# ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
# DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
# της 27ης Νοεμβρίου 2007 [1]

## I — Εισαγωγή

1. Το Consiglio di Stato (Συμβούλιο Επικρατείας) της Ιταλικής Δημοκρατίας ερωτά το Δικαστήριο, βάσει του άρθρου 234 ΕΚ, αν το άρθρο 30, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων [2], βαίνει πέραν της οδηγίας και διέπει επίσης την ανάθεση των συμβάσεων, τις οποίες δεν καλύπτει το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας.

2. Με την απόφαση της 27ης Σεπτεμβρίου 2001, Lombardini και Mantovani [3], το Δικαστήριο, ερμηνεύοντας τη διάταξη αυτή, με τη σκέψη 53, έκρινε ότι είναι «σημαντικό» να μπορεί κάθε υποψήφιος για τον οποίο υπάρχει υπόνοια ότι υπέβαλε προσφορά ασυνήθιστα χαμηλή να προβάλλει λυσιτελώς την άποψή του και να έχει τη δυνατότητα να προσκομίσει συναφώς δικαιολογητικά.

3. Στην παρούσα αίτηση για έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, το ζήτημα είναι αν στην εν λόγω διάταξη θετικού δικαίου περικλείεται γενική αρχή της κοινοτικής έννομης τάξης, η οποία έχει εφαρμογή στις δημόσιες συμβάσεις ανεξαρτήτως του αν καλύπτονται ή δεν καλύπτονται από τις τομεακές οδηγίες [4].

4. Το Ανώτατο Ιταλικό Δικαστήριο θέτει το ερώτημα αυτό σε ένα ιδιαίτερο πλαίσιο, ήτοι στο πλαίσιο της εσωτερικής νομοθεσίας που επιβάλλει τον αυτόματο αποκλεισμό στις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων αυτού του είδους προσφορών ποσού κατωτέρου του ορίου που αναφέρεται στις οδηγίες, στην οποία προστίθεται μια πρακτική σύμφωνα με την οποία, σ' αυτή την κατηγορία συμβάσεων, ορισμένοι προσφέροντες επηρεάζουν το αποτέλεσμα της υποβολής

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

2 — ΕΕ L 199, σ. 54.

3 — Συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Συλλογή 2001, σ. I-9233.

4 — Πέραν της οδηγίας 93/37 περί των συμβάσεων δημοσίων έργων, υπάρχει η οδηγία 77/62/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/01, σ. 24), τροποποιηθείσα στη συνέχεια με την οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993 (ΕΕ L 199, σ. 1), για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών. Οι συμβάσεις παροχής υπηρεσιών και ο συντονισμός των διαδικασιών συνάψεώς τους προβλέπονται στην οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992 (ΕΕ L 209, σ. 1). Οι κανόνες αυτοί [τροποποιηθέντες με την οδηγία 97/52/ΕΚ (ΕΕ L 328, σ. 1)] κωδικοποιήθηκαν και συγχωνεύθηκαν ώστε να αποτελέσουν ένα μόνο κείμενο: την οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 114).

προσφορών με τέχνασμα [5], το οποίο έγκειται στη συμφωνία υποβολής παρεμφερών προσφορών προκειμένου να διαμορφωθεί ένα συγκεκριμένο όριο πέραν του οποίου οι προσφορές δεν θεωρούνται νομότυπες και να αποκλείονται άλλοι υποψήφιοι.

5. Κατά συνέπεια, το προδικαστικό αυτό ζήτημα έχει μεγάλη σημασία διότι αναφέρεται σε γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου, με την υπόμνηση ότι η λύση μπορεί να θεμελιωθεί μόνο στο νομικό σύστημα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Το Δικαστήριο πρέπει να εξετάσει και τις δύο κατευθύνσεις, ώστε να δώσει στο ιταλικό δικαστήριο αποτελεσματική απάντηση για τη λύση της διαφοράς.

## II — Το νομικό πλαίσιο

### Α — *Το κοινοτικό δίκαιο*

6. Τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ προβλέπουν, αντιστοίχως, την ελευθερία εγκαταστάσεως και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Η οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971 [6], η οποία εναρμόνισε τις νομοθεσίες των κρατών μελών στο τομέα της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, είχε ως θεμελιώδη σκοπό, σύμφωνα με την πρώτη αιτιολογική της σκέψη, την ταυτόχρονη πραγματοποίηση των δύο αυτών ελευθεριών. Η οδηγία αυτή, που ρύθμιζε μόνο τις συμβάσεις ποσού ανωτέρου ή ίσου 1 000 000 λογιστικών μονάδων (όγδοη αιτιολογική σκέψη), προέβλεπε κριτήρια αναθέσεως συμβάσεων τα οποία στηρίζονταν είτε στη χαμηλότερη τιμή είτε στην πιο συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά (άρθρο 29, παράγραφος 1) και, υποθέτοντας ότι υπάρχουν έκδηλα υπερβολικά χαμηλές προσφορές, καθιστούσε δυνατή την απόρριψή τους, κατόπιν ακροάσεως του τολμηρού προσφέροντος (άρθρο 29, παράγραφος 5).

7. Όσον αφορά την ερμηνεία του κανόνα αυτού, ο Δικαστήριο έκρινε ότι μπορεί να ληφθεί απορριπτική απόφαση μόνον αφού δοθεί στον επιχειρηματία η δυνατότητα να διευκρινίσει την προσφορά του, δηλαδή κατόπιν εφαρμογής της διαδικασίας εξετάσεως, κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων, οπότε δεν τίθεται ζήτημα αυτόματου αποκλεισμού [7].

5 — Τα τεχνάσματα αυτά υπήρχαν πάντοτε· ο Όμηρος, στην Οδύσσεια, αφηγείται πολλά παραδείγματα της παροιμιώδους ευρηματικότητας του Οδυσσέα, όπως στην περιπέτεια της Ραψωδίας Ι, όταν ο ήρωας, φυλακισμένος από τον Πολύφημο, τον μεθά και του λέει ότι το όνομά του είναι Κανείς· εκμεταλλευόμενος την υπνηλία του Κύκλωπα από την οινοποσία, ο Οδυσσέας σφηνώνει στο μοναδικό μάτι του Κύκλωπα έναν αναμμένο κορμό ελιάς· ακούγοντας τον Κύκλωπα που έσκουζε, τα αδέλφια του τον ρωτούν τι του' τυχε, ποιος τον άρπαξε, και ο Πολύφημος τους απαντά «Αδέλφια μ' έφαγε ο Κανείς, μ' απάτη, όχι μ' αντρεία», κι έτσι δεν τους αφήνει να τον βοηθήσουν (στίχος 408).

6 — Οδηγία περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/001, σ. 7).

