ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
της 8ης Νοεμβρίου 2006 [1]

I — Εισαγωγή

1. Η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων άσκησε προσφυγή βάσει του άρθρου 226 ΕΚ, προκειμένου να αναγνωρισθεί από το Δικαστήριο ότι η Ιταλική Δημοκρατία παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ καθώς και από τις οδηγίες του Συμβουλίου περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (92/50/ΕΟΚ, της 18ης Ιουνίου 1992) [2], προμηθειών (93/36/ΕΟΚ, της 14ης Ιουνίου 1993) [3], δημοσίων έργων (93/37/ΕΟΚ, της 14ης Ιουνίου 1993) [4] και στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (93/38/ΕΟΚ, της 14ης Ιουνίου 1993) [5].

2. Κατά την Επιτροπή, η παράβαση προκύπτει από τα άρθρα 2, παράγραφοι 1 και 5, 17, παράγραφος 12, 27, παράγραφος 2, 28, παράγραφος 4, 30, παράγραφος 6 bis, 37 ter και 37 quater, παράγραφος 1, του νόμου-πλαισίου για τα δημόσια έργα (legge quadro in materia di lavori pubblici) (νόμος 109/94, της 11ης Φεβρουαρίου 1994) [6]. Η προσφυγή στηρίζεται στις εξής αιτιάσεις: 1) εξαίρεση των μικτών συμβάσεων από το πεδίο εφαρμογής του νόμου 109/94, αν τα έργα επικουρικού χαρακτήρα αντιπροσωπεύουν περισσότερο του 50 % της τιμής· 2) απευθείας ανάθεση των έργων στον κάτοχο οικοδομικής αδείας ή εγκεκριμένου οικιστικού σχεδίου, αν τα έργα αυτά έχουν μικρότερη αξία από τα κατώτατα όρια εφαρμογής της οδηγίας 93/37· 3) τρόπος αναθέσεως των έργων σχεδιασμού, διευθύνσεως και ελέγχου

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

2 — ΕΕ L 209, σ. 1, όπως τροποποιήθηκε με τις οδηγίες 97/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Οκτωβρίου 1997 (ΕΕ L 328, σ. 1), και 2001/78/ΕΚ της Επιτροπής, της 13ης Σεπτεμβρίου 2001 (ΕΕ L 285, σ. 1)· η οδηγία καταργήθηκε, με εξαίρεση το άρθρο 41 αυτής, με ισχύ από 31 Ιανουαρίου 2006, με 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).

3 — ΕΕ L 199, σ. 1, τροποποιηθείσα επίσης και στη συνέχεια καταργηθείσα με τις οδηγίες που μνημονεύονται στην προηγούμενη υποσημείωση.

4 — ΕΕ L 199, σ. 54, τροποποιηθείσα επίσης και στη συνέχεια καταργηθείσα με τις οδηγίες που μνημονεύονται στην υποσημείωση 2.

5 — ΕΕ L 199, σ. 84, όπως τροποποιήθηκε με τις οδηγίες 98/4/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 16ης Φεβρουαρίου 1998 (ΕΕ L 101, σ. 1), και 2001/78, και στη συνέχεια καταργηθείσα με την οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 1).

6 — *GURI* αριθ. 41, της 19ης Φεβρουαρίου 1994, όπως τροποποιήθηκε επανειλημμένως.

των έργων των οποίων η αξία είναι μικρότερη των κατώτατων κοινοτικών ορίων· 4) ανάθεση της διευθύνσεως των έργων στον καταρτίσαντα το σχέδιο, όταν ούτε η αναθέτουσα αρχή ούτε άλλες δημόσιες αρχές δεν μπορούν να αναλάβουν τούτο· 5) τρόπος αναθέσεως των έργων ελέγχου σε τρίτους, και 6) σύστημα παραχωρήσεως των έργων που χρηματοδοτούνται από ιδιωτικούς πόρους.

3. Οι αιτιάσεις αυτές θέτουν δύο ζητήματα γενικού ενδιαφέροντος που απαιτούν λεπτομερέστερη εξέταση: τα κριτήρια εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων δημοσίων συμβάσεων στις μικτές συμβάσεις και την τήρηση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως κατά την ανάθεση των συμβάσεων των οποίων η αξία είναι μικρότερη από τα κατώτατα όρια που προβλέπουν οι οδηγίες.

II — Το νομικό πλαίσιο

Α — *Η κοινοτική νομοθεσία*

1. Η Συνθήκη ΕΚ

4. Κατά το άρθρο 43, πρώτο εδάφιο, ΕΚ, «[σ]το πλαίσιο των κατωτέρω διατάξεων, οι περιορισμοί της ελευθερίας εγκαταστάσεως των υπηκόων ενός κράτους μέλους στην επικράτεια ενός άλλου κράτους μέλους απαγορεύονται. Η απαγόρευση αυτή εκτείνεται επίσης στους περιορισμούς για την ίδρυση πρακτορείων, υποκαταστημάτων ή θυγατρικών εταιριών από τους υπηκόους ενός κράτους μέλους που είναι εγκατεστημένοι στην επικράτεια άλλου κράτους μέλους».

5. Το άρθρο 49, πρώτο εδάφιο, ΕΚ ορίζει ότι, «[σ]το πλαίσιο των κατωτέρω διατάξεων, οι περιορισμοί της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στο εσωτερικό της Κοινότητας απαγορεύονται όσον αφορά τους υπηκόους των κρατών μελών που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος της Κοινότητας άλλο από εκείνο του αποδέκτου της παροχής».

2. Οι οδηγίες περί των δημοσίων συμβάσεων

6. Οι οδηγίες 92/50, 93/36, 93/37 και 93/38 εκδόθηκαν προκειμένου να θέσουν συγχρόνως σε εφαρμογή, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, την ελευθερία εγκαταστάσεως και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών που καθιερώνουν τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ. Από όλες τις διατάξεις των οδηγιών αυτών, ιδιαίτερη προσοχή πρέπει να δοθεί στους κανόνες οι οποίοι οριοθετούν τα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής και που καθορίζουν τα διάφορα κατώτατα όρια για τις συμβάσεις για τις οποίες η εκτιμώμενη αξία είναι μικρότερη από τους αναφερόμενους στις οδηγίες αριθμούς (άρθρα 7 της οδηγίας 92/50, 5 της οδηγίας 93/36, 6 της οδηγίας 93/37 και 14 της οδηγίας 93/38).

7. Θα αναφερθώ σε άλλες συγκεκριμένες διατάξεις αναλύοντας τους προβληθέντες ισχυρισμούς προς στήριξη της προσφυγής.

Β — *Η ιταλική νομοθεσία*

8. Οι προαναφερόμενες οδηγίες ενσωματώθηκαν στην ιταλική έννομη τάξη με τον νόμο 109/94, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 7 του νόμου 166, της 1ης Αυγούστου 2002 [7].

1. Οι μικτές συμβάσεις

9. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, του νόμου 109/94, που οριοθετεί την έννοια των δημοσίων έργων, περιλαμβάνει σ' αυτά τις οικοδομικές δραστηριότητες, τις δραστηριότητες κατεδαφίσεως, ανακτήσεως υλικών, αναδιαρθρώσεως, ανακαινίσεως και συντηρήσεως· επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής του νόμου στις μικτές συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών καθώς και στις συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών που περιλαμβάνουν παρεπόμενου χαρακτήρα έργα εκτιμώμενα πέραν του 50 % της τιμής.

10. Το άρθρο 3, παράγραφος 3, του νομοθετικού διατάγματος 157 της 17ης Μαρτίου 1995 [8], διαλαμβάνει τις ίδιες διατάξεις για τις μικτές συμβάσεις έργων και υπηρεσιών καθώς και για τις συμβάσεις υπηρεσιών που προβλέπουν έργα επικουρικού χαρακτήρα.

2. Τα έργα εξοπλισμού

11. Το άρθρο 2, παράγραφος 5, του νόμου 109/94 αποκλείει από το πεδίο εφαρμογής του: α) τις παρεμβάσεις οι οποίες εκτελούνται απευθείας από ιδιώτες προς αφαίρεση των εισφορών που συνδέονται με άδειες οικοδομής για την εκτέλεση οικοδομικών δραστηριοτήτων· β) τις παρεμβάσεις οι οποίες είναι συνέχεια υποχρεώσεων που αναφέρει το άρθρο 28, παράγραφος 5, του νόμου 1150 της 17ης Αυγούστου 1942 [9], και γ) ανάλογες παρεμβάσεις με εκείνες που προαναφέρονται. Αν το ποσό, λαμβανόμενο ατομικά όταν υπάρχουν περισσότερα έργα, υπερβαίνει τα κατώτατα κοινοτικά όρια, η ανάθεση πρέπει να γίνει σύμφωνα με την οδηγία 93/37.

12. Συναφώς, από τα άρθρα 1 και 31 του νόμου 1150/42 καθώς και από τα άρθρα 3

7 — Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti, *GURI* αριθ. 181, της 3ης Αυγούστου 2002.

8 — Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, *GURI* αριθ.104, της 6ης Μαΐου 1995.

9 — Legge urbanistica, *GURI* αριθ. 244, της 16ης Οκτωβρίου 1942.

και 11 του νόμου 10, της 28ης Ιανουαρίου 1977 [10], προκύπτει ότι ο κάτοχος της άδειας μπορεί να πραγματοποιήσει ο ίδιος τα έργα εξοπλισμού αφαιρώντας το συνολικό ή μέρος του κόστους από τους οφειλόμενους φόρους.

3. Η ανάθεση καταρτίσεως σχεδίων, διευθύνσεως και ελέγχου των έργων στις περιπτώσεις συμβάσεων ποσού μικρότερου από τα κατώτατα κοινοτικά όρια

13. Το άρθρο 17, παράγραφος 12, του νόμου 109/94 επιτρέπει στους αρμόδιους οργανισμούς να αναθέτουν τις υπηρεσίες καταρτίσεως σχεδίου και διευθύνσεως των έργων για τα οποία η εκτιμώμενη αξία είναι μικρότερη των 100 000 ευρώ για τομείς που αναφέρονται στην παράγραφο 1, στοιχεία d), e), f) και g), αφού διασφαλισθεί ότι ο επιλεγείς επιχειρηματικός φορέας διαθέτει επαγγελματική πείρα και ικανότητα και ότι η επιλογή αυτή αιτιολογείται.

14. Εξάλλου, το άρθρο 30, παράγραφος 6 bis, του εν λόγω νόμου επιτρέπει να ανατίθενται τα καθήκοντα ελέγχου σε τεχνικά γραφεία των αναθετουσών αρχών ή στους οργανισμούς ελέγχου που αναφέρει το σημείο a) της ίδιας αυτής παραγράφου· όταν η αξία των έργων δεν υπερβαίνει τα κατώτατα κοινοτικά όρια, τα καθήκοντα αυτά μπορούν να ανατίθενται σε πρόσωπα που απολαύουν της εμπιστοσύνης της αναθέτουσας αρχής.

10 — Norme per la edificabilità dei suoli, *GURI* αριθ. 27, της 29ης Ιανουαρίου 1977.

4. Η διεύθυνση των έργων

15. Κατά το άρθρο 27, παράγραφος 2, του νόμου 109/94, αν οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να αναλάβουν, στις περιπτώσεις που προβλέπει το άρθρο 17, παράγραφος 4, τη διεύθυνση των έργων, την αναθέτουν, κατά σειρά: 1) σε άλλες δημόσιες διοικήσεις· 2) στον καταρτίσαντα το σχέδιο που είναι επιφορτισμένος με τον φάκελο κατά το άρθρο 17, παράγραφος 4· ή 3) σε άλλους φορείς που επιλέγονται σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία.

5. Οι δραστηριότητες ελέγχου

16. Βάσει του άρθρου 28, παράγραφος 4, του νόμου 109/94, οι δραστηριότητες ελέγχου ανατίθενται σε έναν, δύο ή τρεις τεχνικούς οι οποίοι έχουν υψηλή και ειδική κατάρτιση ανάλογα με το είδος, την πολυπλοκότητα και την αξία των έργων· διορίζονται από τις αναθέτουσες αρχές κατόπιν επιλογής μεταξύ του προσωπικού της υπηρεσίας, εκτός από την περίπτωση ελλείψεως προσωπικού που διαπιστώνεται και επιβεβαιώνεται από τον υπεύθυνο της διαδικασίας.

