, στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας. Λαμβανομένης υπόψη της ιδιαιτερότητας αυτής, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι, στο πλαίσιο του δεύτερου σκέλους, θεωρούμενου μεμονωμένα, δεν πρόκειται για μεταβίβαση του κινδύνου στον επιλεγέντα προσφέροντα. Εντούτοις, εν προκειμένω, σκοπός του διαγωνισμού ήταν, εν πάση περιπτώσει, η απαλλαγή της αναθέτουσας αρχής από τον κίνδυνο που συνδεόταν με την εκτέλεση της ολοκληρωμένης σχολικής υπηρεσίας. Για τον λόγο αυτό, δεν αποκλείω τον χαρακτηρισμό του δεύτερου αυτού σκέλους ως «παραχώρηση», παρά την ιδιαιτερότητα αυτή. Επί της προβληματικής της ίδιας ιδιαιτερότητας, βλ. επίσης σημείο 58 των παρουσών προτάσεων.

[35] Βλ., κατ' αναλογία, απόφαση Acoset (σκέψη 42).

σημαντικότερο, όπως υποστηρίζει και η Επιτροπή, εκτιμώ ότι η εφαρμογή του καθεστώτος που θεσπίζεται με τη μία ή την άλλη από τις οδηγίες αυτές δεν πρέπει κατ' ανάγκη να επηρεάζει τις απαντήσεις που πρέπει να δοθούν στα προδικαστικά ερωτήματα που υποβλήθηκαν στην υπό κρίση υπόθεση. Πράγματι, το καθεστώς που εφαρμόζεται στο σχετικό με την ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία σκέλος της σύμβασης δεν θα έχει εφαρμογή στο σκέλος που αφορά την επιλογή ιδιώτη εταίρου παρά μόνον «κατ' επέκταση». Στον βαθμό που τα προδικαστικά ερωτήματα αφορούν μόνον το τελευταίο αυτό σκέλος, θα πρέπει αποκλειστικά, στο πλαίσιο αυτό, να εφαρμοστούν οι γενικές αρχές των καθεστώτων αυτών, οι οποίες είναι κοινές και στα δύο αυτά σκέλη. Κατά συνέπεια, σεβόμενος την κατανομή των αρμοδιοτήτων μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του Δικαστηρίου, στις παρούσες προτάσεις θα αναφέρομαι τόσο στην οδηγία 2014/23 όσο και στην οδηγία 2014/24 [36].

2. Το καθεστώς για τις δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ φορέων του δημοσίου τομέα

71. Στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα το αιτούν δικαστήριο μνημονεύει το άρθρο 12 και τις αιτιολογικές σκέψεις 14 και 32 της οδηγίας 2014/24, στη δε αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αναπαράγει το άρθρο 12, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, της εν λόγω οδηγίας. Το αιτούν δικαστήριο, όμως, ουδόλως διευκρινίζει τους λόγους για τους οποίους διερωτάται ως προς την ερμηνεία της τελευταίας αυτής διατάξεως.

72. Συναφώς, πρώτον, η αιτιολογική σκέψη 14 της οδηγίας 2014/24 αναφέρει απλώς ότι η έννοια του «οικονομικού φορέα» πρέπει να ερμηνεύεται διασταλτικώς, επιβεβαιώνοντας με τον τρόπο αυτό ότι μια εταιρία μικτής οικονομίας δύναται να εμπίπτει στην έννοια αυτή. Κατά τα λοιπά, η αιτιολογική αυτή σκέψη επαναλαμβάνει, κατ' ουσίαν, τον ορισμό της εν λόγω έννοιας που περιλαμβάνεται στο άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 10, της ως άνω οδηγίας. Το αιτούν δικαστήριο δεν ανέφερε τη συγκεκριμένη διάταξη στο προδικαστικό του ερώτημα.

73. Δεύτερον, το άρθρο 12, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 προβλέπει ότι οι δημόσιες συμβάσεις που ανατίθενται σε νομικά πρόσωπα ελεγχόμενα από αναθέτουσες αρχές δεν θα πρέπει να υπόκεινται στις διαδικασίες που προβλέπει η εν λόγω οδηγία. Η διάταξη αυτή διέπει την κάθετη συνεργασία των οικείων φορέων ή την τυπική εσωτερική («in house») ανάθεση.

74. Εντούτοις, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει με σαφήνεια ότι, κατά το ιταλικό δίκαιο, η σύσταση εταιρίας μικτού κεφαλαίου, όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, αποτελεί εναλλακτική λύση σε σχέση με την εσωτερική διαχείριση [37].

75. Περαιτέρω, αυτό που έχει μεγαλύτερη σημασία είναι ότι, κατά τη γνώμη μου, η εφαρμογή της εξαιρέσεως που προβλέπει το άρθρο 12, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 στο πλαίσιο της αναθέσεως υπηρεσιών σε ΘΣΔΙΤ αποκλείεται a priori. Πράγματι, όπως επισημαίνεται στην αιτιολογική σκέψη 31, τρίτο εδάφιο, της εν λόγω οδηγίας, θα πρέπει να διασφαλιστεί ότι τυχόν εξαιρούμενες συνεργασίες μεταξύ δημοσίων φορέων δεν θα προκαλούν στρέβλωση του ανταγωνισμού έναντι των ιδιωτικών οικονομικών φορέων, εφόσον θέτουν τον ιδιωτικό πάροχο υπηρεσιών σε πλεονεκτική θέση έναντι των ανταγωνιστών. Εξάλλου, σύμφωνα με την προγενέστερη της οδηγίας 2014/24 νομολογία [38], η αιτιολογική σκέψη 32 της οδηγίας αυτής

[36] Για λόγους πληρότητας, επισημαίνω ότι οι οδηγίες 2014/23 και 2014/24 είναι εφαρμοστέες ratione temporis και ότι η αξία της συμβάσεως, εκτιμώμενη σε ποσό άνω των 277 εκατομμυρίων ευρώ, υπερβαίνει τα κατώτατα όρια που επιβάλλουν οι εν λόγω οδηγίες. Βλ. άρθρο 8 της οδηγίας 2014/23 και άρθρο 4 της οδηγίας 2014/24.