7 — Σύμφωνα με την απόφαση της 22ας Ιουνίου 1989, 103/88, Fratelli Costanzo κατά Δήμου Μιλάνου (Συλλογή 1989, σ. 1839, σκέψεις 16, 18 και 19), που απαγόρευσε στα κράτη μέλη να θεσπίζουν διατάξεις που προβλέπουν ότι αποκλείονται αυτόματα από τους διαγωνισμούς για τις συμβάσεις δημοσίων έργων ορισμένες προσφορές που καθορίζονται βάσει μαθηματικού κριτηρίου (σημείο 1 του διατακτικού), νομολογία η οποία επαναλήφθηκε με την απόφαση της 18ης Ιουνίου 1991, C-295/89, Donà Alfonso (Συλλογή 1991, σ. I-2967). Προγενέστερη είναι η υπόθεση που οδήγησε στην απόφαση της 10ης Φεβρουαρίου 1982, 76/81, Transporoute (Συλλογή 1982, σ. 417, σκέψη 18).

8. Η οδηγία 71/305, που υπέστη πολυάριθμες διαδοχικές τροποποιήσεις[8], έπρεπε συνεπώς να κωδικοποιηθεί, πράγμα το οποίο έγινε με την οδηγία 93/37, η οποία σκοπούσε επίσης στην προάσπιση της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών (δεύτερη αιτιολογική σκέψη). Εφαρμοστέα στις συμβάσεις άνω των 5 εκατομμυρίων Ecu (άρθρο 6, παράγραφος 1) και πιστή στα προηγούμενα κριτήρια (άρθρο 30, παράγραφος 1), η οδηγία 93/37 επανέλαβε το περιεχόμενο του πρώην άρθρου 29, παράγραφος 5, με ελαφρές τροποποιήσεις, στο άρθρο 30, παράγραφος 4:

«Εάν, για μια δεδομένη σύμβαση, οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τις προβλεπόμενες εργασίες, η αναθέτουσα αρχή, πριν να απορρίψει τις προσφορές αυτές, ζητά εγγράφως τις διευκρινίσεις που κρίνει σκόπιμες για τα στοιχεία της προσφοράς και επαληθεύει τα στοιχεία της προσφοράς, λαμβάνοντας υπόψη την παρεχόμενη αιτιολόγηση.

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να λαμβάνει υπόψη την αιτιολόγηση σχετικά με την οικονομία που επιτυγχάνεται χάρη στη μέθοδο κατασκευής ή τις τεχνικές λύσεις που έχουν επιλεγεί ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες υπό τις οποίες ο προσφέρων εκτελεί τις εργασίες ή την πρωτοτυπία της μελέτης του.

Εάν τα έγγραφα στοιχεία της σύμβασης προβλέπουν την ανάθεση στον προσφέροντα τη χαμηλότερη τιμή, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να γνωστοποιήσει στην Επιτροπή την απόρριψη των προσφορών τις οποίες θεωρεί υπερβολικά χαμηλές.

[…]»

9. Η οδηγία 2004/18, την οποία τα κράτη μέλη έπρεπε να μεταφέρουν στην εσωτερική έννομη τάξη τους πριν από τις 31 Ιανουαρίου 2006 (άρθρο 80, παράγραφος 1), κατάργησε την οδηγία 97/37 από τις 31 Μαρτίου 2004 (άρθρα 82 και 83). Όσον αφορά την ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων, η τιμή των οποίων ανέρχεται τουλάχιστον σε 5 278 000 ευρώ (άρθρο 7, στοιχείο γ΄)[9], η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να αποκλείσει τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, κατόπιν εφαρμογής της διαδικασίας εξετάσεως, κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων (άρθρο 55, παράγραφοι 1 και 2).

## Β — *Η ιταλική νομοθεσία*

10. Το άρθρο 30, παράγραφος 4, της οδηγίας 97/37 μεταφέρθηκε στο εσωτερικό ιταλικό

8 — Μία από τις τροποποιήσεις αυτές αφορούσε το άρθρο 29, παράγραφος 5, σύμφωνα με το νέο κείμενο που προέκυψε από την οδηγία 89/440/ΕΟΚ, της 18ης Ιουλίου 1989 (ΕΕ L 210, σ. 1).

9 — Σύμφωνα με τη διατύπωση του κανονισμού (ΕΚ) 2083/2005 της Επιτροπής, της 19ης Δεκεμβρίου 2005 (ΕΕ L 333, σ. 28).

δίκαιο με το άρθρο 21, παράγραφος 1bis, του νόμου 109/1994, της 11ης Φεβρουαρίου 1994, νόμου-πλαισίου σε θέματα συμβάσεων δημοσίων έργων [10], το οποίο προστέθηκε στο αρχικό κείμενο με το άρθρο 7 του νόμου 216/1995, της 2ας Ιουνίου 1995 [11]. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή:

«Στις περιπτώσεις αναθέσεως έργων αξίας ίσης ή μεγαλύτερης από την ισόποση σε ευρώ των 5 000 000 ΕΤΔ, βάσει του κριτηρίου του πρώτου εδαφίου, ήτοι της χαμηλότερης τιμής, η αρμόδια αρχή πρέπει να αξιολογήσει, σύμφωνα με το άρθρο 30 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, αν είναι ασυνήθιστα χαμηλές όλες οι προσφορές που περιέχουν ποσοστό εκπτώσεως ίσο ή μεγαλύτερο από τον μέσο όρο των ποσοστών εκπτώσεως όλων των υποβληθεισών προσφορών, με εξαίρεση το 10 %, στρογγυλεμένο προς την αμέσως μεγαλύτερη μονάδα, των προσφορών που παρουσιάζουν αντιστοίχως μεγαλύτερο ή μικρότερο ποσοστό εκπτώσεως, αυξημένες κατά τον μέσο όρο των ποσοστών εκπτώσεως που είναι κατώτερες του προαναφερθέντος μέσου όρου.

Προς τούτο, η δημόσια αρχή λαμβάνει υπόψη εντός εξήντα ημερών από της υποβολής των προσφορών μόνο την αιτιολόγηση σχετικά με την οικονομία που επιτυγχάνεται χάρη στη μέθοδο κατασκευής ή τις τεχνικές λύσεις που έχουν επιλεγεί ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες υπό τις οποίες ο προσφέρων εκτελεί τις εργασίες, αποκλειομένων, εν πάση περιπτώσει, των αιτιολογιών περί όλων των στοιχείων των οποίων οι κατώτερες αξίες καθορίζονται από νομοθετικές, κανονιστικές ή διοικητικές διατάξεις, ή των οποίων οι αξίες μπορούν να αντληθούν από επίσημα στοιχεία.

Οι προσφορές πρέπει να συνοδεύονται, από την υποβολή τους, από δικαιολογητικά στοιχεία σχετικά με τους σημαντικότερους τομείς, που αναφέρονται στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ή στο έγγραφο προσκλήσεως και συμβάλλουν στη διαμόρφωση ενός ποσού τουλάχιστον ίσου προς το 75 % της βασικής αξίας της συμβάσεως.