17. Οι κανόνες αυτοί πρέπει να συμπληρωθούν με το άρθρο 188 του προεδρικού διατάγματος 554, της 21ης Δεκεμβρίου

1999 [11], που θέτει σε εφαρμογή τον νόμο 109/94. Από τις παραγράφους 1, 3, 8, 9, 11, 12 και 13 της εν λόγω διατάξεως προκύπτει ότι, εντός τριάντα ημερών από το τέλος των έργων, ο αναθέτων φορέας αναθέτει τα καθήκοντα ελέγχου στους συνεργάτες του, σε συνάρτηση με το είδος, την κατηγορία, την περιπλοκότητα και την αξία των παρεμβάσεων και βάσει κριτηρίων που καθορίζονται εκ των προτέρων· αν το διοριζόμενο πρόσωπο δεν πληροί τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, καλούνται εξωτερικοί ειδικοί, οι οποίοι περιλαμβάνονται στους καταλόγους του Ministero dei Lavori Pubblici (Υπουργείο Δημοσίων Έργων), των περιφερειών και των αυτόνομων επαρχιών. Ο αναθέτων φορέας εξακριβώνει τον ή τους επαγγελματίες οι οποίοι πληρούν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις και οι οποίοι απέκτησαν το δίπλωμά τους πριν από δέκα τουλάχιστον έτη —αν πρόκειται για έργα ποσού ίσου ή μεγαλύτερου των 5 000 000 ευρώ ή αν περιλαμβάνουν δομικά έργα— ή πριν από πέντε τουλάχιστον έτη —αν πρόκειται για έργα αξίας μικρότερης του 1 000 000 ευρώ· οι επαγγελματίες αυτοί υπόκεινται σε διάφορες απαγορεύσεις. Ελλείψει καταλόγου, ο αναθέτων φορέας έχει την ευχέρεια να αναθέσει τα εν λόγω καθήκοντα σε οποιονδήποτε πληροί τις προβλεπόμενες προϋποθέσεις.

6. Τα έργα που χρηματοδοτούνται από ιδιωτικά κεφάλαια

18. Τα άρθρα 37 bis, 37 ter και 37 quater του νόμου 109/94 αναφέρονται στην ανάθεση των δημοσίων έργων τα οποία χρηματοδοτούνται, εν όλω ή εν μέρει, από ιδιωτικούς φορείς.

19. Το άρθρο 37 bis επιτρέπει σε ιδιώτες να υποβάλλουν στις αναθέτουσες αρχές προτάσεις εκτελέσεως δημοσίων έργων ή έργων κοινής ωφελείας και να υπογράφουν τις αντίστοιχες συμβάσεις, που προβλέπουν τη χρηματοδότηση και τη διαχείριση των έργων· η αναθέτουσα αρχή δημοσιεύει ενδεικτική προκήρυξη αρκετά έγκαιρα.

20. Το άρθρο 37 ter περιγράφει τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου. Πρώτον, οι προτάσεις αξιοποιούνται υπό διάφορες επόψεις: οικοδομή, πολεοδομία, περιβάλλον, ποιότητα του σχεδίου, λειτουργικότητα, σκοπός, προσβασιμότητα του κοινού, απόδοση, κόστος διαχειρίσεως και συντηρήσεως, διάρκεια της παραχωρήσεως, προθεσμίες εκτελέσεως των έργων, εφαρμοστέα τιμολόγια, μέθοδος αναθεωρήσεως των τιμολογίων και οικονομική αξία των σχεδίων. Αφού διασφαλισθεί ότι κανένα στοιχείο δεν εμποδίζει την πραγματοποίηση της προτάσεως και αφού ακούσει τον επιχειρηματικό φορέα, αν ο τελευταίος το επιθυμεί, η αναθέτουσα αρχή επιλέγει την πρόταση που θεωρεί ότι ανταποκρίνεται προς το δημόσιο συμφέρον· στην περίπτωση αυτή, κατά το άρθρο 37 quater, παράγραφος 1, εφαρμόζει κλειστή διαδικασία με σκοπό να προκαλέσει δύο άλλες προσφορές. Η παραχώρηση ανατίθεται κατόπιν διαδικασίας διαπραγματεύσεων κατά την οποία η πρόταση του αναδόχου και οι δύο άλλες προσφορές εξετάζονται, με την ιδιομορφία που προκύπτει από το άρθρο 37 ter, in fine, ότι η κατακύρωση γίνεται υπέρ του αναδόχου ο οποίος, κατά τη διαδικασία, προσαρμόζεται στις αλλαγές που επιθυμεί η αναθέτουσα αρχή.

11 — Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni, *GURI* αριθ. 98, της 28ης Απριλίου 2000.

III — Η πριν από την άσκηση της προσφυγής διαδικασία

21. Η Επιτροπή, αφού έλαβε αρκετές καταγγελίες σχετικές με τα αποτελέσματα του νόμου 109/94 και έλαβε γνώση του σχεδίου που απέβλεπε στην τροποποίησή του, απευθύνθηκε στις ιταλικές αρχές, στις 12 Απριλίου 2002, για να τους αναφέρει ότι ορισμένες διατάξεις του νόμου αυτού ήσαν ασυμβίβαστες προς το κοινοτικό δίκαιο.

22. Η Ιταλική Δημοκρατία, με έγγραφο της 17ης Ιουνίου 2002 και κατά τη συνάντηση που πραγματοποιήθηκε στη Ρώμη στις 23 Ιουλίου 2002, δήλωσε ότι είχε την πρόθεση να τροποποιήσει σχετικώς τον νόμο 109/94.

23. Μετά τη θέσπιση της εν λόγω μεταρρυθμίσεως με τον νόμο 166/2002, η Επιτροπή έκρινε ότι ορισμένες διατάξεις του νόμου αυτού ήσαν αντίθετες προς την κοινοτική έννομη τάξη. Στις 19 Δεκεμβρίου 2002, η Επιτροπή απηύθυνε έγγραφο οχλήσεως προς την Ιταλική Δημοκρατία. Στις 15 Οκτωβρίου 2003, μη ικανοποιηθείσα από τη ληφθείσα απάντηση, η Επιτροπή απηύθυνε στο κράτος αυτό αιτιολογημένη γνώμη, προτού καταθέσει στο Δικαστήριο προσφυγή λόγω παραβάσεως βάσει του άρθρου 226 ΕΚ.

IV — Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

24. Με την προσφυγή, η οποία πρωτοκολλήθηκε στις 24 Σεπτεμβρίου 2004, ζητείται να αναγνωρισθεί ότι η Ιταλική Δημοκρατία, θεσπίζοντας τις διατάξεις των άρθρων 2, παράγραφος 1, 17, παράγραφος 12, 27, παράγραφος 2, 30, παράγραφος 6 bis, 37 ter και 37 quater, παράγραφος 1, του νόμου 109/94, που τροποποιήθηκε τελευταία με το άρθρο 7 του νόμου 166/2002· 2, παράγραφος 5, του νόμου 109/94, που τροποποιήθηκε τελευταία με τις συνδυασμένες διατάξεις των νόμων 166/2002, 1150/42 και 10/77, τροποποιηθείσες και συμπληρωθείσες μεταγενέστερα· 28, παράγραφος 4, του νόμου 109/94, σε συνδυασμό με τα άρθρα 188 του προεδρικού διατάγματος 554/99, 7 του προαναφερθέντος νόμου 166/2002, και 3, παράγραφος 3, του νομοθετικού διατάγματος 157/95, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τις οδηγίες 93/37, 93/36, 92/50 και 93/38, από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ καθώς και από τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως που συνιστούν το επιστέγασμά τους. Η Επιτροπή ζητεί επίσης να καταδικαστεί η Ιταλική Δημοκρατία στα δικαστικά έξοδα.

25. Με το υπόμνημά της αντικρούσεως, που κατέθεσε στις 16 Δεκεμβρίου 2004, η καθής καλεί την Επιτροπή να παραιτηθεί από την προσφυγή και, επικουρικώς, ζητεί από το Δικαστήριο να αναγνωρίσει τη συμφωνία προς το κοινοτικό δίκαιο των τροποποιήσεων που έγιναν στην ιταλική νομοθεσία που επικρίνεται με την αιτιολογημένη γνώμη, και να απορρίψει τις αιτιάσεις που αφορούν το «άρθρο 2, παράγραφος 5, του νόμου 109/94».

26. Το υπόμνημα απαντήσεως κατατέθηκε στις 26 Ιανουαρίου 2005 και το υπόμνημα ανταπαντήσεως στις 16 Μαρτίου 2005.

27. Με διάταξη της 6ης Απριλίου 2005, ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου επέτρεψε στο Βασίλειο των Κάτω Χωρών —το οποίο κατέθεσε τις παρατηρήσεις του στις 14 Ιουλίου 2005— και στη Φινλανδική Δημοκρατία —η οποία έπραξε το ίδιο στις 18 Ιουλίου 2005— να παρέμβουν προς υποστήριξη των αιτημάτων της Ιταλικής Δημοκρατίας [12], η οποία υπέβαλε τις παρατηρήσεις της επί των παρεμβάσεων αυτών στις 14 Σεπτεμβρίου 2005.

28. Μετά το πέρας της έγγραφης διαδικασίας, κανένας από τους διαδίκους δεν ζήτησε να αναπτύξει προφορικά τις παρατηρήσεις του και, στις 11 Ιουλίου 2006, η υπόθεση ήταν ώριμη για τη σύνταξη των ανά χείρας προτάσεων.

V — Οι μικτές συμβάσεις

29. Η αυτονομία της βουλήσεως συνεπάγεται την εμφάνιση νέων συμβατικών σχέσεων που συνδυάζουν τα στοιχεία διαφόρων κατηγοριών [13] προκειμένου να επιτευχθούν ευχερέστερα οι στόχοι που επιδιώκουν οι συμβαλλόμενοι.

30. Υπάρχουν άπειροι δυνατοί συνδυασμοί σε συνάρτηση με το περιεχόμενο των υποχρεώσεων [14], διότι μπορεί να συμβεί μια μόνο νομική πράξη να περιλαμβάνει περισσότερες, να υπάρχει πολλαπλότητα αντικειμένων και, στην κατάσταση αυτή, κάθε πράξη να συνεπάγεται διαφορετικές παροχές.

31. Η κυριότερη δυσχέρεια συνίσταται στην εξακρίβωση των εφαρμοστέων διατάξεων, από τις οποίες εξαρτώνται ορισμένα αποτελέσματα όπως η προσφυγή σε διαδικασία περισσότερο αυστηρή ή ο αποκλεισμός ορισμένων διαγωνιζομένων.

32. Η εξακρίβωση αυτή μπορεί να διενεργηθεί βάσει του κριτηρίου του συνδυασμού, χρησιμοποιώντας διατάξεις διαφορετικών προελεύσεων για τα στοιχεία της ίδιας συμβάσεως, ή με βάση το κριτήριο της

12 — Η Γαλλική Δημοκρατία, στην οποία επετράπη επίσης να παρέμβει, δεν κατέθεσε παρατηρήσεις.

13 — Για τον Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho,* εκδόσεις Ariel, Βαρκελώνη, 1994, σ. 456, η κατηγορία, ως τρόπος σκέψεως, χρησιμοποιείται «για να χαρακτηρίσει ακριβέστερα ορισμένα είδη εννόμων σχέσεων και, ειδικότερα, ορισμένα είδη δικαιωμάτων και ενοχικών σχέσεων συμβατικής φύσεως».

14 — Οι Moreno Molina, J. A., και Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados),* εκδόσεις La Ley, Μαδρίτη, 2002, σ. 36, υπογραμμίζουν ότι οι συμβάσεις αυτές προσφέρουν ένα ευρύ, πλούσιο και σύνθετο φάσμα.

απορροφήσεως, με τήρηση της κανονιστικής ρυθμίσεως της συμβάσεως στην οποία ανήκει το κυρίαρχο στοιχείο [15].

33. Το πρώτο κριτήριο επικεντρώνεται στη μοναδικότητα κάθε κατηγορίας, αλλά, αν ληφθούν υπόψη τα σοβαρά μειονεκτήματα που αυτό συνεπάγεται, δεν είναι σύνηθες να χρησιμοποιείται, εκτός, για παράδειγμα, στην περίπτωση των συμβάσεων οι οποίες, υπό τη φαινομένη τυπική ενότητα, περιλαμβάνουν πολλές συμβάσεις.