[37] Βλ. σημείο 11 των παρουσών προτάσεων.

[38] Βλ. απόφαση της 6ης Απριλίου 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, σκέψεις 31 και 32).

διευκρινίζει ότι η εξαίρεση που προβλέπεται στο άρθρο 12, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής «δεν θα πρέπει να επεκτείνεται σε καταστάσεις όπου υπάρχει άμεση συμμετοχή ιδιωτικού οικονομικού φορέα στο κεφάλαιο του ελεγχόμενου νομικού προσώπου εφόσον, σε αυτές τις περιπτώσεις, η ανάθεση δημόσιας σύμβασης χωρίς διαγωνισμό θα παρέχει στον ιδιωτικό οικονομικό φορέα με κεφαλαιακή συμμετοχή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο αδικαιολόγητο πλεονέκτημα έναντι των ανταγωνιστών του».

76. Τρίτον, μπορεί ακόμη να τεθεί το ερώτημα εάν η επίμαχη στην κύρια δίκη μικτή σύμβαση εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24 βάσει του άρθρου 12, παράγραφος 4, αυτής. Η συγκεκριμένη διάταξη αφορά τις συμβάσεις που συνάπτονται αποκλειστικά μεταξύ περισσοτέρων αναθετουσών αρχών, όταν οι συμβάσεις αυτές καθιερώνουν ή υλοποιούν συνεργασία μεταξύ των εν λόγω αναθετουσών αρχών.

77. Μπορεί να θεωρηθεί ότι βούληση της πόλης της Ρώμης, ως αναθέτουσας αρχής, ήταν να συνάψει συνεργασία με υπό σύσταση εταιρία μικτού κεφαλαίου η οποία έπρεπε επίσης να παρέχει την ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία και της οποίας το 51 % των μετοχών θα κατείχε η πόλη της Ρώμης. Κατά συνέπεια, η εν λόγω εταιρία αποτελεί «οργανισμό δημοσίου δικαίου», κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 4, της οδηγίας 2014/24, και, ως εκ τούτου, μπορεί να συνιστά «αναθέτουσα αρχή» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημείο 1, της οδηγίας αυτής.

78. Ακόμη και αν υποτεθεί ότι στην περίπτωση αυτή πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της εξαιρέσεως που προβλέπει το άρθρο 12, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24, το Δικαστήριο στην απόφαση Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39] έκρινε ότι η συγκεκριμένη διάταξη συνεπάγεται ότι η συνεργασία μεταξύ αναθετουσών αρχών δεν πρέπει, σύμφωνα με την αρχή της ίσης μεταχείρισης, να έχει ως αποτέλεσμα την περιέλευση μιας ιδιωτικής επιχείρησης σε πλεονεκτική θέση έναντι των ανταγωνιστών της. Κατά συνέπεια, όπως διαπίστωσε ο γενικός εισαγγελέας M. Campos Sánchez-Bordona στις προτάσεις του στην υπόθεση εκείνη [40], η συνεργασία μεταξύ αναθετουσών αρχών η οποία περιάγει έναν ιδιώτη πάροχο σε πλεονεκτική θέση έναντι των ανταγωνιστών του στην αγορά δεν καλύπτεται από το άρθρο 12, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24. Υπό το πρίσμα αυτών των διευκρινίσεων, λαμβανομένης υπόψη της συμμετοχής ιδιωτικών κεφαλαίων στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, είμαι της γνώμης ότι η επίμαχη στην παρούσα υπόθεση συνεργασία δεν μπορεί να εμπίπτει στην εξαίρεση που προβλέπει η εν λόγω διάταξη.

79. Κατά συνέπεια, δεν απαιτείται ερμηνεία του άρθρου 12 της οδηγίας 2014/24 προκειμένου να δοθεί απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα.

3. Το καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες

80. Το άρθρο 74 της οδηγίας 2014/24 προβλέπει ότι οι δημόσιες συμβάσεις για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες που απαριθμούνται στο παράρτημα XIV της οδηγίας ανατίθενται σύμφωνα με το κεφάλαιο I του τίτλου III της οδηγίας αυτής. Με εξαίρεση τη CNS, όλοι οι μετέχοντες στη δίκη ανέφεραν, με τις απαντήσεις τους στις γραπτές ερωτήσεις του Δικαστηρίου, ότι τουλάχιστον μία από τις παροχές που συνιστούν την ολοκληρωμένη σχολική υπηρεσία εμπίπτει ή μπορεί να εμπίπτει στο συγκεκριμένο παράρτημα.

[39] Απόφαση της 28ης Μαΐου 2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

[40] Προτάσεις στην υπόθεση Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, σημείο 109, σημείο 3).

81. Στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να εξακριβώσει κατά πόσο συντρέχει μια τέτοια περίπτωση. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, θα αρκούσε η τήρηση κατά τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως των ελαστικότερων κανόνων που προβλέπει η οδηγία 2014/24 για τη σύναψη συμβάσεων αυτού του είδους. Θα περιοριστώ ως εκ τούτου να προσθέσω ορισμένες σκέψεις που θα μπορούσαν να αποδειχθούν χρήσιμες για το αιτούν δικαστήριο.

82. Αφενός, είναι αληθές ότι το κεφάλαιο Ι του τίτλου ΙΙΙ της οδηγίας 2014/24 καθιερώνει ένα ειδικό σύστημα συνάψεως συμβάσεων όσον αφορά κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες. Οι συγκεκριμένες συμβάσεις δεν εμπίπτουν επομένως στους κανόνες του βασικού συστήματος. Εντούτοις, το άρθρο 76, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής προβλέπει ότι τα κράτη μέλη θεσπίζουν εθνικούς κανόνες για την ανάθεση συμβάσεων δυνάμει του ως άνω κεφαλαίου, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι οι αναθέτουσες αρχές τηρούν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων. A priori, πρόκειται επομένως για τις ίδιες αρχές με εκείνες που αναφέρονται στο άρθρο 18 της εν λόγω οδηγίας. Δεν μπορώ ως εκ τούτου να αποκλείσω ότι η εφαρμογή του κεφαλαίου Ι του τίτλου ΙΙΙ της οδηγίας 2014/24 στην υπόθεση της κύριας δίκης δεν θα επηρέαζε τις απαντήσεις που πρέπει να δοθούν στα προδικαστικά ερωτήματα [41].