Όσον αφορά μόνον τις δημόσιες συμβάσεις έργων αξίας κατώτερης του κοινοτικού ορίου, η αρμόδια αρχή προβαίνει στον αυτόματο αποκλεισμό από τον διαγωνισμό των προσφορών που παρουσιάζουν ποσοστό εκπτώσεως ίσο ή ανώτερο από το οριζόμενο σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου. Η διαδικασία αυτόματου αποκλεισμού δεν ισχύει εφόσον ο αριθμός των έγκυρων προσφορών δεν υπερβαίνει τις πέντε.» [12]

10 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (στο εξής: GURI) αριθ. 41, της 19ης Φεβρουαρίου 1994, σ. 5.

11 — *GURI* αριθ. 127, της 2ας Ιουνίου 1995, σ. 3. Το πλήρες κείμενο προκύπτει από τη θέσπιση, με τροποποιήσεις, του νομοθετικού διατάγματος 101/1995, της 3ης Απριλίου 1995, περί των κανόνων που πρέπει επειγόντως να θεσπιστούν σε θέματα συμβάσεων δημοσίων έργων (*GURI* αριθ. 78, της 3ης Απριλίου 1995, σ. 8).

12 — Διατύπωση που προέκυψε από το άρθρο 7 του νόμου 415/1998, της 18ης Νοεμβρίου 1998 (*GURI* αριθ. 284, της 4ης Δεκεμβρίου 1998, τακτικό συμπλήρωμα, σ. 5).

11. Το νομοθετικό διάταγμα 163, της 12ης Απριλίου 2006 [13], μετέφερε στην εθνική έννομη τάξη την οδηγία 2004/18. Με τις διατάξεις περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (άρθρα 86 έως 88) εξαλείφθηκε το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 21, παράγραφος 1bis, του νόμου 109/94.

## III — Οι διαφορές της κύριας δίκης στις δύο υποθέσεις

12. Με την από 28 Ιανουαρίου 2003 συμφωνία, ο Δήμος του Τορίνο αποφάσισε τη μη εφαρμογή pro futuro του άρθρου 21, παράγραφος 1bis, του νόμου 109/94, για να αποφευχθεί ο αυτόματος αποκλεισμός των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών ώστε, στο πλαίσιο αναθέσεως συμβάσεων δημοτικών έργων, περιλαμβανομένων των προσφορών αξίας χαμηλότερης του κοινοτικού ορίου, οι προσφορές αυτές θα εξετασθούν σύμφωνα με τη διαδικασία εξετάσεως, κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων, της οδηγίας 93/37.

13. Οι ιταλικές εταιρίες SECAP SpA (υπόθεση C-147/06) και Santorso Soc. coop. arl. (υπόθεση C-148/06) μετείχαν σε δύο προσκλήσεις υποβολής προσφορών του Δήμου για την εκτέλεση συγκεκριμένων έργων [14], των οποίων τα ποσά δεν υπερέβαιναν το εν λόγω όριο. Οι προσκλήσεις υποβολής προσφορών επιβεβαίωναν ότι θα εφαρμοσθεί το κριτήριο της μεγαλύτερης εκπτώσεως, προέβλεπαν την εξέταση των μη νομοτύπων προσφορών, χωρίς να αποκλείουν αυτομάτως, δυνάμει της από 28 Ιανουαρίου 2003 συμφωνίας, τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές.

14. Οι δύο εταιρίες προσέφυγαν ενώπιον του Tribunale amministrativo regionale del Piemonte και υποστήριξαν ότι το άρθρο 21, παράγραφος 1bis, του νόμου 109/94 απέκλειε με μηχανικό τρόπο τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, απαγορεύοντας έτσι στις αναθέτουσες αρχές να προβούν σε ακρόαση των προσφερόντων και να εξετάσουν τις προσφορές αυτές προτού τις απορρίψουν. Το δικαστήριο δεν δέχθηκε το επιχείρημα αυτό και απέρριψε τις προσφυγές διότι η διάταξη επέτρεπε μεν τον αυτόματο αποκλεισμό των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, δεν τον επέβαλε όμως, εφόσον τίποτε δεν εμπόδιζε τον αναθέτοντα φορέα να προβεί σε ακρόαση των προσφερόντων και να εξετάσει τις προσφορές.

15. Το Consiglio di Stato, επιληφθέν των εφέσεων που άσκησαν οι εφεσείουσες, στήριξε την άποψή τους και ακύρωσε την ερμηνεία του περιφερειακού δικαστηρίου· ωστόσο, έλαβε υπόψη του τις προβληθείσες

13 — *GURI* αριθ. 100, της 2ας Μαΐου 2006.

14 — Η μετατροπή ενός παλαιού ανακτόρου σε ξενώνα νέων (4 699 999 ευρώ) και ο περιβαλλοντικός αναχαρακτηρισμός του corso Francia, μεταξύ της piazza Statuto και της piazza Bernini (5 172 579 ευρώ), αντιστοίχως.

από τον Δήμο του Τορίνο απαιτήσεις του κοινοτικού δικαίου, και για τον λόγο αυτό υπέβαλε στο Δικαστήριο, βάσει του άρθρου 234 ΕΚ, τα ακόλουθα ερωτήματα:

«1) Συνιστά θεμελιώδη αρχή του κοινοτικού δικαίου ο κανόνας του άρθρου 30, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ ή ο αντίστοιχος του άρθρου 55, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (εφόσον θεωρηθεί ότι η τελευταία αποτελεί το εφαρμοστέο κανονιστικό πλαίσιο) κατά τον οποίο, όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με την παροχή, η αναθέτουσα αρχή, προτού μπορέσει να τις απορρίψει, οφείλει να ζητήσει εγγράφως τις διευκρινίσεις που θεωρεί χρήσιμες σε σχέση με τα στοιχεία της προσφοράς και να τα επαληθεύσει, λαμβάνοντας υπόψη τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις;

2) Εάν δεν έχει τα χαρακτηριστικά θεμελιώδους αρχής του κοινοτικού δικαίου, συνιστά ο κανόνας του άρθρου 30, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, ή ο αντίστοιχος του άρθρου 55, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (εφόσον θεωρηθεί ότι η τελευταία αποτελεί το εφαρμοστέο κανονιστικό πλαίσιο) κατά τον οποίο, όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με την παροχή, η αναθέτουσα αρχή, προτού μπορέσει να τις απορρίψει, οφείλει να ζητήσει εγγράφως τις διευκρινίσεις που θεωρεί χρήσιμες σε σχέση με τα στοιχεία της προσφοράς και να τα επαληθεύσει, λαμβάνοντας υπόψη τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις, έμμεση συνέπεια ή "παρεπόμενη αρχή" της αρχής του ανταγωνισμού, σε συνδυασμό με τις αρχές της διοικητικής διαφάνειας και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, και πρέπει, ως εκ τούτου, να θεωρηθεί ότι ο κανόνας αυτός εφαρμόζεται και υπερισχύει των ενδεχομένως διαφορετικών εθνικών διατάξεων που θεσπίζουν τα κράτη μέλη για να ρυθμίσουν τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο της απευθείας εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου;»

## IV — Η ενώπιον του Δικαστηρίου διαδικασία

16. Ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου, με διάταξη της 10ης Μαΐου 2006, διέταξε τη συνεκδίκαση των δύο υποθέσεων, λαμβανομένης υπόψη της αντικειμενικής συνάφειάς τους.