34. Το δεύτερο κριτήριο χρησιμοποιείται κανονικά σε καταστάσεις πιο σύνθετες, όπως εκείνες οι οποίες προβλέπονται ρητά στις οδηγίες, οι οποίες στηρίζονται στο αντικείμενο της συμβάσεως:

— Δημόσια σύμβαση που έχει ως αντικείμενο ταυτοχρόνως προϊόντα και υπηρεσίες εμπίπτει στην οδηγία 92/50, εφόσον η αξία των συγκεκριμένων υπηρεσιών υπερβαίνει την αξία των προϊόντων που περιλαμβάνονται στη σύμβαση [16].

— Δημόσια σύμβαση που έχει ως αντικείμενο την προμήθεια προϊόντων και, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθετήσεως και εγκαταστάσεως, εμπίπτει στην οδηγία 93/36 [17].

— Δημόσια σύμβαση που έχει ως αντικείμενο υπηρεσίες και παρεμπιπτόντως περιλαμβάνει την εκτέλεση έργων εμπίπτει στην οδηγία 92/50 [18].

— Δημόσια σύμβαση που έχει ως αντικείμενο συμβάσεις παραχωρήσεως δημοσίων έργων εμπίπτει στους ειδικούς κανόνες δημοσιότητας που διαλαμβάνει η οδηγία 93/37 [19].

35. Εξάλλου, η οδηγία 92/50 ορίζει ότι, αν σε μια σύμβαση ενσωματώνονται υπηρεσίες που περιλαμβάνονται στο παράρτημα ΙΙ Α και στο παράρτημα ΙΙ Β, η αξία των υπηρεσιών αυτών καθορίζει τους εφαρμοστέους κανόνες για τη σύναψη της συμβάσεως [20] (άρθρο 10) [21]. Η οδηγία 93/38 περιλαμβάνει ανάλογη διάταξη (άρθρο 17).

15 — García Macho, R., *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales,* εκδόσεις Tirant lo Blanch, Βαλένθια, 2003, σ. 91.

16 — Άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο δ΄, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18.

17 — Άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο γ΄, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18.

18 — Άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο δ΄, τρίτο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18.

19 — Άρθρο 1, παράγραφος 3, και τίτλος 3 (άρθρα 56 έως 65) της οδηγίας 2004/18.

20 — Ο γενικός εισαγγελέας Mischo, στα σημεία 31 έως 36 των προτάσεών του στην υπόθεση C-411/00, Felix Swoboda (απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 2002, Συλλογή 2002, σ. I-10567), προέβη σε διάκριση μεταξύ αυτής της περιπτώσεως, στην οποία οι εφαρμοστέες διατάξεις εξακριβώνονται στην ίδια την οδηγία, και τις προηγούμενες περιπτώσεις, στις οποίες αναφέρεται η οδηγία για την οποία πρόκειται. Το Δικαστήριο, στην ίδια οπτική, υπογράμμισε με την απόφασή του ότι η οδηγία 92/50 «διατυπώνει ένα σαφέστατο κριτήριο προσδιορισμού του συστήματος που διέπει μια σύμβαση απαρτιζόμενη από διάφορες υπηρεσίες», που βασίζεται στην αξία τους (σκέψη 52), αρνούμενο να στηριχθεί στο «κύριο αντικείμενο της συμβάσεως» (σκέψη 49).

21 — Άρθρο 22 της οδηγίας 2004/18.

36. Πάντως, οι εναλλακτικές αυτές λύσεις δεν εξαντλούν τις ενδεχόμενες δυνατότητες, οπότε, ενώπιον του κενού που εμφανίζουν οι οδηγίες, οι οποίες δεν διαλαμβάνουν ούτε κοινό πλαίσιο για όλες τις δημόσιες συμβάσεις [22], ο εθνικός νομοθέτης οφείλει να διευκρινίσει το καθεστώς των άλλων ειδών μικτών συμβάσεων, καθήκον για το οποίο διαθέτει ευρεία ευχέρεια εκτιμήσεως, περιοριζόμενη από τις οδηγίες και τη Συνθήκη.

37. Πρέπει να υπογραμμιστεί ότι οι οδηγίες στηρίζονται στο κύριο αντικείμενο της συμβάσεως και, όταν το αντικείμενο αυτό είναι πολλαπλό ή συνεπάγεται διάφορες παροχές, σε εκείνες των οποίων η αξία είναι υψηλότερη. Η χρήση αυτών των δύο κριτηρίων επιτρέπει να προσδιορίζεται το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής των οδηγιών.

38. Συγκεκριμένα, το κύριο αντικείμενο συνιστά το κεντρικό στοιχείο γύρω από το οποίο διαρθρώνεται η σύμβαση [23]. Έτσι, με την απόφασή του της 19ης Απριλίου 1994, C-331/92, Gestión Hotelera Internacional [24], το Δικαστήριο, εξετάζοντας σύμβαση η οποία αφορούσε συγχρόνως παραχώρηση πραγμάτων και εκτέλεση έργων [25], έκρινε ότι δεν υπήρχε λόγος να δοθεί περισσότερο βάρος στις εργασίες αυτές όταν έχουν παρεπόμενο χαρακτήρα, καίτοι το γεγονός αυτό πρέπει να εκτιμηθεί από το εθνικό δικαστήριο (σκέψεις 26 έως 29). Πάντως, η θέση αυτή πρέπει να μετριαστεί, διότι το καθεστώς που έχει εφαρμογή δεν εξαρτάται από τον χαρακτηρισμό των εργασιών ή των έργων ως «παρεπόμενων» (δέκατη έκτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/50 και άρθρο 1, στοιχείο α΄, in fine, της οδηγίας 93/36). Κατά συνέπεια, η απόφαση αυτή πρέπει να νοηθεί υπό το πνεύμα ότι οι παρεπόμενες υποχρεώσεις δεν είναι ικανές να προσδιορίσουν τους κανόνες που έχουν εφαρμογή, οι οποίοι πρέπει να εξακριβώνονται σύμφωνα με το κριτήριο της υπεροχής [26].

39. Όσον αφορά την αξία των παροχών, το στοιχείο αυτό φαίνεται, αν ληφθεί υπόψη η ουσιώδης λειτουργία που επιτελεί — ανεξαρτήτως του αν η δημόσια σύμβαση περιλαμβάνεται ή όχι στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών—, ως αντικειμενικό κριτήριο που δεν πρέπει να αγνοείται στο πλαίσιο εξακριβώσεως του αντικειμένου ή της κύριας παροχής. Υπό το πνεύμα αυτό, το Δικαστήριο, με την απόφασή του της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, Teckal [27],

22 — Ανεξάρτητα απ' ό,τι ορίζουν τα εθνικά αστικά δίκαια. Messineo, F., *Doctrina general del contrato,* τόμος Ι, εκδόσεις Rubinzal-Culzoni, Μπουένος Άιρες, 1985, σ. 382, που εξετάζει το πρόβλημα υπό την πτυχή αυτού του κλάδου του δικαίου, μνημονεύει το άρθρο 1323 του ιταλικού αστικού κώδικα, κατά το οποίο «όλες οι συμβάσεις, ακόμη και αυτές που δεν εμπίπτουν σε ειδικό καθεστώς, υπόκεινται στις γενικές διατάξεις που περιλαμβάνει ο παρών τίτλος» (ο τίτλος ΙΙ του ενοχικού δικαίου).

23 — Άρθρο 1, στοιχείο α΄, των οδηγιών 93/36 και 93/37· άρθρο 1, σκέψη 4, της οδηγίας 93/38· δέκατη αιτιολογική σκέψη και άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18.

24 — Συλλογή 1994, σ. I-1329.

25 — Στο σημείο 19 των προτάσεών του στην υπόθεση αυτή, ο γενικός εισαγγελέας Lenz έκρινε ότι το προδικαστικό ερώτημα αφορούσε διαγωνισμό για την παραχώρηση δημιουργίας και εκμεταλλεύσεως καζίνο, καθώς και την εκμετάλλευση ξενοδοχείου, συνεπαγόμενο την υποχρέωση εκτελέσεως εργασιών διαρρυθμίσεως.

26 — Ο Greco, G., «Contratti "misti" e appalti comunitari», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 1994, σ. 1265, υποστηρίζει ότι το κριτήριο της υπεροχής είναι το πλέον πρόσφορο για τον καθορισμό του εφαρμοστέου καθεστώτος στις περισσότερες των περιπτώσεων των μικτών συμβάσεων, διότι αυτό που αφορά τον παρεπόμενο χαρακτήρα των παροχών είναι πολύ συχνά ανεπαρκές.

27 — Συλλογή 1999, σ. I-8121.

ερμηνεύοντας a contrario το άρθρο 2 της οδηγίας 92/50, έκρινε ότι δημόσια σύμβαση που έχει ως αντικείμενο συγχρόνως προϊόντα και υπηρεσίες εμπίπτει στις διατάξεις που έχουν εφαρμογή στα πρώτα, όταν η «αξία» των προϊόντων υπερβαίνει εκείνη των υπηρεσιών (σκέψη 38), κρίση στην οποία εμμένει και στην απόφαση της 11ης Μαΐου 2006, C-340/04, Carbotermo και Consorzio Alisei [28] (σκέψεις 31 και 47).

41. Κατά συνέπεια, η προσφυγή λόγω παραβάσεως για παράβαση της κοινοτικής έννομης τάξεως έχει ευρύτατο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής, διότι δεν αφορά μόνον την κατηγορία του παραγώγου δικαίου, εντός της οποίας οι οδηγίες συνιστούν το ιδεώδες πεδίο για αυτό το είδος των διαδικασιών.

VI — Οι αρχές του κοινοτικού δικαίου που έχουν εφαρμογή στις εξαιρούμενες συμβάσεις

42. Γίνεται έτσι αντιληπτό ότι η προσφεύγουσα παρέλειψε να επικαλεσθεί τη μη συμφωνία της ιταλικής νομοθεσίας προς ορισμένες διατάξεις των οδηγιών περί των δημοσίων συμβάσεων και επικεντρώνεται στο να καταδείξει την παραβίαση των αρχών του κοινοτικού δικαίου που διαπνέουν τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ.

Α — *Προσφυγή λόγω παραβάσεως για παραβίαση των αρχών του κοινοτικού δικαίου*

40. Από το άρθρο 10 ΕΚ προκύπτει ότι η συμμετοχή στην Κοινότητα συνεπάγεται δύο υποχρεώσεις για τα κράτη που είναι μέλη της: η μία θετική, δηλαδή να λαμβάνουν «κάθε γενικό ή ειδικό μέτρο κατάλληλο να εξασφαλίσει την εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν» από τη Συνθήκη ή «προκύπτουν από πράξεις των οργάνων»· η άλλη αρνητική, δηλαδή «να απέχουν από κάθε μέτρο που δύναται να θέσει σε κίνδυνο την πραγματοποίηση των σκοπών» της Συνθήκης. Τα άρθρα 226 ΕΚ και 227 ΕΚ παρέχουν στην Επιτροπή και στα κράτη μέλη τη δυνατότητα να προσφύγουν στο Δικαστήριο όταν φρονούν ότι ένα κράτος μέλος παρέβη τις υποχρεώσεις αυτές.

43. Συγκεκριμένα, εκκινώντας από τη διαπίστωση ότι το νομικό καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων διαφέρει σε συνάρτηση με την υπαγωγή των τελευταίων στις οδηγίες σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία ενσωματώσεως, η Επιτροπή στηρίζει την προσφυγή της στην έλλειψη ρητής διατάξεως που να επιβάλλει την τήρηση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως κατά την ανάθεση των συμβάσεων που εξαιρούνται λόγω της αξίας τους.

Β — *Οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως που έχουν εφαρμογή στις συμβάσεις που εξαιρούνται από τις οδηγίες*

44. Σε προηγούμενες προτάσεις, υποστήριξα ότι η ανάπτυξη ενός ανοικτού ανταγωνισμού

28 — Συλλογή 2006, σ. I-4137.

στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων δεν μπορεί να είναι πραγματική παρά μόνον αν οι υποψήφιοι στον διαγωνισμό αντιμετωπίζονται βάσει της αρχής της ισότητας και κανείς απ' αυτούς δεν τυγχάνει οποιασδήποτε αδικαιολόγητης προτιμήσεως· συναφώς, δεν αρκεί η διαδικασία να υπόκειται σε εξισορροπημένους κανόνες, θα πρέπει επίσης να διασφαλίζεται η δημοσιότητα [29].