83. Αφετέρου, προτού συναχθεί το συμπέρασμα ότι οι κανόνες του κεφαλαίου Ι του τίτλου ΙΙΙ της οδηγίας 2014/24 έχουν εφαρμογή στην επίμαχη στην κύρια δίκη σύμβαση, πρέπει επίσης να συγκριθούν οι εκτιμώμενες αξίες των υπηρεσιών που εμπίπτουν στο κεφάλαιο αυτό με εκείνες των υπηρεσιών που εμπίπτουν στο βασικό σύστημα της οδηγίας αυτής και, στη συνέχεια, να καθοριστεί, βάσει των αξιών αυτών, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως [42].

84. Ελλείψει ενδείξεων από τις οποίες να μπορεί να συναχθεί ότι οι υπηρεσίες που εμπίπτουν στο κεφάλαιο Ι του τίτλου ΙΙΙ της οδηγίας 2014/24 πρέπει να θεωρηθούν ως το κύριο αντικείμενο της επίμαχης στην κύρια δίκη συμβάσεως και λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι το αιτούν δικαστήριο ουδόλως παραπέμπει στις διατάξεις του κεφαλαίου αυτού, εκκινώ από την παραδοχή ότι οι απλοποιημένοι κανόνες δεν έχουν εφαρμογή εν προκειμένω.

4. Το άρθρο 107 ΣΛΕΕ

85. Το πρώτο προδικαστικό ερώτημα μνημονεύει το άρθρο 107 ΣΛΕΕ. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως είναι απαράδεκτη στον βαθμό που αφορά την ερμηνεία της εν λόγω διατάξεως του πρωτογενούς δικαίου.

86. Συμμερίζομαι την άποψη της Επιτροπής. Πράγματι, η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δεν προσδιορίζει σαφώς το ληφθέν μέτρο το οποίο, στο πλαίσιο της επίμαχης στην κύρια δίκη διαδικασίας, συνιστά κρατική ενίσχυση. Το αιτούν δικαστήριο δεν διευκρινίζει ούτε τους λόγους για τους οποίους η ερμηνεία της διατάξεως αυτής είναι αναγκαία για την επίλυση της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιόν του.

87. Ασφαλώς, η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως μπορεί να νοηθεί υπό την έννοια ότι το αιτούν δικαστήριο ζητεί από το Δικαστήριο να ερμηνεύσει όχι μία από τις διατάξεις του πρωτογενούς δικαίου αλλά τις οδηγίες 2014/23 και 2014/24 υπό το πρίσμα του πρωτογενούς δικαίου («υπό το

[41] Βλ. επίσης, συναφώς, σημείο 70 των παρουσών προτάσεων.

[42] Κατά το άρθρο 3, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2014/24, «[σ]την περίπτωση μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες κατά την έννοια του τίτλου ΙΙΙ κεφάλαιο Ι και εν μέρει από άλλες υπηρεσίες ή μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από προμήθειες, το κύριο αντικείμενο προσδιορίζεται σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή προμηθειών είναι η υψηλότερη».

πρίσμα του άρθρου 107 ΣΛΕΕ»). Εντούτοις, μια τέτοια ερμηνεία της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως δεν μεταβάλλει το γεγονός ότι, εν πάση περιπτώσει, παρέλκει η απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα στο μέτρο που αφορούν το άρθρο 107 ΣΛΕΕ.

88. Υπό τις συνθήκες αυτές, η ένσταση απαραδέκτου που προέβαλε η CNS πρέπει επίσης να γίνει δεκτή κατά το μέρος που αφορά το πρώτο προδικαστικό ερώτημα και το άρθρο 107 ΣΛΕΕ καθώς και, για τους λόγους που εκτίθενται στα σημεία 71 έως 79 των παρουσών προτάσεων, το άρθρο 12 της οδηγίας 2014/24.

Γ. Επί της ουσίας

89. Πέραν των διατάξεων του δικαίου της Ένωσης των οποίων η επίκληση στην υπό κρίση υπόθεση κρίθηκε αλυσιτελής, το πρώτο προδικαστικό ερώτημα παραπέμπει στο άρθρο 30 της οδηγίας 2014/23 και στο άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24. Για να καταστεί δυνατός ο προσδιορισμός όλων των κρίσιμων διατάξεων των οδηγιών αυτών, πρέπει προηγουμένως να αναλυθούν οι σχετικές με τη συμμετοχή του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα απαιτήσεις που καθορίζονται στα τεύχη του διαγωνισμού.

1. Οι σχετικές με τη συμμετοχή του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα απαιτήσεις στο πλαίσιο των οδηγιών 2014/23 και 2014/24

90. Στο άρθρο 56 της οδηγίας 2014/24 ο ενωσιακός νομοθέτης διακρίνει σαφώς μεταξύ δύο ειδών κριτηρίων και, συγκεκριμένα, των μεν κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, στα οποία περιλαμβάνονται κατ' αρχάς οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής για τον έλεγχο της ικανότητας του οικονομικού φορέα προς εκτέλεση της ανατεθείσας συμβάσεως (άρθρα 57 και 58 της εν λόγω οδηγίας), και των κριτηρίων αναθέσεως, τα οποία αφορούν τις ίδιες τις προσφορές. Τα άρθρα 38 και 41 της οδηγίας 2014/23, τα οποία, αντιστοίχως, αφορούν τα κριτήρια επιλογής και ποιοτικής αξιολογήσεως των υποψηφίων και τα κριτήρια αναθέσεως προβαίνουν σε ανάλογη διάκριση.