17. Οι εφεσείουσες επιχειρήσεις στις υποθέσεις της κύριας δίκης, ο Δήμος του Τορίνο, η Γερμανική, η Αυστριακή, η Γαλλική, η Ιταλική, η Λιθουανική, η Ολλανδική και η Σλοβακική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις υποστηρίζοντας διάφορες απόψεις, οι

οποίες όμως μπορούν να καταταγούν σε δύο κατηγορίες: η μία είναι υπέρ της απόψεως του Δήμου του Τορίνο και περιλαμβάνει τη Λιθουανία, τη Σλοβακία [15] και την Επιτροπή, και η άλλη περιλαμβάνει όλους τους λοιπούς μετέχοντες στην προδικαστική αυτή διαδικασία, που τίθενται υπέρ αρνητικών απαντήσεων στα προδικαστικά ερωτήματα. Οι εκπρόσωποι της Santorso Soc. coop. arl, του Δήμου του Τορίνο, της Γερμανικής, της Ιταλικής και της Λιθουανικής Κυβερνήσεως, καθώς και η Επιτροπή μετείχαν στην επ' ακροατηρίου συζήτηση της 25ης Οκτωβρίου 2007 για να αναπτύξουν τις προφορικές παρατηρήσεις τους.

## V — Ανάλυση των προδικαστικών ερωτημάτων

18. Τα δύο ερωτήματα που έθεσε το Consiglio di Stato συρρικνώνονται, στην πράξη, σε ένα μόνο με το οποίο ερωτάται αν το άρθρο 30, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/37, που επιβάλλει την ακρόαση των ενδιαφερομένων όσον αφορά τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές προτού ληφθεί απόφαση για τον ενδεχόμενο αποκλεισμό τους, διέπει τις συμβάσεις που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της· δηλαδή, αν γι' αυτό το είδος συμβάσεων, η εν λόγω διάταξη απαγορεύει στα κράτη μέλη να αποφασίζουν τον αυτόματο αποκλεισμό αυτού του είδους προσφορών.

15 — Μολονότι η Σλοβακική Κυβέρνηση διαφοροποιείται κάπως από τη θέση της Λιθουανίας και του Δήμου του Τορίνο, δεδομένου ότι, υποστηρίζοντας την απόρριψη του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος, αρνείται να διαχωρίσει τον κανόνα του άρθρου 30, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/37 από τις θεσπισθείσες με τη Συνθήκη αρχές, συντασσόμενη έτσι με την απόφαση του Δήμου.

19. Επομένως, πρέπει να εξεταστεί η φύση του κανόνα αυτού για να καθοριστεί αν αποτελεί μέρος τους πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου και βαίνει πέραν της οδηγίας 93/37.

### Α — *Το σημείο αφετηρίας*

20. Η ανάλυση έχει στέρεες βάσεις, σταθερά θεμελιούμενες στη νομολογία, τις οποίες έχω ήδη εξετάσει [16]· οι διαδικασίες αναθέσεως των συμβάσεων δημοσίων έργων οι οποίες, για διάφορους λόγους (ποσοτικούς ή εννοιολογικούς), δεν καλύπτονται από τις οδηγίες στον τομέα αυτό, εμπίπτουν στην έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, ούτως ώστε οι θεμελιώδεις αρχές της κοινοτικής έννομης τάξεως και, ειδικότερα, οι βασικές ελευθερίες κυκλοφορίας ενέχουν θέση ανυπέρβλητων ορίων.

21. Η άποψη αυτή, που εκτίθεται στη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2004/18 [17], είναι αρκετά παλαιά στην ιστορία

16 — Προτάσεις της 8ης Νοεμβρίου 2006 στην υπόθεση C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, στην οποία δεν έχει ακόμα εκδοθεί απόφαση (σημεία 44 έως 47).

17 — «Η ανάθεση των συμβάσεων που συνάπτονται στα κράτη μέλη για λογαριασμό του κράτους, των αρχών τοπικής αυτοδιοίκησης ή περιφερειακής διοίκησης και άλλων οργανισμών δημοσίου δικαίου, υπόκειται στην τήρηση των αρχών της συνθήκης, ιδίως στην αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, στην αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και στις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της διαφάνειας [...]»

του Δικαστηρίου [18]. Με την απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, Telaustria και Telefonadress [19], κρίθηκε ότι οι αναθέτοντες φορείς υποχρεούνται να τηρούν τους κανόνες της Συνθήκης κατά την ανάθεση συμβάσεων που αποκλείονται του πεδίου των τομεακών οδηγιών (σκέψη 60) [20], νομολογία επαναληφθείσα με την απόφαση της 18ης Ιουνίου 2002, HI (σκέψη 47) [21], και πλέον προσφάτως, με εντελώς φυσικό τρόπο, χωρίς μνεία των προηγουμένων περιπτώσεων, με την απόφαση της 21ης Ιουλίου 2005, Coname [22].

22. Στη συνέχεια, με τη διάταξη της 3ης Δεκεμβρίου 2001, Vestergaard [23], τονίστηκε ότι το γεγονός και μόνο ότι οι ιδιαίτερες και αυστηρές διαδικασίες που προβλέπονται στις οδηγίες αυτές δεν είναι πρόσφορες όταν πρόκειται για συμβάσεις δημοσίων έργων μικρής αξίας δεν σημαίνει ότι οι συμβάσεις αυτές αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, δεδομένου ότι πρέπει επίσης να τηρούν τη Συνθήκη (σκέψεις 19 έως 21) [24], αν παρουσιάζουν ενδιαφέρον για τους εγκατεστημένους σε άλλα κράτη μέλη επιχειρηματίες [25]. Η απόφαση της 20ής Οκτωβρίου 2005, Επιτροπή κατά Γαλλίας [26], ακολούθησε την ίδια συλλογιστική (σκέψη 33).

23. Το γεγονός καθορισμού ενός οικονομικού ορίου πέραν του οποίου οι συμβάσεις υπάγονται στις οδηγίες βασίζεται σε τεκμήριο: οι συμβάσεις χαμηλής αξίας δεν ελκύουν τους εγκατεστημένους πέραν των εθνικών συνόρων επιχειρηματίες· επομένως, στερούνται κοινοτικού περιεχομένου. Ωστόσο, το τεκμήριο αυτό, iuris tantum, υποστηρίζει την απόδειξη του αντιθέτου, εφόσον, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή με τις γραπτές παρατηρήσεις της, δεν πρέπει να αποκλείεται ότι σύμβαση μικρής αξίας δύναται να παρουσιάζει ενδιαφέρον για αλλοδαπούς επιχειρηματίες, ανάλογα, παραδείγματος χάρη, με το αν ο τόπος εκτελέσεως βρίσκεται πλησίον της χώρας τους ή επειδή είναι συμφέρουσα για την εμπορική στρατηγική τους.

18 — Όπως και της Επιτροπής, ήτοι στην «Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων οι οποίες δεν καλύπτονται ή καλύπτονται εν μέρει από τις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις» (ΕΕ 2006, C 179, σ. 2, συγκεκριμένα σ. 5 και 6).