45. Το Δικαστήριο εξέτασε ήδη σε άλλες ευκαιρίες το ζήτημα της επιπτώσεως των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως στον τομέα της συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων που, λόγω της αξίας τους, δεν εμπίπτουν ούτε στις οδηγίες ούτε, κατά συνέπεια, στους κανόνες μεταφοράς των οδηγιών στο εσωτερικό δίκαιο.

46. Με την απόφασή του της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telaustria και Telefonadress [30], το Δικαστήριο έκρινε ότι, όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38, «οι αναθέτοντες φορείς, όταν τις συνάπτουν, υποχρεούνται, εντούτοις, να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης εν γένει και την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας ειδικότερα» (σκέψη 60). Κατά την απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, Unitron Scandinavia και 3-S [31], η αρχή αυτή συνεπάγεται την «υποχρέωση διαφάνειας» η οποία επιτρέπει να διασφαλίζεται η τήρηση της αρχής αυτής (σκέψη 31) και η οποία διασφαλίζει, κατά την πρώτη προπαρατεθείσα απόφαση, «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» (σκέψη 62). Βάσει αυτού, όπως έκρινε το Δικαστήριο με την απόφασή του της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen [32], η πλήρης έλλειψη ανταγωνισμού «δεν είναι σύμφωνη προς τις επιταγές των άρθρων 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, ούτε προς τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως, της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων και της διαφάνειας» (σκέψη 50), έστω και αν, κατά την απόφαση της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, Coname [33], η διαφάνεια δεν συνεπάγεται την «υποχρέωση προκηρύξεως διαγωνισμού» (σκέψη 21).

47. Οι αρχές αυτές, επιβεβαιωθείσες στη συνέχεια [34], στηρίζονται επομένως στη διάκριση μεταξύ των δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής των οδηγιών, που πρέπει να υπόκεινται στις διαδικασίες που προβλέπουν τα κείμενα αυτά, και εκείνες οι οποίες εξαιρούνται και υπάγονται μόνο στις θεμελιώδεις αρχές [35].

29 — Σημεία 24 έως 29 και 21 έως 26 των προτάσεών μου στις υποθέσεις Lombardini και Mantovani (απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001, C-285/99 και C-286/99, Συλλογή 2001, σ. I-9233), και ATI EAC κ.λπ. (απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 2005, C-331/04, Συλλογή 2005, σ. I-10109), αντιστοίχως.

30 — Συλλογή 2000, σ. I-10745. **Με την απόφαση αυτή, το** Δικαστήριο επικεντρώθηκε κυρίως στο ζήτημα του αν η οικεία δημόσια σύμβαση περιλαμβάνεται, αν ληφθεί υπόψη το ειδικό αντικείμενό της —η «κατάρτιση και έκδοση εντύπων και ηλεκτρονικώς χρησιμοποιουμένων πινάκων συνδρομητών (τηλεφωνικών καταλόγων)» (σκέψη 19)—, στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 93/38 και όχι σε εκείνο της οδηγίας 92/50 (σκέψεις 31 έως 40).

31 — Συλλογή 1999, σ. I-8291.

32 — Συλλογή 2005, σ. I-8585.

33 — Συλλογή 2005, σ. I-7287.

34 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, ANAV (Συλλογή 2006, σ. I-3303, σκέψη 18).

35 — Βλ., υπό το πνεύμα αυτό, διάταξη της 3ης Δεκεμβρίου 2001, C-59/00, Vestergaard (Συλλογή 2001, σ. I-9505, σκέψεις 19 έως 21).

Γ — *Το περιεχόμενο της υποχρεώσεως τηρήσεως της διαφάνειας και της ισότητας*

48. Αφού αναγνωρίστηκε η υποχρέωση να διασφαλίζεται η διαφάνεια και η ισότητα κατά τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων που εκφεύγουν από τους ειδικούς κανόνες, πρέπει να οριοθετηθεί η υποχρέωση αυτή εξετάζοντας αν πρέπει να αντικατοπτρίζεται στο γραπτό δίκαιο.

49. Με την προαναφερθείσα απόφαση Coname, το Δικαστήριο δεν διέλυσε την αβεβαιότητα αυτή, παρά τη λεπτομερή μελέτη στην οποία προέβη η γενική εισαγγελέας Stix-Hackl με τις προτάσεις της. Πάντως, αρκετές εκκρεμούσες υποθέσεις μπορούσαν να επαναφέρουν τη συζήτηση [36].

50. Κατ' αντίθεση προς τις υποθέσεις αυτές, οι οποίες αφορούν συγκεκριμένες δημόσιες συμβάσεις, η παρούσα διαφορά έχει ευρύτερο χαρακτήρα που μας υποχρεώνει να λάβουμε υπόψη τις οδηγίες και τη Συνθήκη.

1. Η παραπομπή στις οδηγίες

51. Όπως υπογράμμισε το Δικαστήριο στην απόφασή του της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau [37], ο κύριος στόχος των κοινοτικών κανόνων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων δεν είναι μόνον η ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών, αλλά και ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός εντός όλων των κρατών μελών (σκέψη 44) [38].

52. Ωστόσο, η ανάγνωση των οδηγιών αποκαλύπτει την έλλειψη πλήρους κωδικοποιήσεως εντός της Ευρωπαϊκής Ενώσεως [39]. Συγκεκριμένα, οι οδηγίες αφορούν κατ' ουσίαν τη σύναψη —έστω και αν επηρεάζουν και άλλα στάδια όπως η εκτέλεση της συμβάσεως—, αποκλείουν ορισμένες συμβάσεις και, τέλος, δεν περιλαμβάνουν γενικές διατάξεις που να εφαρμόζονται στις εξαιρούμενες συμβάσεις.

53. Ο περιορισμός της κανονιστικής ρυθμίσεως στην προετοιμασία της ζήτησης προσφορών, στη διαδικασία και στα είδη του

36 — Υποθέσεις Επιτροπή κατά Ιρλανδίας (C-507/03) και Επιτροπή κατά Ιρλανδίας (C-532/03), στις οποίες προσάπτεται στο κράτος αυτό η σύναψη των συμβάσεων υπηρεσιών χωρίς να δημοσιεύεται προηγουμένως καμία προκήρυξη· η γενική εισαγγελέας Stix-Hackl ανέπτυξε τις προτάσεις της στις δύο αυτές υποθέσεις στις 14 Σεπτεμβρίου 2006. Βλ., επίσης, υπόθεση Επιτροπή κατά Φινλανδίας (C-195/04), στην οποία η επ' ακροατηρίου συζήτηση διεξήχθη στις 8 Ιουνίου 2006, και η οποία αφορά τη σύναψη συμβάσεως που αφορά εξοπλισμό ομαδικής εστιάσεως.

37 — Συλλογή 2005, σ. I-1.

38 — Παρά το ότι οι διατάξεις αυτές πληρούν άλλους στόχους, όπως η εξασφάλιση των οικονομικών συμφερόντων της διοικήσεως, μετριάζοντας τις τιμές· García-Trevijano Garnica, J. A., «Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión», σε *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas,* coor. Pendás, B., εκδόσεις Praxis, Βαρκελώνη, 1995, σ. 258.

39 — Millett, T., «Les marchés publics en droit communautaire», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* αριθ. 452, Οκτώβριος-Νοέμβριος 2001, σ. 630. Ο Piñar Mañas, J. L., στο συλλογικό έργο *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas,* 2η έκδοση, εκδόσεις Civitas, Μαδρίτη, 2004, σ. 79, παρατηρεί ωστόσο ότι οι οδηγίες «ανοίγουν τον δρόμο για ένα κοινό καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων».

διαγωνισμού, που προκύπτει από τον ίδιο τον τίτλο των οδηγιών, δικαιολογείται από το γεγονός ότι πρόκειται για φάσεις οι οποίες επηρεάζουν την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, την ελευθερία εγκαταστάσεως, την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών και τις αρχές που απορρέουν από τις ελευθερίες αυτές.

54. Επίσης, μπορεί να γίνει κατανοητός ο αποκλεισμός ορισμένων συμβάσεων λόγω του ευαίσθητου αντικειμένου τους —όπως είναι οι μυστικές συμβάσεις ή εκείνες που επιβάλλουν ειδικά μέτρα ασφαλείας— λόγω του ότι εμπίπτουν σε άλλες οδηγίες —για παράδειγμα στον τομέα των τηλεπικοινωνιών— ή λόγω της αξίας τους, με το δικαιολογητικό ότι είναι μικρής σημασίας.

55. Φαίνεται δυσχερέστερο να δικαιολογηθεί η έλλειψη κοινής κανονιστικής ρυθμίσεως για όλες τις δημόσιες συμβάσεις που να περιλαμβάνει κριτήρια περί της ισότητας των ευκαιριών, της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της δημοσιότητας —και με τις αναγκαίες εξαιρέσεις [40]—, διότι τέτοια κριτήρια βαίνουν προς την κατεύθυνση των κοινοτικών στόχων χωρίς ωστόσο να δημιουργούν ανυπέρβλητα εμπόδια.

56. Ο νομοθέτης κάθε κράτους μέλους έχει την ευχέρεια να συμπληρώσει αυτό το κενό, δεν είναι όμως υποχρεωμένος να καθορίσει κανόνες οι οποίοι δεν έχουν ακόμη θεσπιστεί με το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο. Έτσι, πρέπει να υπομνησθεί ότι, κατά το άρθρο 249 ΕΚ, «[η] οδηγία δεσμεύει κάθε κράτος μέλος στο οποίο απευθύνεται, όσον αφορά το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, αλλά αφήνει την επιλογή του τύπου και των μέσων στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών», πράγμα που σημαίνει ότι η μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο πρέπει να περιλαμβάνει ολόκληρη την οδηγία, μόνον όμως την οδηγία.

57. Κατά συνέπεια, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, ούτε ο σκοπός, ούτε το περιεχόμενο, ούτε η πρακτική αποτελεσματικότητα των οδηγιών περί των δημοσίων συμβάσεων επιβάλλουν όπως οι αρχές που τις διαπνέουν μνημονεύονται ρητά στις έννομες τάξεις των κρατών μελών στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής των εν λόγω οδηγιών.

2. Η παραπομπή στη Συνθήκη

58. Με την απόφασή του της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας [41], το Δικαστήριο έκρινε ότι τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ συνιστούν συγκεκριμένη έκφραση της

40 — Το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές «αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια». Τα άρθρα 4 έως 6 διαλαμβάνουν ορισμένους κανόνες που έχουν εφαρμογή στο σύνολο των δημοσίων συμβάσεων, που αφορούν τους «οικονομικούς φορείς», τους «όρο[υς] σχετικά με τις συμφωνίες που έχουν συναφθεί στο πλαίσιο του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου» και την «εχεμύθεια»· ωστόσο, κατά το άρθρο 7, οι διατάξεις αυτές, όπως τα άλλα άρθρα της οδηγίας, αφορούν μόνο τις συμβάσεις «που δεν εξαιρούνται».

41 — Συλλογή 1989, σ. 4035.

αρχής της ίσης μεταχειρίσεως (σκέψη 8), η οποία, κατά την απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου [42], σημαίνει ότι όλοι οι προσφέροντες πρέπει να έχουν ίσες ευκαιρίες όταν υποβάλλουν τις προσφορές τους, ανεξάρτητα από την ιθαγένεια (σκέψεις 33 και 54).

59. Η κοινολόγηση των δυνατοτήτων συνάψεως συμβάσεων αποτελεί το στοιχείο κλειδί στην εφαρμογή των αρχών της Συνθήκης, η οποία ωστόσο, δεν περιλαμβάνει κανένα κριτήριο σχετικό με τον τρόπο συντάξεως των διακηρύξεων. Συναφώς, η νομολογία άφησε ελεύθερη την οδό, παρά το ότι επιβάλλει ορισμένους ελάχιστους κανόνες. Έτσι, μεταξύ των αποφάσεων που έχουν ήδη παρατεθεί, εκείνη της 13ης Οκτωβρίου 2005, Parking Brixen, αναφέρει ότι «στην αναθετούσα δημόσια αρχή εναπόκειται να προσδιορίσει, υποκείμενη στον έλεγχο των αρμόδιων εθνικών δικαστηρίων, το είδος του διαγωνισμού που ανταποκρίνεται στις ιδιομορφίες της επίμαχης παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας», όμως η μη διεξαγωγή οποιουδήποτε διαγωνισμού δεν είναι σύμφωνη προς τους κανόνες που έχουν εφαρμογή (σκέψη 50, με παράθεση των σκέψεων 61 και 62 της αποφάσεως Telaustria και Telefonadress) [43], ιδέα η οποία μπορεί να μεταφερθεί σε κάθε είδος δημόσιας συμβάσεως.