91. Συναφώς, διαπιστώνεται ότι η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δεν εκθέτει με σαφήνεια το σκεπτικό στο οποίο βασίζονται οι προβλεπόμενες στα τεύχη του διαγωνισμού απαιτήσεις σχετικά με τη συμμετοχή του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα. Στον βαθμό που οι απαιτήσεις αυτές συνιστούν lex specialis σε σχέση με εκείνες που προβλέπει το νομοθετικό διάταγμα αριθ. 175[43], το σκεπτικό αυτό μπορεί εντούτοις να συναχθεί από τις διευκρινίσεις σχετικά με το εν λόγω νομοθετικό διάταγμα. Τα τεύχη του διαγωνισμού φαίνεται να διαφοροποιούν τα ποσοστά και τον χαρακτήρα τους (απαιτήσεις που καθορίζονται επακριβώς, αντί ανώτατων και κατώτατων ορίων), χωρίς ωστόσο να επηρεάζουν ουσιωδώς τους στόχους τους.

92. Αντιλαμβάνομαι επ' αυτού τις διευκρινίσεις του αιτούντος δικαστηρίου υπό την έννοια ότι το ανώτατο όριο του 70 % της συμμετοχής του Δημοσίου στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας αποσκοπεί στο να διασφαλίσει ότι η συμμετοχή του ιδιωτικού τομέα στην εταιρία αυτή δεν είναι κατώτερη του 30 %.

93. Κατά συνέπεια, αφενός, από τη γενική άποψη της αγοράς και των οικονομικών φορέων, ένας ιδιώτης εταίρος δεν θα μπορούσε να περιορίσει υπερβολικά (κάτω του 30 %) τον οικονομικό κίνδυνο της συμμετοχής του σε εταιρία μικτού κεφαλαίου και να αντλήσει αθέμιτο όφελος από τα πλεονεκτήματα της συμμετοχής του δημοσίου τομέα, καθιστώντας δυνατή την παρεμπόδιση

[43] Βλ. σημείο 28 των παρουσών προτάσεων.

άλλων οντοτήτων να αποκτήσουν πρόσβαση στην ίδια οικονομική δραστηριότητα στον οικείο τομέα της αγοράς. Υπό το πρίσμα αυτό, όπως επισημαίνει και το αιτούν δικαστήριο, ο καθορισμός ανωτάτου ορίου αποσκοπεί στην αποτροπή καταστρατηγήσεως της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού.

94. Αφετέρου, από την άποψη του αντικειμένου του διαγωνισμού και της αναθέτουσας αρχής, το ανώτατο αυτό όριο διασφαλίζει ότι ο ιδιώτης εταίρος είναι επιχειρησιακός εταίρος, του οποίου η συμβολή στην εκτέλεση των καθηκόντων που ανατίθενται στην υπό σύσταση οντότητα μικτού κεφαλαίου συνίσταται σε εισφορά κεφαλαίου και στην παροχή των αναγκαίων ικανοτήτων για την εκτέλεση των καθηκόντων αυτών, ενώ συγχρόνως αναλαμβάνει εξ ολοκλήρου τον λειτουργικό κίνδυνο για την εκτέλεσή τους.

95. Πρέπει να παρατηρήσω ότι η πτυχή που αφορά την πραγματική συμβολή του ιδιώτη εταίρου φαίνεται να έχει μείζονα σημασία όσον αφορά την υπόθεση της κύριας δίκης και τις απαιτήσεις περί συμμετοχής δημοσίου και ιδιωτικού τομέα που καθορίζονται στα τεύχη του διαγωνισμού. Λαμβανομένου υπόψη του κατ' ανάγκη εξατομικευμένου χαρακτήρα των προϋποθέσεων και των κριτηρίων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και/ή της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας[44] και σύμφωνα με την απόφαση Acoset[45], η παρατήρηση αυτή αποτελεί ένδειξη περί του ότι οι απαιτήσεις όσον αφορά τη συμμετοχή του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα που καθορίζονται στα τεύχη του διαγωνισμού συνιστούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής.

96. Επιπλέον, από την αίτηση προδικαστικής αποφάσεως προκύπτει ότι, λόγω του τρόπου υπολογισμού με τον οποίο λαμβάνεται υπόψη η έμμεση συμμετοχή της αναθέτουσας αρχής στο εταιρικό κεφάλαιο του εταίρου αυτού, οι προσφέροντες αποκλείστηκαν από τη διαδικασία που κινήθηκε μετά την προκήρυξη του διαγωνισμού λόγω μη τηρήσεως των απαιτήσεων αυτών. Συναφώς, κατά πάγια νομολογία, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να δεχθεί να υποβάλουν προσφορά μόνον οικονομικοί φορείς των οποίων η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα προμηνύουν ότι θα είναι σε θέση να εκτελέσουν το αντικείμενο του διαγωνισμού[46].

[44] Το άρθρο 38, παράγραφος 1, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2014/23 ορίζει ότι «[ο]ι προϋποθέσεις συμμετοχής σχετίζονται και είναι αναλογικές με την ανάγκη διασφάλισης της ικανότητας του παραχωρησιούχου να εκτελέσει τη σύμβαση παραχώρησης, λαμβάνοντας υπόψη το αντικείμενο της σύμβασης και με τον στόχο εξασφάλισης πραγματικού ανταγωνισμού». Στο πλαίσιο αυτό, το άρθρο 58, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής «σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης».

[45] Βλ. σκέψη 59 της αποφάσεως Acoset: «[…] η επιλογή του ιδιώτη εταίρου με τήρηση των απαιτήσεων που υπομνήσθηκαν στις σκέψεις 46 έως 49 της παρούσας αποφάσεως και η επιλογή των κριτηρίων επιλογής του ιδιώτη εταίρου καθιστούν δυνατή την άρση του ασύμβατου στην κατάσταση αυτή όταν οι υποψήφιοι οφείλουν να αποδείξουν, πέρα από την ικανότητά τους να γίνουν μέτοχος, προ πάντων την τεχνική τους ικανότητα να παράσχουν την υπηρεσία καθώς και τα οικονομικά και λοιπά πλεονεκτήματα που απορρέουν από την προσφορά τους». Το Δικαστήριο υπογράμμισε με την απόφαση αυτή τη σημασία των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής σχετικά με την ικανότητα παροχής μιας υπηρεσίας ή μιας παραχωρήσεως [πρβλ. Brown, A., «Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)», *Public Procurement Law Review*, τόμος 2, 2010, σ. 4], χωρίς ωστόσο να παραβλέπονται τα ποιοτικά κριτήρια επιλογής σχετικά με την ικανότητα να καταστεί ιδιώτης εταίρος της υπό σύσταση εταιρίας μικτής οικονομίας.