19 — Υπόθεση C-324/98, Συλλογή 2000, σ. I-10745.

20 — Στην υπόθεση αυτή, αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής 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), αντικατασταθείσα από την οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004 (ΕΕ L 134, σ. 1).

21 — Υπόθεση C-92/00, Συλλογή 2002, σ. I-5553. Συγκεκριμένα, η απόφαση αυτή αφορούσε περισσότερο διαδικασία μη καλυπτόμενη από τον κανόνα παρά αγορά αποκλειόμενη από οδηγία: η Συνθήκη απαιτούσε να υπάρχει ένδικο μέσο κατά της αποφάσεως περί ακυρώσεως υποβολής προσφορών, που δεν προβλεπόταν με την οδηγία 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.

22 — Υπόθεση C-231/03, Συλλογή 2005, σ. I-7287. Με τη σκέψη 16 της αποφάσεως αυτής επισημαίνεται ότι η σύναψη μιας τέτοιας συμβάσεως παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας (αφορώσας τη διαχείριση της δημόσιας υπηρεσίας διανομής του φυσικού αερίου με εταιρία της οποίας τα κεφάλαια είναι κατά πλειονότητα δημόσια) δεν διέπεται από καμία από τις οδηγίες με τις οποίες ο κοινοτικός νομοθέτης ρύθμισε τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Ελλείψει τέτοιας ρυθμίσεως, οι συνέπειες του κοινοτικού δικαίου περί της συνάψεως συμβάσεων παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας πρέπει να εξετάζονται υπό το πρίσμα του πρωτογενούς δικαίου και, ειδικότερα, υπό το φως των θεμελιωδών ελευθεριών που προβλέπονται στη Συνθήκη. Οι αποφάσεις της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen (Συλλογή 2005, σ. I-8585, σκέψη 46), και της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, ANAV (Συλλογή 2006, σ. I-3303, σκέψη 18), έχουν συναφές περιεχόμενο.

23 — Υπόθεση C-59/00, Συλλογή 2001, σ. I-9505.

24 — Με τη διάταξη αυτή κρίθηκε αντίθετη προς το άρθρο 28 ΕΚ η ρήτρα της συγγραφής υποχρεώσεων συμβάσεως δημοσίων έργων κατωτάτου ποσού, η οποία απαιτούσε χωρίς περαιτέρω εξήγηση, τη χρησιμοποίηση προϊόντων με συγκεκριμένο σήμα.

25 — Σκέψη 20, εξ αντιθέτου, της αποφάσεως Coname.

26 — Υπόθεση C-264/03, Συλλογή 2005, σ. I-8831.

24. Κατά συνέπεια, το ποσοτικό αυτό όριο είναι, προφανώς, συμβατικό, εφόσον τίποτα δεν αποκλείει ότι σύμβαση μικρής αξίας επισύρει την προσοχή σε άλλα κράτη μέλη, γεγονός που συνεπάγεται την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου και των σκοπών του. Συνεπώς, οι διαδικασίες αναθέσεως των εν λόγω συμβάσεων οι οποίες, παρά το περιορισμένο ενδιαφέρον τους, έχουν ευρωπαϊκό περιεχόμενο, πρέπει να τηρούν τις αρχές της Συνθήκης, υπό την επιφύλαξη του ότι οι συμβάσεις μεγαλύτερης αξίας των αναφερομένων στις οδηγίες ποσών υπόκεινται σε αυστηρότερες διατάξεις συντονισμού [27].

25. Μία από τις διατάξεις αυτές, ήτοι το άρθρο 30, παράγραφος 4 της οδηγίας 93/37, εφαρμοστέο ratione temporis στις διαφορές της κύριας δίκης, επαναληφθέν στο άρθρο 55, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 2004/18, απαγορεύει τον αυτόματο αποκλεισμό των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Ωστόσο, το Consiglio di Stato ερωτά αν η απαγόρευση αυτή είναι θεμελιώδης κανόνας του κοινοτικού δικαίου ή, τουλάχιστον, συνέπεια της αρχής της αρμοδιότητας σε συνδυασμό με τις αρχές της διοικητικής διαφάνειας και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας, οι οποίες πρέπει επίσης να τηρούνται κατά την ανάθεση των συμβάσεων που δεν καλύπτονται από τις οδηγίες αυτές.

27 — Βλ. δεύτερο μέρος της δεύτερης αιτιολογικής σκέψης της οδηγίας 2004/18.

Β — *Κανόνας κατώτερος θεμελιώδους αρχής...*

26. Οι έννοιες της «θεμελιώδους αρχής» ή του «θεμελιώδους κανόνα», που χρησιμοποιούνται στην προπαρατεθείσα νομολογία, έχουν σαφέστατο περιεχόμενο. Δεν παραπέμπουν σε σιωπηρά αξιολογικά στοιχεία της Συνθήκης· ούτε σε οποιοδήποτε ληφθέν για την επίτευξη των σκοπών της μέτρο· τοποθετούνται ακριβώς μεταξύ των δύο αυτών ορίων, στο πρωτογενές δίκαιο, εκεί όπου οι κοινοτικές «συνιστώσες» καθόρισαν τους προς επίτευξη σκοπούς με τα θεμελιώδη μέσα για την επίτευξή τους. Από ταχεία ανάγνωση των άρθρων 2 και 3 ΕΚ προκύπτει ότι αφορούν την απρόσκοπτη μετακίνηση προσώπων, εμπορευμάτων, υπηρεσιών και κεφαλαίων, την οποία εγγυώνται οι συναφείς ελευθερίες κυκλοφορίας (άρθρα 23, 43 και 49 ΕΚ), στις οποίες προστίθεται, όσον αφορά μια εγκάθετη αξία στο σχέδιο ενσωματώσεως πολλών χωρών, η εξάλειψη κάθε δυσμενούς διακρίσεως λόγω ιθαγενείας (άρθρο 12 ΕΚ).

27. Η άποψη αυτή, που είναι παρεμφερής με τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2004/18, προκύπτει επίσης στις προαναφερθείσες αποφάσεις. Με τη σκέψη 60 της αποφάσεως Telaustria και Telefonadress γίνεται επίκληση της εν λόγω αρχής της απαγορεύσεως των διακρίσεων· επιπλέον, στις σκέψεις 42 και 47 της αποφάσεως ΗΙ αναφέρεται η ελευθερία εγκαταστάσεως και η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών· η ratio

decidendi της διατάξεως Vestergaard στηρίζεται στην άλλη ελευθερία κυκλοφορίας, ήτοι την αφορώσα τα εμπορεύματα (σκέψη 21)· τέλος, με την απόφαση Coname, γίνεται εκ νέου αναφορά στα άρθρα 43 και 49 ΕΚ για την απόρριψη έμμεσης δυσμενούς διακρίσεως λόγω ιθαγενείας.

28. Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι οι «θεμελιώδεις αρχές» της Συνθήκης, οι οποίες δύνανται να αμβλύνουν την εξουσία των κρατών μελών στις διαδικασίες αναθέσεως των συμβάσεων δημοσίων έργων που αποκλείονται του συντονισμού των τομεακών οδηγιών, συμπίπτουν με τις αρχές που προβάλλονται με τα προοίμια των οδηγιών αυτών, τις οποίες τόνισε το Δικαστήριο.

29. Κατά τα λοιπά, τούτο δεν αποτελεί έκπληξη, εφόσον, όπως τονίστηκε με τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2004/18, οι διατάξεις της απορρέουν από τις αρχές αυτές, συγκεκριμένα οι οδηγίες επιδιώκουν έναν περιορισμένο άμεσο σκοπό, ήτοι τον εν λόγω συντονισμό των διαδικασιών, για την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων [28], επ' ονόματι της υλοποιήσεως των θεμελιωδών ελευθεριών της ευρωπαϊκής ενοποιήσεως. Ειδικότερα, ο σκοπός είναι η κατάργηση των εμποδίων της ελεύθερης κυκλοφορίας και η προστασία των συμφερόντων των επιχειρηματιών ενός κράτους μέλους που επιθυμούν την πώληση των προϊόντων τους ή την παροχή των υπηρεσιών τους στις αναθέτουσες αρχές άλλων κρατών μελών [29].

30. Από την άλλη πλευρά προκύπτει ότι η ανάληψη υποχρεώσεων είναι διττή: εξάλειψη του κινδύνου να προτιμώνται οι ημεδαποί προσφέροντες (buy nacional) και του κινδύνου ότι η αρμόδια αναθέτουσα αρχή καθοδηγείται από άλλες εκτιμήσεις πλην των οικονομικών [30] (επομένως, το πρωταρχικό κριτήριο αναθέσεως είναι πάντοτε το κριτήριο της χαμηλότερης προσφοράς ή της πλέον συμφέρουσας οικονομικά προσφοράς).

31. Στο πλαίσιο αυτό, στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί μόνον αρνητική απάντηση, καθόσον ο αυτόματος αποκλεισμός των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, κατά την ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων, δεν αντικρούει καμία βασική αρχή της Συνθήκης, συγκεκριμένα οι θεμελιώδεις ελευθερίες ή η απαγόρευση των προαναφερθεισών δυσμενών διακρίσεων δεν απαιτούν ότι πρέπει απολύτως και πάντοτε

28 — Απόφαση Fratelli Costanzo κατά Δήμου Μιλάνου, σκέψη 18.

29 — Αποφάσεις της 10ης Νοεμβρίου 1998, C-360/96, BFI Holding (Συλλογή 1998, σ. I-6821, σκέψη 41)· της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge (Συλλογή 2000, σ. I-8035, σκέψη 16)· και της 1ης Φεβρουαρίου 2001, C-237/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2001, σ. I-939, σκέψη 41).

30 — Αποφάσεις της 15ης Ιανουαρίου 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ. (Συλλογή 1998, σ. I-73, σκέψη 33)· BFI Holding, σκέψη 42· University of Cambridge, σκέψη 17· και Επιτροπή κατά Γαλλίας (C-237/99), σκέψη 42.

να προηγείται ακρόαση του υποβαλόντος τέτοιου είδους προσφορά προτού ληφθεί απόφαση περί της προσφοράς αυτής.

32. Μεταξύ άλλων, επειδή η αρχή της αποτελεσματικότητας, η οποία εφαρμόζεται και στο πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, επιβάλλει τη συλλογιστική της. Τέλος, η διαχείριση του δημόσιου συμφέροντος απαιτεί αποτελεσματικότητα η οποία είναι ενίοτε ασυμβίβαστη με τον ρυθμό που επιβάλλει μια διαδικασία επιλογής πλήρης εγγυήσεων [31].

34. Υποστήριξα ήδη ότι η διαδικασία ακροάσεως του κανόνα αυτού θεωρήθηκε ως «ουσιώδης» με την απόφαση Lombardini και Mantovani [32]. Το επίθετο αυτό σημαίνει ότι είναι αναγκαία η διεξαγωγή εξετάσεως, κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων, των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών για την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στις συμβάσεις δημοσίων έργων και τη διασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας, πράγμα το οποίο προϋποθέτει, όπως τόνισα με τις προτάσεις μου επί των δύο αυτών υποθέσεων, ότι οι προσφέροντες μετέχουν ισότιμα, χωρίς καμία δυσμενή διάκριση (σκέψη 24).

Γ — *...αλλά ανώτερος απλού κανόνα θετικού δικαίου*

1. Οι σιωπηρές αρχές

33. Περαιτέρω, το άρθρο 30, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/37 δεν είναι διάταξη διακριτικής ευχέρειας του νομοθέτη, ενδεχομένως ιδιότυπη, χωρίς κανένα εξωτερικό σύνδεσμο, η οποία θα μπορούσε σαφώς να μην έχει υπάρξει ποτέ.

35. Η απαγόρευση κάθε δυσμενούς διακρίσεως, ειδικότερα λόγω ιθαγενείας, συνεπάγεται υποχρέωση διαφάνειας, διασφαλίζουσας υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού, όπως προκύπτει από την απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, Unitron Scandinavia και 3-S (σκέψεις 61 και 62) [33].

31 — Σημείο 30 των προτάσεών μου της 5ης Ιουνίου 2001 στην υπόθεση που οδήγησε στην απόφαση Lombardini και Mantovani.

32 — Με την απόφαση τονίζεται ότι, από τη διατύπωση της εν λόγω διατάξεως, προκύπτει ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να εντοπίσει τις ύποπτες προσφορές, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους τις διευκρινίσεις που η αναθέτουσα αρχή κρίνει σκόπιμες, να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή αν θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές (σκέψη 55).

33 — Υπόθεση C-275/98, Συλλογή 1999, σ. I-8291. Συναφώς, βλ. αποφάσεις Telaustria και Telefonadress (σκέψεις 61 και 62), και Parking Brixen (σκέψη 49).

36. Συναφώς, είναι προφανώς θεμιτό το ερώτημα του Consiglio di Stato αν το εν λόγω άρθρο 30, σημείο 4, της οδηγίας 93/37, εφόσον δεν θεσπίζει θεμελιώδη αρχή του ευρωπαϊκού δικαίου, αποτελεί αναπόφευκτη συνέπεια των συμβάσεων δημοσίων έργων, εάν έχουν κοινοτικό ενδιαφέρον, ανεξαρτήτως του αν καλύπτονται από τις οδηγίες.

37. Με άλλα λόγια, στην περίπτωση που ο αυτόματος αποκλεισμός προσφορών προσκρούει στις συνέπειες αυτές, πρέπει να εφαρμοσθεί ο επίμαχος κανόνας επί των συμβάσεων δημοσίων έργων που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/37;

2. Οι προσφέροντες και η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς

38. Η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν θεμελιώνεται αορίστως· αντιθέτως, καθορίζεται με αναφορά στη σύμβαση δημοσίων έργων που πρόκειται να ανατεθεί και σε σχέση με το προς εκτέλεση έργο [34]. Επομένως, συγκεντρώνει τα χαρακτηριστικά ακαθόριστης, a priori ανακριβούς, αλλά προβλέψιμης έννοιας σε συνάρτηση με τις ιδιαιτερότητες της αγοράς.