60. Με την προπαρατεθείσα απόφαση Coname, το Δικαστήριο επέμεινε στις προαναφερθείσες πτυχές εξετάζοντας την απευθείας ανάθεση, από ιταλικό οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως, της υπηρεσίας συντηρήσεως, διαχειρίσεως και εποπτείας των εγκαταστάσεων διανομής μεθανίου. Εφόσον επρόκειτο για σύμβαση που εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής των οδηγιών, το Δικαστήριο επικαλέστηκε το πρωτογενές δίκαιο (σκέψη 16) και παρατήρησε ότι η μη τήρηση της διαφάνειας συνεπαγόταν έμμεση δυσμενή διάκριση αντίθετη προς τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ (σκέψεις 17 έως 19), που μπορούσε να δικαιολογηθεί λόγω «ιδιαίτερων περιστάσεων, όπως είναι το πολύ περιορισμένο οικονομικό ενδιαφέρον», που επιτρέπει ευλόγως να υποστηριχθεί ότι η εν λόγω παραχώρηση δεν θα ενδιέφερε τις επιχειρήσεις άλλων χωρών και ότι «οι συνέπειες για τις οικείες θεμελιώδεις ελευθερίες θα έπρεπε συνεπώς να θεωρηθούν υπερβολικά τυχαίες και έμμεσες ώστε να μπορεί να συναχθεί ενδεχόμενη προσβολή των ελευθεριών αυτών» (σκέψη 20).

61. Σε μια ευρύτερη οπτική, η γενική εισαγγελέας Stix-Hackl, με τις προτάσεις της στην υπόθεση Coname, εξέφρασε αμφιβολίες επί του ζητήματος αν οι θεμελιώδεις ελευθερίες επιβάλλουν ενιαίους κανόνες για όλους τους διαγωνισμούς (σκέψη 70) και πρότεινε ένα απλοποιημένο καθεστώς το οποίο θα καθόριζε τις κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων σε συνάρτηση με τη σπουδαιότητά τους σε σχέση με την εσωτερική αγορά (σκέψεις 75 επ.).

62. Τα προηγούμενα στοιχεία μου επιτρέπουν να καταλήξω, αφενός, στο ότι οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως που διαλαμβάνει η Συνθήκη έχουν εφαρμογή

42 — Συλλογή 1996, σ. I-2043.

43 — Στο σημείο 43 των προτάσεών του στην υπόθεση αυτή, ο γενικός εισαγγελέας Fennelly εξήγησε ότι «η ουσιαστική τήρηση της αρχής της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας επιβάλλει να τηρείται κατά τη σύναψη των παραχωρήσεων ένας ελάχιστος βαθμός δημοσιότητας και διαφάνειας», παρά το ότι τούτο δεν συνεπάγεται, κατ' αυτόν, ότι «η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να εφαρμόσει κατ' αναλογία τις διατάξεις των οδηγιών» που ασκούν επιρροή.

σε όλες τις περιστάσεις, χωρίς να πρέπει να προβλέπουν τούτο οι διατάξεις του παραγώγου δικαίου ή του εθνικού δικαίου [44] και, αφετέρου, ότι, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, ο καθορισμός του βαθμού κοινοποιήσεως των προσφορών απόκειται σε κάθε κράτος μέλος, με ορισμένα όρια.

Δ — *Συμπέρασμα*

63. Υπό το φως της προηγούμενης ερμηνείας, φρονώ ότι ούτε οι οδηγίες ούτε η Συνθήκη επιβάλλουν στα κράτη μέλη να προβλέπουν ρητά, όσον αφορά τις εξαιρούμενες συμβάσεις, γενικές διατάξεις σχετικά με την εφαρμογή των αρχών της διαφάνειας, της ίσης μεταχειρίσεως και της δημοσιότητας που επιβάλλει ο ελεύθερος ανταγωνισμός. Ένα κράτος μέλος το οποίο θεσπίζει τέτοιους κανόνες το πράττει σε συνάρτηση με την ελεύθερη βούλησή του και όχι για να συμμορφωθεί με υποχρέωση απορρέουσα από την ιδιότητά του ως μέλους της Ενώσεως.

64. Η αντίθετη λύση θα συνεπαγόταν σημαντικές πρακτικές δυσχέρειες, τις οποίες αναφέρει στις προτάσεις της η γενική εισαγγελέας Stix-Hackl στην υπόθεση Coname, όπως η επιλογή του τρόπου δημοσιεύσεως ή το ελάχιστο περιεχόμενο της προκηρύξεως (σημεία 96 και 97), διότι οι οδηγίες προβαίνουν σε διαφοροποίηση αναλόγως της αξίας των παροχών. Μια τέτοια λύση θα απέκλινε επίσης από τη νομολογία του Δικαστηρίου, το οποίο, με την απόφαση Coname, δέχθηκε ορισμένες περιπτώσεις απευθείας αναθέσεως, χωρίς υποβολή προσφορών (σκέψη 21).

65. Σε κάθε περίπτωση, είναι ακόμη δυνατό να ελέγχεται η συμφωνία των ατομικών πράξεων προς τις αρχές αυτές, όπως το έπραξε το Δικαστήριο, για παράδειγμα, με τις αποφάσεις Parking Brixen και Coname, προπαρατεθείσες [45].

VII — Εξέταση των λόγων που προβάλλονται προς στήριξη της προσφυγής

Α — *Προκαταρκτική παρατήρηση*

66. Στην αρχή των ανά χείρας προτάσεων ανέφερα ότι η Επιτροπή προσάπτει στην Ιταλική Δημοκρατία ότι παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων αφού απέκλεισε, με δύο τρόπους κατ' ουσίαν, ορισμένους διαγωνισμούς από το πεδίο εφαρμογής των κανόνων και των αρχών της κοινοτικής νομοθεσίας: πρώτον, αναγάγοντας τις παρεπόμενες εργασίες ως το μόνο κριτήριο που επιτρέπει να προσδιορίζεται το νομικό καθεστώς των μικτών

44 — Πάντως, ο Ιταλός νομοθέτης επέμεινε στις αρχές αυτές με τη μεταρρύθμιση του 2005, στην οποία θα αναφερθώ κατωτέρω.

45 — Βλ., επίσης, εκκρεμούσες υποθέσεις C-507/03, C-532/03 και C-195/04, που περιγράφονται στην υποσημείωση 36.

συμβάσεων και, δεύτερον, παραλείποντας να αναφέρει ότι, όταν οι εργασίες αυτές δεν ανέρχονται στα κατώτατα όρια που ορίζουν οι οδηγίες, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως που απορρέουν από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ πρέπει να τηρούνται.

67. Παρά το ότι η καθής κυβέρνηση αρνείται ότι οι διατάξεις της έννομης τάξης της σχετικά με την πραγματοποίηση των εργασιών από ιδιώτες που προκύπτουν από τη μείωση των φόρων οικοδομικών αδειών είναι αντίθετες προς το κοινοτικό δίκαιο, προσθέτει ότι οι άλλες ασυμβατότητες που διαπίστωσε η προσφεύγουσα έχουν εκλείψει κατόπιν των τροποποιήσεων που απορρέουν από τον νόμο 62/2005, της 18ης Απριλίου 2005 [46].

68. Αρκεί να υπομνησθεί εδώ ότι, κατά τη νομολογία, η ύπαρξη παραβάσεως πρέπει να εκτιμάται σε συνάρτηση με την κατάσταση του κράτους μέλους όπως αυτή εμφανιζόταν μετά τη λήξη της προθεσμίας που καθορίστηκε με την αιτιολογημένη γνώμη και ότι οι μεταβολές που πραγματοποιήθηκαν στη συνέχεια δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη από το Δικαστήριο [47].

69. Κατά συνέπεια, στην υπό κρίση υπόθεση, πρέπει να ληφθεί υπόψη η νομοθεσία που ίσχυε κατά τη λήξη της προθεσμίας των δύο μηνών που τάχθηκε με την αιτιολογημένη γνώμη της 15ης Οκτωβρίου 2003 και όχι οι μεταγενέστερες τροποποιήσεις.

B — *Η οριοθέτηση των μικτών συμβάσεων*

70. Οι μικτές συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών καθώς και οι συμβάσεις προμηθειών και οι συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες περιλαμβάνουν παρεπόμενες εργασίες πρέπει να τηρούν την ιταλική νομοθεσία ενσωματώσεως [των οδηγιών], αν οι εργασίες αυτές αντιπροσωπεύουν περισσότερο του 50 % της αξίας (άρθρο 2, παράγραφος 1, του νόμου 109/94 και, κατά τον ίδιο τρόπο, άρθρο 3, παράγραφος 3, του νομοθετικού διατάγματος 157/95). Η οικονομική αποτίμηση ενός στοιχείου αυτού του είδους των συμβάσεων συνιστά επομένως το αποκλειστικό κριτήριο εφαρμογής του νόμου.

71. Η Επιτροπή, στηριζόμενη στην απόφαση Gestión Hotelera Internacional, προπαρατεθείσα, υποστηρίζει ότι το εφαρμοστέο νομικό καθεστώς πρέπει να εξαρτάται από το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως, που ορίζεται, μεταξύ άλλων παραγόντων και όχι αποκλειστικά, από την αξία των παροχών, διότι, στην αντίθετη περίπτωση, θα αποκλείονταν οι μικτές συμβάσεις των οποίων η εκτιμώμενη αξία υπερβαίνει τα κατώτατα όρια των οδηγιών 92/50 και 93/36, αλλά των οποίων

46 — Νόμος σχετικά με ορισμένες διατάξεις προς εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την ιδιότητα της Ιταλίας ως μέλους των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων —κοινοτικός νόμος του 2004 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee — Legge comunitaria 2004, τακτικό συμπλήρωμα *GURI* αριθ. 96, της 27ης Απριλίου 2-005).

47 — Αποφάσεις της 27ης Νοεμβρίου 1990, C-200/88, Επιτροπή κατά Ελλάδας (Συλλογή 1990, σ. I-4299, σκέψη 13)· της 2ας Μαΐου 1996, C-133/94, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1996, σ. I-2323, σκέψη 17)· της 30ής Ιανουαρίου 2002, C-103/00, Επιτροπή κατά Ελλάδας (Συλλογή 2002, σ. I-1147, σκέψη 23), και της 13ης Μαρτίου 2003, C-333/01, Επιτροπή κατά Ισπανίας (Συλλογή 2003, σ. I-2623, σκέψη 8).

η αξία είναι μικρότερη εκείνων της οδηγίας 93/37 για τον μόνο λόγο ότι οι εργασίες, καίτοι παρεπόμενες, αντιπροσωπεύουν το μεγαλύτερο τμήμα της τιμής.

72. Η καθής κυβέρνηση επικαλείται εγκύκλιο του Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών) [48] και την τροποποίηση του νόμου 109/94, που αποβλέπουν όπως η αξία των παρεπόμενων εργασιών στις μικτές συμβάσεις αγνοείται, προκειμένου η οικονομική πτυχή να έχει ακόμη προεξέχουσα σημασία, όχι όμως αποκλειστική, για τον προσδιορισμό της εφαρμοστέας νομοθεσίας.

73. Φρονώ, για τους λόγους που αναφέρθηκαν ανωτέρω, ότι πρέπει να μη ληφθούν υπόψη οι εν λόγω τροποποιήσεις· επιπλέον, όπως προβλήθηκε με το υπόμνημα απαντήσεως, η εγκύκλιος δεν είναι ικανή να ακυρώσει νομική διάταξη και δεν αρκεί για να αμφισβητηθεί η παράβαση, εφόσον, κατά το Δικαστήριο, «απλές διοικητικές πρακτικές ως εκ της φύσεώς τους τροποποιήσιμες κατά βούληση της διοικήσεως και στερούμενες προσήκουσας δημοσιότητας, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθούν ότι συνιστούν έγκυρη εκπλήρωση των εκ της Συνθήκης υποχρεώσεων» [49].