[46] Πρβλ. απόφαση της 8ης Ιουλίου 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, σκέψη 62).

97. Επομένως, οι απαιτήσεις σχετικά με τη συμμετοχή του ιδιωτικού και του δημοσίου τομέα, όπως οι επίμαχες στην υπόθεση της κύριας δίκης, δεν φαίνεται να αφορούν τις προσφορές (κριτήρια αναθέσεως της συμβάσεως)[47]. Αντιθέτως, φαίνεται ότι αποτελούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής με τα οποία η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να διασφαλίσει ότι ο ιδιώτης εταίρος διαθέτει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ή/και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που επιτρέπουν να διατηρήσει την κατανομή μεταξύ του δημοσίου και του ιδιωτικού κεφαλαίου της εταιρίας μικτού κεφαλαίου, όπως καθορίζεται από την αναθέτουσα αρχή, συμμετέχοντας στο κεφάλαιο της εταιρίας αυτής και αναλαμβάνοντας εξ ολοκλήρου τον λειτουργικό κίνδυνο για την εκτέλεση της υπηρεσίας από την εν λόγω εταιρία[48]. Επομένως, οι απαιτήσεις όσον αφορά τη συμμετοχή του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα που προβλέπονται στα τεύχη του διαγωνισμού, όπως οι επίμαχες στην υπόθεση της κύριας δίκης, συνιστούν κριτήρια και προϋποθέσεις κατά την έννοια του άρθρου 38, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/23 ή, κατά περίπτωση, κατά την έννοια του άρθρου 58, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24.

2. Η αναδιατύπωση των προδικαστικών ερωτημάτων

98. Λαμβανομένων υπόψη των διευκρινίσεων που δόθηκαν, όσον αφορά το αντικείμενο των προδικαστικών ερωτημάτων[49], το εφαρμοστέο στην υπόθεση της κύριας δίκης καθεστώς[50] καθώς και τον χαρακτηρισμό των απαιτήσεων περί της συμμετοχής του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα που ισχύουν στην υπό κρίση υπόθεση[51], προτείνω να αναδιατυπωθούν τα προδικαστικά ερωτήματα διευκρινιζομένων των διατάξεων του δικαίου της Ένωσης των οποίων η ερμηνεία είναι αναγκαία προκειμένου να δοθεί χρήσιμη απάντηση στο αιτούν δικαστήριο.

99. Ειδικότερα, προτείνω να γίνει δεκτό ότι το αιτούν δικαστήριο, με τα προδικαστικά του ερωτήματα, τα οποία προτείνω να εξετασθούν από κοινού, ζητεί να διευκρινιστεί εάν το άρθρο 30 και το άρθρο 38, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/23 ή, κατά περίπτωση, το άρθρο 18 και το άρθρο 58, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24, έχουν την έννοια ότι δεν επιτρέπουν να λαμβάνεται υπόψη, κατά τον καθορισμό του ποσοστού συμμετοχής προσφέροντος ιδιώτη εταίρου σε υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, η έμμεση συμμετοχή της αναθέτουσας αρχής στο εταιρικό κεφάλαιο του εν λόγω προσφέροντος ιδιώτη εταίρου, ούτως ώστε ο τελευταίος να αποκλείεται από τον διαγωνισμό όταν η συνεκτίμηση της έμμεσης αυτής συμμετοχής έχει ως αποτέλεσμα να μην τηρείται το ποσοστό της συμμετοχής του ιδιωτικού τομέα το οποίο επιδιώκει η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα τεύχη του διαγωνισμού.

3. Εκτίμηση

100. Δεδομένου ότι αποτελούν όρους και κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή/και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, οι απαιτήσεις όσον αφορά τη συμμετοχή του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα που καθορίζονται στα τεύχη του διαγωνισμού

[47] Όπως παρατηρείται στη θεωρία, στο πλαίσιο μιας ΘΣΔΙΤ, παρά τις δυσχέρειες, είναι σημαντικό να γίνεται διάκριση μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και των κριτηρίων αναθέσεως της συμβάσεως. Βλ. Andrecka, M. και Kania, M., «Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice», *Polish Review of International and European Law*, τόμος 2, αριθ. 1, 2013, σ. 148.

[48] Για τον λόγο αυτό, είμαι της γνώμης ότι ο χαρακτηρισμός στον οποίο προέβη το Δικαστήριο στην απόφαση της 19ης Μαΐου 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, σκέψεις 21 και 23), όσον αφορά εθνική ρύθμιση αποσκοπούσα στην εξάλειψη κάθε δυνητικής συμπαιγνίας μεταξύ των μετεχόντων στην ίδια διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως και στη διασφάλιση της ίσης μεταχειρίσεως των υποψηφίων και της διαφάνειας της διαδικασίας, δεν μπορεί να γίνει εν προκειμένω δεκτός σε σχέση με τις απαιτήσεις για την επίμαχη εν προκειμένω συμμετοχή δημοσίου και ιδιωτικού τομέα, οι οποίες καθορίσθηκαν εξάλλου στα τεύχη του διαγωνισμού.

[49] Βλ. σημεία 35 και 36 των παρουσών προτάσεων.

[50] Βλ. σημείο 70 των παρουσών προτάσεων.

[51] Βλ. σημείο 97 των παρουσών προτάσεων.

πρέπει να σχετίζονται και είναι αναλογικές προς το αντικείμενο του διαγωνισμού[52]. Κατά το άρθρο 30 της οδηγίας 2014/23 και το άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόζει τις απαιτήσεις αυτές τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων μεταξύ των προσφερόντων, καθώς και της διαφάνειας και της αναλογικότητας.

101. Πρώτον, πρέπει να εξακριβωθεί η ύπαρξη συνδέσμου μεταξύ των απαιτήσεων αυτών και του αντικειμένου του διαγωνισμού.