39. Το χαρακτηριστικό αυτό είναι ιδιαίτερα έντονο στην ιταλική αγορά, που διευκρινίζει την έννοια αυτή, λαμβανομένου υπόψη του περιεχομένου της συμβάσεως δημοσίων έργων και της τιμής των διαφόρων προτάσεων, με μαθηματικό μηχανισμό καθορισμού ορίου πέραν του οποίου οι προσφορές δεν είναι νομότυπες.

40. Οι ανταγωνιστές οι οποίοι, χάρη στη δημοσιότητα, έλαβαν γνώση του προς εκτέλεση έργου και του είδους του, εκπονούν εμπιστευτικά τα σχέδιά τους, με αποτέλεσμα ο καθένας να γνωρίζει μόνον το δικό του σχέδιο. Γενικώς, δεδομένου ότι το σύστημα ανταμείβει τη χαμηλότερη ή ευνοϊκότερη από οικονομική άποψη προσφορά, οι προσφορές έχουν προσαρμοσθεί προκειμένου να επιτύχουν τη χαμηλότερη τιμή, με τον κίνδυνο να θίξουν το όφελος της επιχειρήσεως.

41. Κατά συνέπεια, αφού ανοιχθούν όλοι οι φάκελοι προσφορών, όλοι διατρέχουν τον ίδιο κίνδυνο να καταταγούν οι προσφορές τους στις ασυνήθιστα χαμηλές.

42. Ωστόσο, η ισορροπία αυτή διαταράσσεται όταν ένας ανταγωνιστής διαθέτει στοιχεία εκτιμήσεως που επηρεάζουν τον καθορισμό του ορίου κάτω του οποίου οι προσφορές είναι ασυνήθιστα χαμηλές, διασπώντας επομένως την απαιτούμενη ισότητα.

34 — Σημείο 32 των προτάσεων Lombardini και Mantovani.

3. Οι συμπράξεις κατά την υποβολή των προσφορών

43. Το Consiglio di Stato, εκτιμώντας τα προβαλλόμενα από τον Δήμο του Τορίνο πραγματικά περιστατικά, καταρτίζει έναν πίνακα, τον οποίο δεν μπορεί να αγνοήσει το Δικαστήριο, όπου ο αυτόματος αποκλεισμός των μη ευλόγων χαμηλών τιμών, ο οποίος είναι αναπόφευκτος δυνάμει του άρθρου 21, παράγραφος 1bis, του νόμου 109/1994, ευνοεί τις συμπράξεις με σκοπό τον ex ante επηρεασμό της διαδικασίας επιλογής.

44. Το κοινοτικό δίκαιο δεν παραμένει συναφώς στο περιθώριο.

45. Προδήλως, ο μηχανισμός αποκλεισμού των προσφορών, οι οποίες, σύμφωνα με την πρώτη παράγραφο της διατάξεως αυτής, προκύπτουν ως ασυνήθιστα χαμηλές, δεν δημιουργεί καθεαυτός δυσμενείς διακρίσεις, λαμβανομένου υπόψη του αντικειμενικού χαρακτήρα του. Με τις προτάσεις Lombardini και Mantovani εκθέτω ότι η ιταλική νομοθεσία προβλέπει έναν μαθηματικό και κατά συνέπεια αυτόματο μηχανισμό καθορισμού του κατωτάτου ορίου ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, απολύτως συνάδοντα με τον σκοπό της οδηγίας 93/37, ο οποίος διευκολύνει, για κάθε πρόσκληση υποβολής προσφορών, τον καθορισμό από τη σύμβαση δημοσίων έργων του ορίου πέραν του οποίου η προσφορά μπορεί να θεωρηθεί ως ασυνήθιστα χαμηλή. Όλοι οι υποψήφιοι αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο και ουδείς έχει πλεονέκτημα έναντι των άλλων για την προετοιμασία της προσφοράς του (σημεία 33 και 35). Επομένως, η άμεση απόρριψη των υποβαλόντων μη νομότυπες προσφορές, χωρίς να τους δίνεται η δυνατότητα να δώσουν διευκρινίσεις, δεν δημιουργεί δυσμενείς διακρίσεις.

46. Εν τούτοις, τούτο δεν συμβαίνει αν, δυνάμει καταχρηστικών συμφωνιών, ένας όμιλος επιχειρηματιών, συνήθως οι επιχειρηματίες που ασκούν δραστηριότητες στην εδαφική αγορά της προσκλήσεως προς υποβολή προσφορών, συμφωνεί να εκπονήσει ομοιογενείς προσφορές, με αμελητέες διαφορές, προσδίδοντας τον χαρακτήρα ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών στις προσφορές των ανταγωνιστών που παρέμειναν στο περιθώριο των συμφωνιών αυτών, χωρίς να τους δίνεται η δυνατότητα να αμυνθούν ή να αποδείξουν την ποιότητα της επιλογής τους.

47. Επομένως θίγεται η διαφάνεια και ο υγιής ανταγωνισμός, που είναι αρχές του κοινοτικού δικαίου στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων, καθόσον, όταν οι άτυχοι υποψήφιοι είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη, πρέπει να έχουν την ευκαιρία να αναπτύξουν την άποψή τους, αν υπάρχει βούληση αποφυγής απαγορευόμενης από τη Συνθήκη δυσμενούς διακρίσεως. Ο Δήμος του Τορίνο εξέθεσε, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση στην προδικαστική αυτή υπόθεση, ότι, κατόπιν της μη εφαρμογής της εθνικής διατάξεως, υπήρξε σημαντική μείωση των υποβληθεισών προσφορών με σκοπό να θιγεί ο ελεύθερος ανταγωνισμός.

48. Συνοπτικώς, όσον αφορά την ανάθεση συμβάσεων κοινοτικού ενδιαφέροντος, οι

προαναφερθείσες αρχές απαιτούν η συμβαλλόμενη αρχή να προβαίνει σε ακρόαση, στο πλαίσιο κατ' αντιπαράθεση συζητήσεως, των ισχυρισμών των επιχειρηματιών, των οποίων οι προσφορές χαρακτηρίστηκαν ως ασυνήθιστα χαμηλές. Κατά συνέπεια, εθνική νομοθεσία η οποία, για τις συμβάσεις δημοσίων έργων χαμηλότερης αξίας του προβλεπομένου με τις τομεακές οδηγίες ορίου, επιβάλλει τον αυτόματο αποκλεισμό των προσφορών αυτών, χωρίς ακρόαση των προσφερόντων, προσκρούει στις εν λόγω αρχές.