74. Με τις διευκρινίσεις αυτές κατά νου, φαίνεται προφανές ότι οι οδηγίες εμποδίζουν όπως η αξία των εργασιών συνιστά σε όλες τις περιπτώσεις το καθοριστικό κριτήριο του νομικού καθεστώτος των μικτών συμβάσεων, διότι, σ' αυτή την περίπτωση, συμβάσεις των οποίων ο κεντρικός πυρήνας συνίσταται σε υπηρεσίες ή σε προμήθειες θα εκφεύγουν από τους κοινοτικούς κανόνες υπό το πρόσχημα ότι οι ουσιώδεις υποχρεώσεις έχουν μικρότερη αξία.

75. Οι ίδιες οι οδηγίες κάνουν νύξη στο αντικείμενο της συμβάσεως, χωρίς να το συγχέουν με την αιτία ή τις παροχές που αυτό συνεπάγεται [50], καίτοι οι τελευταίες αυτές το εξακριβώνουν και, αν υπάρχουν περισσότερα αντικείμενα, τα κατατάσσουν σε συνάρτηση με την αξία των παροχών, εφόσον οι οδηγίες οριοθετούν το πεδίο εφαρμογής τους με τα κατώτατα χρηματικά όρια τα οποία ευχερώς διαπιστώνονται.

76. Δεν είναι δυνατό να αντιστραφούν οι όροι ούτε, όπως στην περίπτωση των ιταλικών διατάξεων, να ευνοηθεί η οικονομική πτυχή των παρεπόμενων παροχών· επομένως, η παράβαση πρέπει να θεωρηθεί βάσιμη στον βαθμό που αφορά το παρόν ζήτημα.

48 — Εγκύκλιος αριθ. B1/2316, της 18ης Δεκεμβρίου 2003, *GURI* αριθ. 79, της 3ης Απριλίου 2004.

49 — Αποφάσεις της 24ης Μαρτίου 1994, C-80/92, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1994, σ. I-1019, σκέψη 20)· της 26ης Οκτωβρίου 1995, C-151/94, Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου (Συλλογή 1995, σ. I-3685, σκέψη 18)· της 17ης Μαΐου 2001, C-159/99, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2001, σ. I-4007, σκέψη 32)· της 17ης Ιανουαρίου 2002, C-394/00, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας (Συλλογή 2002, σ. I-581, σκέψη 11)· της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-415/01, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 2003, σ. I-2081, σκέψη 21), και της 20ής Νοεμβρίου 2003, C-296/01, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2003, σ. I-13909, σκέψη 54).

50 — Στο σημείο 37 των προτάσεών του στην υπόθεση Gestión Hotelera Internacional, ο γενικός εισαγγελέας Lenz υπογράμμισε ότι η κύρια και αμεταβίβαστη υποχρέωση δεν αποτελεί το κύριο αντικείμενο της δημόσιας συμβάσεως.

Γ — *Τα πολεοδομικά έργα*

77. Τα έργα που αναλαμβάνουν οι ιδιώτες α) προς μείωση των τελών που συνδέονται με άδειες οικοδομής κατά την άσκηση των δραστηριοτήτων οικοδομής, β) κατά την εκτέλεση ορισμένων νομίμων υποχρεώσεων και γ) ανάλογων εργασιών προς εκείνες των δύο προηγούμενων ομάδων δεν εμπίπτουν στον νόμο 109/94, αλλά, αν η αξία των έργων, λαμβανομένων ατομικά, υπερβαίνει τα κοινοτικά όρια, αυτά ανατίθενται σύμφωνα με την οδηγία 93/37 (άρθρο 2, παράγραφος 5, του νόμου 109/94).

78. Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι, αφενός, οι διατάξεις αυτές, σε συνδυασμό με τον νόμο 1150/42 και με τον νόμο 10/77, ανέχονται την απευθείας ανάθεση εργασιών ή έργων στον κάτοχο αδείας οικοδομής ή οικιστικού σχεδίου, χωρίς να διασφαλίζεται η εφαρμογή των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως που διαλαμβάνει η Συνθήκη, οι οποίες πρέπει να τηρούνται ακόμη και αν η εκτιμώμενη αξία είναι μικρότερη από τα κατώτατα κοινοτικά όρια. Αφετέρου, φρονεί ότι, για να προσδιοριστεί αν επιτυγχάνεται το κατώτατο όριο, πρέπει να σταθμίζονται όλα τα προβλεπόμενα στη σύμβαση έργα και όχι ορισμένα από αυτά.

79. Η Ιταλική Κυβέρνηση αρνείται πεισματικά την προβαλλόμενη παράβαση. Πρώτον, επικαλείται εγκύκλιο του Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti [51] καθώς και άλλη εγκύκλιο του Dipartimento per le Politiche Comunitarie (διεύθυνση κοινοτικών πολιτικών του υπουργείου αυτού) [52] που διευκρινίζουν τους κανόνες οι οποίοι θεσπίστηκαν για τη μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο των κοινοτικών διατάξεων. Δεύτερον, θεωρεί ως υπερβολική την ιδέα ότι πρέπει να γίνεται παραπομπή, στο στάδιο της μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο, σε κάθε διάταξη της Συνθήκης και στη νομολογία του Δικαστηρίου. Τρίτον, υπογραμμίζει την ιδιομορφία των δραστηριοτήτων της οικοδομικής επιχειρήσεως, που υποκαθιστά τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως, στο πολεοδομικό περιβάλλον. Τέλος, αμφισβητεί την ερμηνεία που δίνει η Επιτροπή της αποφάσεως της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti κ.λπ. [53], διότι, κατ' αυτήν, το Δικαστήριο δεν εξέτασε με την απόφαση αυτή τα ετερογενή έργα που πραγματοποιούν οι ιδιώτες ως εντολοδόχοι της διοικήσεως.

1. Επί των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως

80. Βάσει των προεκτεθέντων, δεν μπορεί να προσάπτεται στο οικείο κράτος μέλος η έλλειψη, στους γραπτούς εθνικούς κανόνες,

51 — Εγκύκλιος αριθ. 462, της 18ης Δεκεμβρίου 2001, Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione) 12 luglio 2001 (c-n. 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi, *GURI* αριθ. 300, της 28ης Δεκεμβρίου 2001.

52 — Εγκύκλιος αριθ. 8756, της 6ης Ιουνίου 2002, Normativa applicabile agli appalti pubblici «sottosoglia», *GURI* αριθ. 178, της 31ης Ιουλίου 2002.

53 — Συλλογή 2001, σ. I-5409.

γενικής μνείας σχετικά με την υποχρέωση να τηρούνται οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως· λαμβάνοντας υπόψη τον εύπλαστο χαρακτήρα τους, η διαπίστωση της παραβάσεώς τους εξαρτάται από τις περιστάσεις κάθε αναθέσεως.

81. Επομένως, η Ιταλική Δημοκρατία δεν διέπραξε την προβαλλόμενη παράβαση.

2. Επί του πεδίου εφαρμογής της ιταλικής νομοθεσίας

82. Η άλλη αιτίαση που διαρθρώνεται στην προσφυγή όσον αφορά την ανάθεση έργων στον κάτοχο άδειας οικοδομής ή πολεοδομικού σχεδίου αφορά το γεγονός ότι οι διαδικασίες για τη ζήτηση προσφορών δεν έχουν εφαρμογή παρά μόνον αν η συμφωνία μεταξύ της διοικήσεως και του ιδιώτη αφορά έργα των οποίων οι εκτιμώμενες αξίες, λαμβανόμενες ατομικά, υπερβαίνουν τα κατώτατα κοινοτικά όρια.

83. Κατά την Επιτροπή, ο κανόνας αυτός είναι αντίθετος προς την οδηγία 93/97, διότι έχει ως αποτέλεσμα να αποκλείει τις συμβάσεις των οποίων η συνολική αξία υπερβαίνει τα κατώτατα όρια λόγω της ανεπάρκειας των ποσών που αντιστοιχούν σε καθεμία των παροχών που αυτά συνεπάγονται.

84. Όπως ανέφερα ανωτέρω, η Ιταλική Κυβέρνηση υπογραμμίζει τις ιδιομορφίες του τομέα της πολεοδομίας και τα χαρακτηριστικά του επίμαχου συστήματος διαγωνισμού, αλλά ξεχνά ότι η εξέταση του εν λόγω συστήματος πρέπει να γίνεται από τη σκοπιά των οδηγιών περί των δημοσίων συμβάσεων. Αν κάποιος τονίσει μια από τις νομικές προοπτικές —το εθνικό επίπεδο— εις βάρος της άλλης —του κοινοτικού επιπέδου—, η κατάσταση αλλοιώνεται. Εξάλλου, παρατήρησα ήδη ότι, κατά την απόφαση Ordine degli Architetti κ.λπ., οι ιδιομορφίες του πολεοδομικού τομέα δεν αρκούν για να αποκλειστεί η εφαρμογή των οδηγιών (σκέψη 66).

85. Η οδηγία 93/37 αναφέρει, στο άρθρο 1, τι πρέπει να νοούνται ως «συμβάσεις δημοσίων έργων» (υπό α΄) [54] και ως «έργο» (στοιχείο γ΄) [55]. Το άρθρο 6, παράγραφος 3, αναφέρεται στην περίπτωση έργου που υποδιαιρείται σε πολλά τμήματα, καθένα από τα οποία αποτελεί αντικείμενο μιας συμβάσεως, και το άρθρο 6, παράγραφος 4, διαλαμβάνει ότι κανένα έργο και καμία σύμβαση δεν δύναται να κατατμηθεί προς αποφυγή της εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας [56].

54 — Πρόκειται για «συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας συναπτόμενες εγγράφως μεταξύ, αφενός, ενός εργολήπτη και, αφετέρου, μιας αναθέτουσας αρχής, όπως αυτή ορίζεται στο στοιχείο β΄, και οι οποίες έχουν ως αντικείμενο είτε την εκτέλεση είτε τόσο την εκτέλεση όσο και τη μελέτη έργων που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα ΙΙ ή ενός έργου, όπως αυτό ορίζεται στο στοιχείο γ΄, είτε ακόμη την πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, ενός έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς αναφερόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες».

55 — «[Τ]ο αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών πολιτικού μηχανικού που προορίζεται να πληροί αυτό καθαυτό μια οικονομική ή τεχνική λειτουργία.»

56 — Ανάλογες διατάξεις περιλαμβάνονται στο άρθρο 7 της οδηγίας αυτής, στο άρθρο 5 της οδηγίας 93/36, στο άρθρο 14 της οδηγίας 93/38 και στο άρθρο 9 της οδηγίας 2004/18, με επικεφαλίδα «Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας των δημόσιων συμβάσεων, των συμφωνιών-πλαίσιο και των δυναμικών συστημάτων αγορών».

86. Ευρισκόμεθα έτσι ενώπιον εννοιών και κανόνων που πρέπει να εξηγηθούν από τη σκοπιά του κοινοτικού δικαίου [57], στο πλαίσιο του οποίου πρέπει να τοποθετηθεί η απόφαση Ordine degli Architetti κ.λπ., προπαρατεθείσα, κατά την οποία «η απευθείας εκτέλεση εκ μέρους του κατόχου οικοδομικής αδείας ή πολεοδομικού σχεδίου εγκεκριμένου για έργο υποδομής, με απαλλαγή εν όλω ή εν μέρει από την καταβολή του τέλους που οφείλεται κατά τη χορήγηση της άδειας» πρέπει να υπόκειται στην οδηγία 93/37, εφόσον «η αξία του έργου ισούται με ή υπερβαίνει το όριο που προβλέπει» η οδηγία.

87. Πάντως, η κρίση αυτή πρέπει να μετριαστεί, εφόσον τα δημόσια έργα που συνεπάγονται πολεοδομικές εργασίες εκτελούνται απευθείας από τη διοίκηση ή και από τρίτο κατ' εφαρμογήν του νόμου ή συμβάσεως, οπότε υπάρχει σύμβαση εμπίπτουσα στην κοινοτική νομοθεσία [58], και ο κύριος του έργου, ενεργώντας ως alter ego της διοικήσεως [59], υπόκειται στις ίδιες επιταγές δημοσιότητας και ανταγωνισμού [60].