102. Σύμφωνα με τη λογική των απαιτήσεων που καθορίζονται στα τεύχη του διαγωνισμού (συμμετοχή η οποία καθορίζεται στο 51 % για την πόλη της Ρώμης και σε 49 % για τον ιδιώτη εταίρο), ο διαγωνιζόμενος που μπορεί να επιλεγεί πρέπει να είναι μια οντότητα τρίτη προς την αναθέτουσα αρχή. Συγκεκριμένα, τυχόν μεγαλύτερη συμμετοχή της αναθέτουσας αρχής στην εταιρία μικτού κεφαλαίου, μέσω του ελέγχου του εν λόγω προσφέροντος (επίσης αποτέλεσμα έμμεσης συμμετοχής), θα επηρέαζε την κατανομή μεταξύ του δημοσίου και του ιδιωτικού κεφαλαίου της εν λόγω εταιρίας, την οποία καθορίζει η αναθέτουσα αρχή. Επιπλέον, μια τέτοια κατάσταση θα μπορούσε να περιορίσει τον ρόλο του ιδιώτη εταίρου και, κατά συνέπεια, την πραγματική δέσμευση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και/ή της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του προσφέροντος κάτω από το όριο του 49 % το οποίο έχει καθορίσει η αναθέτουσα αρχή. Επομένως, οι απαιτήσεις αυτές σχετίζονται με το αντικείμενο του διαγωνισμού.

103. Επιπλέον, στο μέτρο που, κατά γενικό κανόνα, το δίκαιο της Ένωσης δεν απαγορεύει τη χρησιμοποίηση ενιαίας διαδικασίας στο πλαίσιο ΘΣΔΙΤ[53], η ερμηνεία της απαιτήσεως σχετικά με την ύπαρξη συνδέσμου μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και του αντικειμένου του διαγωνισμού που πρέπει να γίνει δεκτή δεν μπορεί να εμποδίσει την εκ μέρους των αναθετουσών αρχών χρησιμοποίηση αυτής της μορφής συνεργασίας (περιλαμβανομένου του καθορισμού από την αναθέτουσα αρχή της κατανομής του κεφαλαίου της εταιρίας μικτού κεφαλαίου μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού τομέα). Πράγματι, η προσφυγή σε ΘΣΔΙΤ απορρέει από την ελευθερία των κρατών μελών ως προς την επιλογή του τρόπου παροχής υπηρεσιών με τον οποίο οι αναθέτουσες αρχές θα καλύπτουν τις δικές τους ανάγκες[54].

104. Δεύτερον, όσον αφορά την αναλογικότητα των απαιτήσεων περί της συμμετοχής δημόσιου και ιδιωτικού τομέα, υπενθυμίζω ότι, τουλάχιστον υπό το πρίσμα της δικής μου ερμηνείας της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως, οι απαιτήσεις αυτές δεν αποκλείουν συστηματικά όλους τους προσφέροντες των οποίων το κεφάλαιο έχει δημόσιο χαρακτήρα[55]. Αντιθέτως, λαμβανομένης υπόψη της αρχικής διατυπώσεως του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος, οι απαιτήσεις αυτές φαίνεται να αφορούν κάθε μορφή έμμεσης συμμετοχής της αναθέτουσας αρχής στο εταιρικό κεφάλαιο του ιδιώτη εταίρου.

105. Τούτου δοθέντος, η έμμεση συμμετοχή μιας αναθέτουσας αρχής στο κεφάλαιο ενός ιδιώτη εταίρου μπορεί να λάβει διαφορετικές μορφές. Επιπλέον, η επίδρασή της στη λειτουργία του εν λόγω ιδιώτη εταίρου εξαρτάται από την οργανωτική του δομή. Επομένως, δεν είναι βέβαιο ότι

[52] Βλ. υποσημείωση 44.

[53] Βλ. απόφαση Acoset (σκέψη 63).

[54] Βλ., επίσης, αιτιολογική σκέψη 5 της οδηγίας 2014/24, η οποία αναφέρει ότι «καμία διάταξη της παρούσας οδηγίας δεν υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναθέτουν σε εξωτερικούς φορείς την παροχή υπηρεσιών που επιθυμούν να παρέχουν τα ίδια ή να οργανώνουν με άλλα μέσα πλην των δημόσιων συμβάσεων κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας».

[55] Βλ. σημείο 38 των παρουσών προτάσεων.

κάθε έμμεση συμμετοχή στο κεφάλαιο του ιδιώτη εταίρου περιορίζει την πραγματική δέσμευση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή/και των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων του προσφέροντος κάτω του ορίου του 49 %, το οποίο καθορίζει η αναθέτουσα αρχή.

106. Κατά συνέπεια, η συνεκτίμηση οποιασδήποτε έμμεσης συμμετοχής της αναθέτουσας αρχής στο εταιρικό κεφάλαιο του ιδιώτη εταίρου δεν συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας, στον βαθμό που δεν λαμβάνεται υπόψη το γεγονός ότι μια τέτοια έμμεση συμμετοχή δεν περιορίζει κατ' ανάγκην την πραγματική δέσμευση οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή/και των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων του εταίρου αυτού κάτω από το όριο του 49 % που καθορίζει η αναθέτουσα αρχή. Ελλείψει ελέγχων δυνάμενων να αποδείξουν ότι συντρέχει τέτοια περίπτωση, ο εν λόγω ιδιώτης εταίρος που έχει υποβάλει προσφορά δεν μπορεί να αποκλείεται αυτομάτως από τον διαγωνισμό λόγω της έμμεσης αυτής συμμετοχής.