4. Το δικαίωμα χρηστής διοικήσεως

49. Σε αυτή την αντικειμενική και αόριστη προοπτική, που βαίνει πέραν των ατομικών συμφερόντων των επιχειρηματιών που έχουν εμπλακεί στη διαδικασία επιλογής, προστίθεται μια άλλη υποκειμενική προοπτική, όπου λαμβάνουν μεγάλη σημασία τα δικαιώματά τους και, ειδικότερα, η απαγόρευση να στερηθούν τα δικαιώματα άμυνας κατά τη διοικητική διαδικασία.

50. Η απαγόρευση αυτή να στερηθούν τα δικαιώματά τους άμυνας γίνεται ρητώς δεκτή από τις έννομες τάξεις όλων των κρατών μελών και αποτελεί μέρος του δικαιώματος χρηστής διοικήσεως, την οποία ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ενώσεως [35] διακηρύσσει με το άρθρο 41, στο κεφάλαιο V, περί των δικαιωμάτων των πολιτών. Με την παράγραφο 2 του άρθρου αυτού αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε προσώπου σε προηγούμενη ακρόαση προτού ληφθεί ατομικό μέτρο εις βάρος του.

51. Ο Χάρτης, του οποίου τη σημασία τόνισε προσφάτως το Δικαστήριο, συγκεκριμένα με την απόφαση της 27ης Ιουνίου 2006, Κοινοβούλιο κατά Συμβουλίου [36], και με την απόφαση της 8ης Μαΐου 2007, Advocaten voor de Wereld [37], απαιτεί να προβάλλει ο προσφέρων, προτού αποκλεισθεί, την άποψή του για να πείσει την αναθέτουσα αρχή περί της ορθότητας της προσφοράς του.

52. Συμφωνώ με την Επιτροπή ότι το δικαίωμα αυτό, θεωρούμενο μεμονωμένα, δεν απαιτεί πάντοτε την ακρόαση του φερομένου ως τολμηρού επιχειρηματία, δεδομένου ότι, κατ' αρχήν, προστατεύεται ήδη από την αμερόληπτη εξέταση των προσφορών, σύμφωνα με εκ των προτέρων καθορισμένα, αντικειμενικά και μη δημιουργούντα δυσμενείς διακρίσεις κριτήρια. Ωστόσο, ένας ανταγωνιστής που κινδυνεύει να αποκλεισθεί λόγω συμπράξεως των λοιπών ανταγωνιστών βρίσκεται σε μειονεκτική θέση, η οποία θα επιδεινωθεί αν, επιπλέον, δεν του δοθεί η δυνατότητα να εκφράσει την άποψή του.

35 — ΕΕ 2000, C 364, σ. 1.

36 — Υπόθεση C-540/03, Συλλογή 2006, σ. I-5769.

37 — Υπόθεση C-303/05, Συλλογή 2007, σ. I-3633. Περί της φύσεως του Χάρτη, βλ. τα σημεία 76 έως 79 των προτάσεών μου στην υπόθεση αυτή.

53. Επομένως, το δικαίωμα ακροάσεως από τη διοίκηση παρέχει επιχειρήματα κατά του αυτόματου αποκλεισμού των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, εφόσον, όπως διευκρίνισα, η έννοια της «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» είναι αόριστη νομική έννοια, η οποία πρέπει να συμπληρωθεί σε κάθε περίπτωση αναλόγως των χαρακτηριστικών των υποψηφίων.

54. Κατά συνέπεια, δεν συνιστάται, από απόψεως του δικαιώματος χρηστής διοικήσεως, να καταργηθεί η εξέταση των προσφορών, κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων, προτού ληφθεί απόφαση ως προς τη λυσιτέλειά τους, ακόμα και όσον αφορά συμβάσεις δημοσίων έργων που δεν υπάγονται στις τομεακές οδηγίες, διότι συνεπάγεται μείωση των προβλεπομένων με τις οδηγίες «ενδίκων μέσων» [38].

5. Το περιθώριο εκτιμήσεως των κρατών μελών

55. Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει εθνική νομοθεσία που επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές να απορρίπτουν αυτομάτως τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές για συμβάσεις δημοσίων έργων που διέπονται από τις οδηγίες περί του συντονισμού των διαδικασιών αναθέσεως των συμβάσεων· αντιθέτως, το κοινοτικό δίκαιο συστήνει να δίνεται στις αρχές αυτές η ευκαιρία να εκτιμούν, ανά περίπτωση, το συμφέρον κινήσεως διαδικασίας ακροάσεως για να εξακριβώνεται, κατ' αντιπαράθεση, η δομή τους [39].

56. Ωστόσο, η αυτονομία των κρατών μελών τα απαλλάσσει από την υποχρέωση να εφαρμόζουν το άρθρο 30, παράγραφος 4, της οδηγίας 93/37, και τους επιτρέπει να καθορίζουν τον τρόπο με τον οποίο προστατεύονται τα δικαιώματα που παρέχει στους πολίτες η κοινοτική έννομη τάξη, χωρίς άλλα όρια εκτός από αυτά που προκύπτουν από τις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας: δηλαδή ότι οι διαδικασίες δεν μπορούν να είναι λιγότερο ευνοϊκές από αυτές που προβλέπονται για την προστασία των δικαιωμάτων βάσει της εσωτερικής έννομης τάξεως και πρέπει να είναι ούτως οργανωμένες ώστε να μην καθιστούν τελικώς στην πράξη δυσχερή ή σχεδόν αδύνατο τον επιδιωκόμενο σκοπό [40].

38 — Η προπαρατεθείσα οδηγία 89/665 και η οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 76, σ. 14).

39 — Η απόφαση της 7ης Οκτωβρίου 2004, C-247/02, Sintesi (Συλλογή 2004, σ. I-9215), ακύρωσε εθνική διάταξη που επέβαλλε στην αναθέτουσα αρχή ένα μοναδικό κριτήριο συνάψεως δημοσίων συμβάσεων και δεν της επέτρεπε να λάβει υπόψη της τη φύση και τις ιδιαιτερότητες τέτοιων συμβάσεων, επιλέγοντας για κάθε μία από αυτές το πλέον κατάλληλο κριτήριο, ώστε να διασφαλιστεί ο ελεύθερος ανταγωνισμός και η επιλογή της καλύτερης προσφοράς (σκέψη 40).

40 — Κατά πάγια νομολογία, στην οποία περιλαμβάνεται η απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 1976, 33/76, Rewe (Συλλογή τόμος 1976, σ. 747) αποτελεί τον πρώτο κρίκο.

## VI — Πρόταση

57. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο Consiglio di Stato de la República Italiana, ως εξής:

«Ο εθνικός κανόνας, ο οποίος, ως προς τη διαδικασία αναθέσεως συμβάσεων δημοσίων έργων που αποκλείονται από τις συναφείς οδηγίες, επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή να απορρίπτει αυτομάτως τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, χωρίς καμία δυνατότητα εξετάσεως, κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων, προσκρούει στις αρχές του ελεύθερου, διαφανούς από διοικητική άποψη και μη δημιουργούντος δυσμενείς διακρίσεις λόγω ιθαγενείας ανταγωνισμού, οι οποίες διέπουν το κοινοτικό δίκαιο συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων, καθώς και στο δικαίωμα χρηστής διοικήσεως.»