88. Εξάλλου, η οδηγία 93/37 διευκρινίζει την έννοια του «έργου», του οποίου η ύπαρξη, σύμφωνα με την απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-16/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας [61], πρέπει να εκτιμηθεί σε σχέση με την οικονομική και τεχνική λειτουργία του αποτελέσματος των οικείων εργασιών (σκέψη 36). Η συνολική αξία, που λαμβάνεται ενδεχομένως προσθέτοντας τα επί μέρους τμήματα, προσδιορίζει το εφαρμοστέο νομικό καθεστώς και, όπως ανέφερα ανωτέρω, χωρίς οι ιδιομορφίες του πολεοδομικού τομέα να μπορούν να χρησιμοποιούνται ως αντικειμενικές δικαιολογίες για να δικαιολογηθεί η κατάτμηση.

89. Οι προηγούμενες σκέψεις καταδεικνύουν ότι οι πολεοδομικές δραστηριότητες που εμπίπτουν στην οδηγία 93/37 πρέπει επίσης να σέβονται τους κανόνες που θεσπίζει η οδηγία για τον υπολογισμό της αξίας των συμβάσεων και πρέπει να απορρίπτονται οι διατάξεις οι οποίες, όπως εκείνες του άρθρου 2, παράγραφος 5, του νόμου 109/94, θίγουν τους κανόνες αυτούς αφού διαλαμβάνουν ένα ενιαίο γενικό κριτήριο που έχει ως βλαπτικό αποτέλεσμα να περιγράφει την κοινοτική κανονιστική ρύθμιση και να εμποδίζει, για αντικειμενικούς λόγους που συνδέονται με την αξία των παροχών, τις επιχειρήσεις άλλων κρατών μελών να υποβάλλουν

57 — Huelin Martínez de Velasco, J., «Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001», *Cuadernos de Derecho local,* αριθ. 4, 2004, σ. 19 επ.

58 — Ο γενικός εισαγγελέας Léger, στις προτάσεις του στην υπόθεση Ordine degli Architetti κ.λπ., ορθώς ανέφερε ότι, όταν «ο καλούμενος να εκτελέσει έργα υποδομής εξατομικεύεται πλήρως από τον νόμο», λείπει από τη σύμβαση ένα ουσιώδες στοιχείο της συμβατικής σχέσεως (σημείο 68).

59 — Fernández Rodríguez, T. R., «La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto "proyecto Scala 2001") y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», *Documentación Administrativa,* αριθ. 261 και 262, Σεπτέμβριος 2001-Απρίλιος 2002, σ. 23.

60 — Huelin Martínez de Velasco, J., όπ.π., σ. 28.

61 — Συλλογή 2000, σ. I-8315**.** Καίτοι, με την απόφαση αυτή, το Δικαστήριο εξέτασε την οδηγία 93/38, μπορούν να επεκταθούν στην οδηγία 93/37 οι εκτιμήσεις σχετικά με τις ανάλογες διατάξεις.

προσφορές στις διαδικασίες διαγωνισμού που τις ενδιαφέρουν [62].

90. Η προαναφερθείσα διάταξη του ιταλικού νόμου είναι επομένως αντίθετη προς την οδηγία 93/37.

92. Η Επιτροπή φρονεί ότι, ακόμη και εκτός του πεδίου εφαρμογής των ευρωπαϊκών κανόνων, πρέπει να εξακριβώνεται η τήρηση των αρχών της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της ίσης μεταχειρίσεως, της αναλογικότητας και της διαφάνειας, των οποίων η παραβίαση στοιχειοθετείται όταν η ανάθεση πραγματοποιείται εκτός κάθε δημοσιότητας, χωρίς η υποχρέωση να διασφαλίζεται η πείρα και η επαγγελματική ικανότητα του επιλεγέντος προσώπου και να αιτιολογείται η επιλογή αυτή να είναι δυνατό να θεραπεύσει την έλλειψη αυτή.

Δ — Η ανάθεση των υπηρεσιών καταρτίσεως σχεδίου, διευθύνσεως και ελέγχου των εργασιών στην περίπτωση συμβάσεων αξίας μικρότερης των κατωτάτων κοινοτικών ορίων

93. Η καθής κυβέρνηση επικαλείται την τροποποίηση του νόμου 109/94, που προσθέτει παραπομπή στις εν λόγω αρχές, και επαναλαμβάνει την επιχειρηματολογία που ανέπτυξε προηγουμένως ως προς την έλλειψη ορθολογισμού των κριτηρίων που επιθυμεί η προσφεύγουσα.

91. Ο νόμος 109/94 δέχεται ότι, στην περίπτωση συμβάσεων των οποίων η εκτιμώμενη αξία είναι μικρότερη των κατωτάτων ορίων των οδηγιών, η κατάρτιση σχεδίου και η διεύθυνση των έργων, καθώς και ο έλεγχος εκτελέσεώς τους, ανατίθενται σε πρόσωπα που απολαύουν της εμπιστοσύνης του αναθέτοντος φορέα (άρθρα 17, παράγραφος 12, και 30, παράγραφος 6 bis).

94. Δεδομένου ότι η συζήτηση γίνεται με όρους ανάλογους προς εκείνους της συζητήσεως σχετικά με το άρθρο 2, παράγραφος 5, του νόμου 109/94, η πείρα συμβουλεύει να επιλυθεί τούτο κατά τον ίδιο τρόπο, δηλαδή καταλήγοντας στο ότι, προς το παρόν, η κοινοτική έννομη τάξη δεν απαιτεί όπως η υποχρέωση υπαγωγής των εξαιρουμένων συμβάσεων στις προαναφερθείσες αρχές αποτελεί αντικείμενο ειδικής γραπτής μνείας όσον αφορά την ανάθεση των εν λόγω υπηρεσιών, υπό την επιφύλαξη της δυνατότητας να εξετάζεται κάθε διαδικασία και να προσβάλλεται η συμφωνία της προς τις αρχές αυτές ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων ή του κοινοτικού δικαιοδοτικού οργάνου.

62 — Απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, Επιτροπή κατά Γαλλίας, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 61, βλ., ειδικότερα, σκέψεις 38 έως 47. Ο γενικός εισαγγελέας Jacobs, στις προτάσεις που ανέπτυξε στην υπόθεση αυτή, υποστήριξε ότι μια σειρά από εργασίες που πρέπει να πραγματοποιηθούν εντός συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος σε ένα σύνολο δικτύων, που επιτελούν από κοινού μια οικονομικής και τεχνικής φύσεως λειτουργία θεωρείται ότι αποβλέπει στη με κοινή συμμετοχή εκτέλεση μιας λειτουργίας οικονομικής και τεχνικής φύσεως (σημείο 72)· η εκτίμηση αυτή μπορεί να επεκταθεί στις πολεοδομικές δραστηριότητες, όπως και η ιδέα, αναπτυχθείσα με την απόφαση της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2004, σ. I-8121), κατά την οποία «ο ισχυρισμός και μόνον περί του περίπλοκου και δυσχερούς χαρακτήρα ενός συνόλου έργων δεν αρκεί προς απόδειξη του ότι οι εργασίες αυτές πρέπει να ανατεθούν σε ένα μόνον εργολήπτη» (σκέψη 21).

95. Κατά συνέπεια, φρονώ ότι τα άρθρα 17, παράγραφος 12, και 30, παράγραφος 6 bis, του νόμου 109/94 δεν παραβαίνουν το κοινοτικό δίκαιο και ότι η προβαλλόμενη παράβαση δεν καταδείχθηκε.

Ε — *Η ανάθεση της διευθύνσεως των έργων*

96. Η διεύθυνση των έργων απόκειται στην αναθέτουσα αρχή, αλλά, όταν ούτε η τελευταία ούτε άλλες δημόσιες αρχές μπορούν να την αναλάβουν, η διεύθυνση μπορεί να ανατεθεί στον επαγγελματία που ανέλαβε την κατάρτιση του σχεδίου (άρθρο 27, παράγραφος 2, του νόμου 109/94).

97. Η Επιτροπή επικρίνει τον γενικό χαρακτήρα της διατάξεως ισχυριζόμενη ότι αυτή αντιβαίνει προς τις οδηγίες 92/50 και 93/38, κατά τις οποίες η ανάθεση των υπηρεσιών διευθύνσεως πρέπει να γίνεται με τήρηση της δημοσιότητας και του ανταγωνισμού τόσο στην περίπτωση που η αξία του έργου υπερβαίνει τα κατώτερα κοινοτικά όρια, αφού αυτό προβλέπει η κανονιστική ρύθμιση, όσο και στην περίπτωση κατά την οποία η αξία είναι μικρότερη, λόγω της επιδράσεως των αρχών της Συνθήκης.

98. Η Ιταλική Κυβέρνηση υπογραμμίζει τα μειονεκτήματα που το σύστημά της τείνει να αποφύγει, αλλά προσθέτει ότι, για να δοθεί απάντηση στις διατυπωθείσες αντιρρήσεις, τροποποίησε τον νόμο 109/94 διαλαμβάνοντας σ' αυτόν αρκετές προφυλάξεις σε σχέση με την ανάθεση, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των υπηρεσιών διευθύνσεως στον επαγγελματία που ανέλαβε την κατάρτιση του σχεδίου, δραστηριότητα η οποία πρέπει να έχει προβλεφθεί με την προκήρυξη και της οποίας η εκτιμώμενη αξία πρέπει να έχει ληφθεί υπόψη.

99. Για το αποτέλεσμα των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως στις συμβάσεις των οποίων η αξία είναι μικρότερη από τα εφαρμοστέα κατώτατα όρια πρέπει να γίνουν οι ίδιες σκέψεις με εκείνες που πρότεινα ήδη, διότι διαπνέεται από τα ίδια στοιχεία. Συναφώς, η προβαλλόμενη εκ μέρους της Επιτροπής παράλειψη δεν στοιχειοθετείται.

100. Οι δημόσιες συμβάσεις οι οποίες, λόγω της αξίας τους, υπόκεινται στις διαδικασίες ανταγωνισμού συνεπάγονται διαφορετική λύση, λόγω της σαφήνειας των κοινοτικών κανόνων. Σε τέτοιες περιπτώσεις, πρέπει να γίνεται αυστηρή συμμόρφωση προς όλες τις διατάξεις, ανεξάρτητα από την ευχέρεια που μπορεί να προσδοθεί στην παράλειψη των διαδικασιών, διότι τα άρθρα 11, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50 και 4, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/38 είναι κατηγορηματικά όταν εξαρτούν τη σύναψη των συμβάσεων από διαδικασίες —ανοικτές, κλειστές και με διαπραγμάτευση— που καθορίζουν [63], οπότε,

63 — Όπως και τα άρθρα 6, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/36 και 7, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/37.

κατά τη νομολογία, μόνον οι προβλεπόμενες εξαιρέσεις επιτρέπονται [64].

101. Οι δραστηριότητες διευθύνσεως των έργων εμπίπτουν στην κατηγορία 12 του παραρτήματος I A της οδηγίας 92/50 και του παραρτήματος XVI A της οδηγίας 93/38· επομένως η ανάθεσή τους πρέπει να γίνεται σύμφωνα με τους κανόνες που διαλαμβάνουν οι οδηγίες αυτές.

102. Λαμβάνοντας υπόψη τα προεκτεθέντα, δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι το άρθρο 27, παράγραφος 2, του νόμου 109/94 παραβαίνει τις οδηγίες 92/50 και 93/38.

ΣΤ — *Η ανάθεση των υπηρεσιών ελέγχου*

103. Οι υπηρεσίες ελέγχου εναπόκεινται στα τεχνικά γραφεία των αναθετουσών αρχών, αλλά, σε περίπτωση ελλείψεως προσωπικού που διαπιστώνεται και βεβαιώνεται από τον υπεύθυνο της διαδικασίας (άρθρο 28, παράγραφος 4, του νόμου 109/94), ανατίθενται σε τρίτους που περιλαμβάνονται στους καταλόγους των δημοσίων διοικήσεων (άρθρο 188 του προεδρικού διατάγματος 554/99).

104. Η Επιτροπή, εμμένοντας στην επιχειρηματολογία που παρατέθηκε στο τμήμα VII Ε των ανά χείρας προτάσεων, προβάλλει ότι οι διαδικασίες που προβλέπουν οι οδηγίες 92/50 και 93/38 πρέπει να ακολουθούνται αν η εκτιμώμενη αξία της συμβάσεως υπερβαίνει τα κρίσιμα κατώτατα όρια και, πέρα από τα όρια αυτά, έχουν εφαρμογή οι αρχές της Συνθήκης.