107. Δεν είναι προφανές ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε τέτοιους ελέγχους στην υπό κρίση υπόθεση. Ωστόσο, κατ' αρχάς, από την ανάλυση της διαρθρώσεως των κεφαλαίων των οικείων οντοτήτων, η οποία περιλαμβάνεται στην απόφαση περί αποκλεισμού, μπορεί να συναχθεί ότι τούτο συμβαίνει εν προκειμένω. Στη συνέχεια, φαίνεται ότι η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως απηχεί την απόφαση αυτή καθόσον το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι, αν «ληφθεί υπόψη η ουσιαστική πτυχή, δηλαδή η εταιρική κεφαλαιακή διάρθρωση της [Roma Multiservizi] και ειδικότερα το γεγονός ότι ανήκει κατά 51 % στην [AMA], η οποία ανήκει εξ ολοκλήρου στην πόλη της Ρώμης, […] η συμμετοχή [του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα] στην [υπό σύσταση] μικτή εταιρία ανέρχεται *στην πραγματικότητα* σε 73,5 % και [26,5 %]». Τέλος, από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι η κατανομή των εξουσιών λήψεως αποφάσεων και των κινδύνων εκμεταλλεύσεως δεν πραγματοποιήθηκε κατ' αναλογία του κατεχομένου κεφαλαίου. Η κατοχή της πλειοψηφίας του κεφαλαίου ενός προσφέροντος ιδιώτη εταίρου από την αναθέτουσα αρχή φαίνεται, επομένως, ικανή να περιορίσει την πραγματική δέσμευση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και/ή των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων του εν λόγω ιδιώτη εταίρου κάτω από το όριο του 49 %, το οποίο καθορίζει η αναθέτουσα αρχή.

108. Κατά συνέπεια, είμαι της γνώμης ότι το άρθρο 30 και το άρθρο 38, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/23 ή, κατά περίπτωση, το άρθρο 18 και το άρθρο 58, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 έχουν την έννοια ότι δεν επιτρέπουν να λαμβάνεται υπόψη, κατά τον καθορισμό του ποσοστού συμμετοχής προσφέροντος ιδιώτη εταίρου στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, οποιαδήποτε έμμεση συμμετοχή της αναθέτουσας αρχής στο εταιρικό κεφάλαιο του εν λόγω προσφέροντος ιδιώτη εταίρου, ούτως ώστε ο τελευταίος να αποκλείεται από τον διαγωνισμό, οσάκις η συνεκτίμηση της έμμεσης αυτής συμμετοχής έχει ως αποτέλεσμα να μην τηρείται το ποσοστό της συμμετοχής του ιδιωτικού τομέα που επιδιώκει η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα τεύχη του διαγωνισμού.

109. Αντιθέτως, το άρθρο 30 και το άρθρο 38, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/23 ή, κατά περίπτωση, το άρθρο 18 και το άρθρο 58, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 δεν αποκλείουν μια τέτοια συνεκτίμηση όταν αυτή δεν έχει αυτόματο χαρακτήρα. Ειδικότερα, οι εν λόγω διατάξεις δεν αντιτίθενται στη συνεκτίμηση τυχόν έμμεσης συμμετοχής όταν από ελέγχους που διενήργησε η αναθέτουσα αρχή προκύπτει ότι η συμμετοχή αυτή συνίσταται στην κατοχή της πλειοψηφίας του κεφαλαίου ενός προσφέροντος ιδιώτη εταίρου από μια άλλη οντότητα η οποία, με τη σειρά της, ανήκει εξ ολοκλήρου στην αναθέτουσα αρχή, υπό την προϋπόθεση ότι η κατανομή των εξουσιών λήψεως αποφάσεων και των κινδύνων πραγματοποιείται κατ' αναλογία του κεφαλαίου που ανήκει στον εν λόγω προσφέροντα ιδιώτη εταίρο και στην εν λόγω οντότητα.

110. Όσον αφορά την τήρηση της αναλογικότητας, σημειώνω, για λόγους πληρότητας, ότι η Επιτροπή φαίνεται να αμφισβητεί ότι ο αποκλεισμός της προσφοράς που υπέβαλαν η Rekeep και η Roma Multiservizi συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας, για τον λόγο ότι η πόλη της Ρώμης όφειλε να τους παράσχει τη δυνατότητα να αποδείξουν, εν προκειμένω, ότι η έμμεση συμμετοχή της στο κεφάλαιο της Roma Multiservizi δεν συνεπαγόταν κίνδυνο συγκρούσεως συμφερόντων. Εντούτοις, οι απαιτήσεις όσον αφορά τη συμμετοχή του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα που καθορίζονται στα τεύχη του διαγωνισμού δεν έχουν ως κύριο σκοπό την εξάλειψη τέτοιων κινδύνων. Επιπλέον, τυχόν σύγκρουση συμφερόντων συνιστά λόγο αποκλεισμού προβλεπόμενο από τις οδηγίες 2014/23 και 2014/24 και η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως ουδόλως αναφέρεται σε αυτόν. Εξάλλου, δεν επικαλείται ούτε το άρθρο 35 της οδηγίας 2014/23 ούτε το άρθρο 24 της οδηγίας 2014/24.

111. Όσον αφορά, τρίτον, τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως, πρέπει να παρατηρηθεί ότι, με τις γραπτές παρατηρήσεις τους, η Roma Multiservizi και η Rekeep ισχυρίζονται ότι η συνεκτίμηση της έμμεσης συμμετοχής της αναθέτουσας αρχής στο κεφάλαιο ενός προσφέροντος δεν μνημονευόταν στα τεύχη του διαγωνισμού.

112. Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δεν μνημονεύει την απουσία σχετικής μνείας στα τεύχη του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να επισημάνω ότι, με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Δικαστηρίου, η πόλη της Ρώμης επισημαίνει ότι, κατά το νομοθετικό διάταγμα αριθ. 175, το οποίο φαίνεται να θεσπίζει τις λεπτομέρειες εφαρμογής των οδηγιών 2014/23 και 2014/24, ως δημόσια επιχείρηση ορίζεται η επιχείρηση επί της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, καθοριστική επιρροή. Σύμφωνα με τις παρατηρήσεις της Rekeep, το διάταγμα αυτό προβλέπει επίσης ότι, «όταν οι ισχύουσες διατάξεις επιτρέπουν τη σύσταση μικτών εταιριών για την εκτέλεση και τη διαχείριση δημοσίου έργου ή για την οργάνωση και διαχείριση υπηρεσίας γενικού συμφέροντος, ο ιδιώτης εταίρος πρέπει να επιλέγεται μέσω διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως». Επομένως, κατ' αντιδιαστολή, διαπιστώνεται ότι, στο πλαίσιο εταιρίας μικτού κεφαλαίου, ένας ιδιώτης εταίρος δεν μπορεί να βρίσκεται σε κατάσταση άμεσης ή έμμεσης καθοριστικής επιρροής έναντι της αναθέτουσας αρχής. Ωστόσο, τυχόν έμμεση συμμετοχή στο κεφάλαιο ενός ιδιώτη εταίρου που έχει ως αποτέλεσμα την άσκηση καθοριστικής επιρροής δεν μπορεί να εξομοιωθεί με οποιαδήποτε έμμεση συμμετοχή στο κεφάλαιο του εν λόγω ιδιώτη εταίρου.