105. Η Ιταλική Κυβέρνηση αναφέρει ότι οι κανονιστικές διατάξεις (εν προκειμένω, το άρθρο 188, παράγραφοι 8 έως 11, του προεδρικού διατάγματος 554/99) θα καταργηθούν [65].

106. Χωρίς να λαμβάνονται υπόψη οι διακηρύξεις καλής θελήσεως για το μέλλον, η αιτίαση αυτή πρέπει να έχει την ίδια τύχη όπως και η προηγούμενη, διότι δεν επισύρει καμία κριτική βάσει των άρθρων 43 ΕΚ και 49 ΕΚ· επιπροσθέτως, τα καθήκοντα ελέγχου που εμπίπτουν στην κατηγορία 12 του παραρτήματος I A της οδηγίας 92/50 και του παραρτήματος XVI A της οδηγίας 93/38 πρέπει να ανατίθενται σύμφωνα με τις οδηγίες.

107. Βάσει των προεκτεθέντων, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το άρθρο 28, παράγραφος 4, του νόμου 109/94, σε συνδυασμό με το

64 — Βλ. απόφαση της 17ης Νοεμβρίου 1993, C-71/92, Επιτροπή κατά Ισπανίας (Συλλογή 1993, σ. I-5923, σκέψη 10), και προπαρατεθείσες αποφάσεις Teckal, σκέψη 43, καθώς και Carbotermo και Consorzio Alisei, σκέψη 45.

65 — Με το υπόμνημά της ανταπαντήσεως, η καθής κυβέρνηση γνωστοποίησε ότι το Corte costituzionale, με την απόφαση 302/03 (σκέψη 5.1), έκρινε τις παραγράφους 8 έως 10 του εν λόγω διατάγματος αντίθετες προς το Σύνταγμα.

άρθρο 188 του προεδρικού διατάγματος 554/99, παραβαίνουν τις οδηγίες 92/50 και 93/38.

Ζ — *Τα έργα που χρηματοδοτούνται από ιδιωτικούς πόρους*

108. Η διοίκηση επιτρέπει την εκτέλεση, εκ μέρους τρίτων, δημοσίων έργων που μπορούν να τύχουν εμπορικής εκμεταλλεύσεως. Κατά την πρώτη φάση, η διοίκηση καλεί τους ιδιώτες, με προκήρυξη, να υποβάλουν, ως επιχειρηματικοί φορείς, προτάσεις με σκοπό την ανάθεση έργων μέσω παραχωρήσεων, στο πλαίσιο των οποίων το κόστος αναλαμβάνεται, πλήρως ή εν μέρει, από τους επιχειρηματικούς φορείς οι οποίοι, ως αντάλλαγμα, αναλαμβάνουν να διασφαλίσουν τη διαχείριση. Μετά την αποτίμηση των προτάσεων που έχουν υποβληθεί, εκείνες που κρίνονται δημοσίου συμφέροντος επιλέγονται κατά τη δεύτερη φάση, κατά την οποία κινείται, για κάθε μια από τις προτάσεις που έγιναν δεκτές, κλειστή διαδικασία προκειμένου να επιλεγούν δύο άλλες προσφορές. Οι προσφορές αυτές χρησιμοποιούνται ως αναφορές κατά τη διαπραγμάτευση, η οποία πρέπει να αρχίσει για την επιλογή του επιχειρηματικού φορέα που είναι ικανός να προσαρμόσει την προσφορά του σε ό,τι η αναθέτουσα αρχή θεωρεί πρόσφορο (άρθρα 37 bis, 37 ter και 37 quater του νόμου 109/94).

109. Η Επιτροπή φρονεί, αφενός, ότι το περιγραφέν σύστημα είναι αντίθετο προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, διότι παρέχει στον επιχειρηματικό φορέα δύο πλεονεκτήματα σε σχέση με τους άλλους ανταγωνιστές, παρά το ότι η αρχική του προσφορά ήταν λιγότερο πρόσφορη εφόσον παρεμβαίνει αυτόματα στη διαδικασία και απολαύει προτεραιότητας επιλογής. Η παράβαση δεν θα μπορούσε να στοιχειοθετηθεί αν όλοι οι συμμετέχοντες γνώριζαν αυτά τα προνόμια και τα κριτήρια αποτιμήσεως, τα σημεία όμως αυτά δεν πρέπει να περιλαμβάνονται στην αρχική προκήρυξη· αφετέρου, δεδομένου ότι η προκήρυξη είναι υποχρεωτική μόνον από τις 18 Αυγούστου 2002, ημερομηνία ενάρξεως ισχύος του νόμου 166/2002, οι διαδικασίες οι οποίες έχουν ήδη κινηθεί καταλήγουν σε αποφάσεις αντίθετες προς τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου.

110. Κατά την καθής κυβέρνηση, αμφότερες οι αιτιάσεις έχουν αρθεί με την τροποποίηση του νόμου 109/94, που εισάγει στην προκήρυξη τη μνεία των πλεονεκτημάτων του επιχειρηματικού φορέα και που παραπέμπει σε κανονιστική διάταξη τις τρέχουσες έως την 31η Ιανουαρίου 2004 υποθέσεις οι οποίες δεν περιλαμβάνουν αυτή τη μνεία.

111. Καίτοι τα επιχειρήματα της Ιταλικής Κυβερνήσεως δεν επιτρέπουν να αντικρουστούν οι ισχυρισμοί που περιλαμβάνονται στο δικόγραφο της προσφυγής, απόκειται στην Επιτροπή να καταδείξει την ύπαρξη της προβαλλομένης παραβάσεως, χωρίς να μπορεί να στηρίζεται σε οποιοδήποτε τεκμήριο [66], έστω και αν, όταν παρέχονται

66 — Αποφάσεις της 25ης Μαΐου 1982, 96/81, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (Συλλογή 1982, σ. 1791, σκέψη 6)· της 12ης Σεπτεμβρίου 2000, C-408/97, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (Συλλογή 2000, σ. I-6417, σκέψη 15), και της 26ης Απριλίου 2005, C-494/01, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας (Συλλογή 2005, σ. I-3331, σκέψη 41).

επαρκή στοιχεία, απόκειται στο κράτος μέλος να τα αμφισβητήσει κατ' ουσίαν και λεπτομερώς [67].

112. Οι δύο αιτιάσεις φαίνονται κατ' αρχήν βάσιμες. Η πρώτη επειδή, κατά τις εξηγήσεις της Επιτροπής, η εθνική νομοθεσία παρέχει στον επιχειρηματικό φορέα ο οποίος άρχισε τα έργα πλεονεκτήματα τα οποία οι άλλοι ενδιαφερόμενοι αγνοούν και δεν μπορούν να αντιμετωπίσουν· το Δικαστήριο είχε την ευκαιρία να κρίνει, με την απόφασή του της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, προπαρατεθείσα, ότι, όταν αναθέτων φορέας λαμβάνει υπόψη τροποποίηση η οποία έγινε στις αρχικές προσφορές από έναν μόνο προσφέροντα, ο τελευταίος τίθεται σε πλεονεκτική θέση σε σχέση με τους ανταγωνιστές του, πράγμα που παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και βλάπτει τη διαφάνεια της διαδικασίας (σκέψη 56). Επιπροσθέτως, η Επιτροπή παραθέτει ορισμένες προκηρύξεις οι οποίες δεν μνημονεύουν τα εν λόγω πλεονεκτήματα και δεν αναφέρουν ούτε τα αντικειμενικά κριτήρια της επιλογής [68].

113. Η δεύτερη αιτίαση είναι βάσιμη διότι οι ελλείψεις σε μια κατάσταση που είναι επικριτέα διορθώθηκαν εκ των υστέρων.

67 — Απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1999, C-365/97, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1999, σ. I-7773, σκέψεις 84 και 86).

68 — Σημείο 87 της προσφυγής και υποσημείωση 12, που απεικονίζει την κατάσταση αυτή.

114. Βάσει των όσων έχουν εκτεθεί προηγουμένως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι τα άρθρα 37 ter και 37 quater, παράγραφος 1, του νόμου 109/94 παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως που απορρέει από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ.

Η — *Συνέπειες*

115. Από τα προηγούμενα προκύπτει ότι:

— το άρθρο 2, παράγραφος 1, του νόμου 109/94 είναι αντίθετο προς τις οδηγίες 92/50, 93/36, 93/37 και 93/38·

— το άρθρο 2, παράγραφος 5, του νόμου 109/94, σε συνδυασμό με τους νόμους 1150/1942 και 10/1977, παραβαίνει την οδηγία 93/37·

— το άρθρο 27, παράγραφος 2, του νόμου 109/94 δεν είναι σύμφωνο προς τις οδηγίες 92/50 και 93/38·

— το άρθρο 28, παράγραφος 4, του νόμου 109/94, σε συνδυασμό με το άρθρο 188 του προεδρικού διατάγματος 554/99, παραβαίνει τις οδηγίες 92/50 και 93/38·

— τα άρθρα 37 ter και 37 quater, παράγραφος 1, του νόμου 109/94 είναι ασυμβίβαστα προς τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ.

116. Αντιθέτως, τα άρθρα 2, παράγραφος 5, 17, παράγραφος 12, 27, παράγραφος 2, και 30, παράγραφος 6 bis, του νόμου 109/94 συνάδουν προς τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ.

VIII — Επί των δικαστικών εξόδων

117. Το άρθρο 69, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου ορίζει ότι ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα έξοδα, εφόσον υπήρχε σχετικό αίτημα. Βάσει του άρθρου 69, παράγραφος 3, του εν λόγω κανονισμού, το Δικαστήριο μπορεί να κατανείμει τα έξοδα ή να αποφασίσει ότι κάθε διάδικος φέρει τα δικαστικά του έξοδα σε περίπτωση μερικής ήττας των διαδίκων.

118. Εφόσον η Επιτροπή και η Ιταλική Δημοκρατία ζήτησαν έκαστη την καταδίκη του αντιδίκου και προτείνω να γίνει εν μέρει δεκτή η προσφυγή, το κράτος αυτό πρέπει να φέρει το ήμισυ των εξόδων της Επιτροπής, η οποία θα φέρει το ήμισυ των εξόδων του αντιδίκου.

119. Σύμφωνα με το άρθρο 69, παράγραφος 4, πρώτο εδάφιο, του Κανονισμού Διαδικασίας, τα κράτη μέλη που παρενέβησαν στη δίκη φέρουν τα έξοδά τους.

IX — Πρόταση

120. Βάσει των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο:

1) να αναγνωρίσει ότι η Ιταλική Δημοκρατία, θεσπίζοντας τα άρθρα 37 ter και 37 quater, παράγραφος 1, του νόμου 109, της 11ης Φεβρουαρίου 1994, παρέβη

τις υποχρεώσεις που υπέχει από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ· θεσπίζοντας το άρθρο 2, παράγραφος 1, του εν λόγω νόμου, αυτό το κράτος μέλος παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τις οδηγίες του Συμβουλίου 92/50/ΕΟΚ, της 18ης Ιουνίου 1992, 93/36/ΕΟΚ, 93/37/ΕΟΚ και 93/38/ΕΟΚ, και οι τρεις της 14ης Ιουνίου 1993, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, δημοσίων έργων και στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, αντιστοίχως· διατηρώντας σε ισχύ το άρθρο 2, παράγραφος 5, του νόμου 109/94, η Ιταλική Δημοκρατία παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από την οδηγία 93/37, και, θεσπίζοντας τα άρθρα 27, παράγραφος 2, και 28, παράγραφος 4, του εν λόγω νόμου, το οικείο κράτος μέλος παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τις οδηγίες 92/50 και 93/38·

2) να απορρίψει την προσφυγή κατά τα λοιπά·

3) να καταδικάσει την Ιταλική Δημοκρατία στην καταβολή του ημίσεος των εξόδων της Επιτροπής·

4) να καταδικάσει την Επιτροπή να φέρει το ήμισυ των εξόδων της Ιταλικής Δημοκρατίας·

5) να κρίνει ότι η Δημοκρατία της Φινλανδίας και το Βασίλειο των Κάτω Χωρών θα φέρουν τα έξοδά τους.