113. Εν πάση περιπτώσει, τα εθνικά δικαστήρια είναι τα μόνα αρμόδια να εξακριβώσουν, κατά περίπτωση, το βάσιμο των ισχυρισμών αυτών και τη λυσιτέλειά τους στο παρόν στάδιο της υποθέσεως της κύριας δίκης.

114. Ωστόσο, στο μέτρο που το αιτούν δικαστήριο μνημονεύει το άρθρο 30 της οδηγίας 2014/23 και το άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24, είναι σκόπιμο να παρασχεθούν στο δικαστήριο αυτό χρήσιμες διευκρινίσεις όσον αφορά τον έλεγχο που διενεργείται υπό το πρίσμα των αρχών που διατυπώνονται στις εν λόγω διατάξεις.

115. Κατά πάγια νομολογία, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως που διέπουν όλες τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων επιτάσσουν να καθορίζονται σαφώς εκ των προτέρων και να δημοσιοποιούνται οι ουσιαστικές και διαδικαστικές προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαγωνισμό, ώστε οι ενδιαφερόμενοι να μπορούν να γνωρίζουν επακριβώς τις απαιτήσεις της διαδικασίας και να έχουν την πεποίθηση ότι οι ίδιες απαιτήσεις ισχύουν για όλους τους προσφέροντες [56].

[56] Βλ. απόφαση της 17ης Μαΐου 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, σκέψη 23 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

116. Ενδεικτικώς και όσον αφορά το καθεστώς της οδηγίας 2014/24, οι προκηρύξεις διαγωνισμών πρέπει, κατά κανόνα, να περιλαμβάνουν έναν κατάλογο και μια σύντομη περιγραφή των κριτηρίων επιλογής και των κριτηρίων που αφορούν την προσωπική κατάσταση των οικονομικών φορέων, τα οποία ενδέχεται να επιφέρουν τον αποκλεισμό τους [57].

117. Σε συνέχεια της λογικής αυτής, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας [58].

118. Στον βαθμό που η έμμεση συμμετοχή αναθέτουσας αρχής στο κεφάλαιο ενός ιδιώτη εταίρου μπορεί να λάβει διαφορετικές μορφές και η επίδρασή της στη λειτουργία του εν λόγω ιδιώτη εταίρου εξαρτάται από την οργανωτική δομή του, δεν νομίζω ότι είναι αυτονόητο ότι κάθε μορφή έμμεσης συμμετοχής της αναθέτουσας αρχής οδηγεί αυτομάτως στον αποκλεισμό προσφέροντος από τον διαγωνισμό λόγω μη τηρήσεως των απαιτήσεων όσον αφορά τη συμμετοχή του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα. Μια τέτοια ερμηνεία της εθνικής νομοθεσίας ή των τευχών του διαγωνισμού δεν είναι, κατά τα φαινόμενα, αρκούντως προφανής.

119. Με την επιφύλαξη των ανωτέρω συμπληρωματικών παρατηρήσεων, σχετικά με την τήρηση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως, εμμένω στη θέση που εξέθεσα, στο σημείο 108 των παρουσών προτάσεων, σχετικά με την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας.

VI. Πρόταση

120. Βάσει των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο Consiglio di Stato (Συμβούλιο της Επικρατείας, Ιταλία) ως εξής:

Το άρθρο 30 και το άρθρο 38, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης ή, κατά περίπτωση, το άρθρο 18 και το άρθρο 58, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, έχουν την έννοια ότι δεν επιτρέπουν να λαμβάνεται υπόψη, κατά τον καθορισμό του ποσοστού συμμετοχής προσφέροντος ιδιώτη εταίρου στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, οποιαδήποτε έμμεση συμμετοχή της αναθέτουσας αρχής στο εταιρικό κεφάλαιο του εν λόγω ιδιώτη προσφέροντος, ούτως ώστε ο τελευταίος να αποκλείεται αυτομάτως από τον διαγωνισμό, οσάκις η συνεκτίμηση της έμμεσης αυτής συμμετοχής έχει ως αποτέλεσμα να μην τηρείται το ποσοστό της συμμετοχής του ιδιωτικού τομέα το οποίο επιδιώκει η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα τεύχη του διαγωνισμού.

Αντιθέτως, το άρθρο 30 και το άρθρο 38, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/23 ή, κατά περίπτωση, το άρθρο 18 και το άρθρο 58, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 δεν αποκλείουν μια τέτοια συνεκτίμηση όταν αυτή δεν έχει αυτόματο χαρακτήρα. Ειδικότερα, οι εν λόγω διατάξεις δεν αντιτίθενται στη συνεκτίμηση τυχόν έμμεσης συμμετοχής όταν από ελέγχους που διενεργεί η

[57] Βλ. άρθρο 49 και παράρτημα V, μέρος Γ, σημείο 11, στοιχείο γ', της οδηγίας 2014/24.

[58] Βλ. απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, σκέψη 51).

αναθέτουσα αρχή προκύπτει ότι η συμμετοχή αυτή συνίσταται στην κατοχή της πλειοψηφίας του κεφαλαίου ενός προσφέροντος ιδιώτη εταίρου από μια άλλη οντότητα η οποία, με τη σειρά της, ανήκει εξ ολοκλήρου στην αναθέτουσα αρχή, υπό την προϋπόθεση ότι η κατανομή των εξουσιών λήψεως αποφάσεων και των κινδύνων πραγματοποιείται κατ' αναλογία του κεφαλαίου που ανήκει στον εν λόγω προσφέροντα ιδιώτη εταίρο και στην εν λόγω οντότητα.