

**Σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών και υπεργολαβία**

ΔΕΕ 13.4.2010

C-91/08

Wall AG κατά Δήμου της Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH

Πρόεδρος: Β. Σκουρής

Εισηγητής: J. N. Cunha Rodrigues

**Νομικές διατάξεις:** άρθρα 12, 43 και 49 ΣυνθΕΚ, Οδηγίες 80/723/ΕΟΚ, 92/50/ΕΟΚ, 2004/18/ΕΚ

*Όταν τροποποιήσεις διατάξεων συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών φέρουν ουσιωδώς διαφορετικά χαρακτηριστικά από εκείνα που δικαιολόγησαν την αρχική ανάθεση της συμβάσεως παραχώρησης και υποδηλώνουν, κατά συνέπεια, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής, θα πρέπει να λαμβάνεται, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους-μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκατασταθεί η διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας ανάθεσης.*

*Αλλαγή υπεργολάβου, ακόμα και όταν η σύμβαση προβλέπει τη σχετική δυνατότητα, μπορεί, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, να συνιστά τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων της συμβάσεως παραχώρησης, εφόσον η επιλογή ενός υπεργολάβου έναντι ενός άλλου υπήρξε, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των επίμαχων υπηρεσιών, καθοριστικό στοιχείο κατά τη σύναψη της συμβάσεως, γεγονός που σε κάθε περίπτωση απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει.*

*Προκειμένου να διαπιστωθεί κατά πόσον μια παραχωρησιούχος επιχείρηση μπορεί να εξομοιωθεί με δημόσια αρχή που δεσμεύεται από την υποχρέωση διαφάνειας, όταν η επιχείρηση αυτή συνάπτει σύμβαση σχετικά με υπηρεσίες εμπιπτουσες στο πεδίο παραχώρησης που της ανατέθηκε από οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, πρέπει να επαληθευθεί κατά πόσον πληρούνται δύο προϋποθέσεις, ήτοι κατά πόσον η συγκεκριμένη επιχείρηση, αφενός, υπόκειται στον αποτελεσματικό έλεγχο του κράτους ή άλλης δημόσιας αρχής, αφετέρου, δρα υπό συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά.*

*Οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχείρισης και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας δεν επιβάλλουν στις δημόσιες αρχές να καταγγέλλουν σύμβαση, ούτε στα εθνικά δικαστήρια να λαμβάνουν μέτρα σε κάθε περίπτωση υποτιθέμενης αθετήσεως της υποχρέωσης αυτής κατά τη διαδικασία παραχώρησης υπηρεσιών. Εναπόκειται στην εσωτερική*

*έννομη τάξη να ρυθμίσει τα μέσα έννομης προστασίας προς προώθηση των δικαιωμάτων που οι πολίτες αντλούν από την εν λόγω υποχρέωση, κατά τέτοιο τρόπο ώστε τα μέσα αυτά να μην είναι λιγότερο εννοϊκά από παρόμοιες διαδικασίες εσωτερικής έννομης τάξεως, ούτε να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών.*

[...]

**29.** Η κύρια δίκη αφορά δύο πραγματικά στοιχεία, ήτοι, αφενός, την απόφαση, βάσει της οποίας η FES άηλαξε υπεργολάβου για τις διαφημιστικές υπηρεσίες που αποτέλεσαν αντικείμενο της προς αυτήν παραχώρησης από τον Δήμο Φρανκφούρτης και η οποία υλοποιήθηκε δυνάμει της εγκριθείσας από τον εν λόγω δήμο συμβάσεως της 21 Ιουνίου 2005, αφετέρου, την πρόθεση της FES να αναθέσει σε διαφορετικό φορέα από την Wall την ανακατασκευή δύο δημοσίων αφοδευτηρίων. Η πρόθεση αυτή εκδηλώθηκε με το έγγραφο της 10ης Οκτωβρίου 2005, με το οποίο η FES ζήτησε από τον Δήμο Φρανκφούρτης να εγκρίνει την αλληγή υπεργολάβου για τις εν λόγω υπηρεσίες. Με έγγραφο της 19ης Δεκεμβρίου 2005, ο εν λόγω δήμος απάντησε στη FES ότι δεν χρειαζόταν να εξετάσει το ζήτημα αλληγής υπεργολάβου για τα δημόσια αφοδευτήρια, καθόσον αντιλαμβανόταν ότι η FES προτίθετο πλέον να πραγματοποιήσει τις εργασίες με δικά της μέσα και με δική της ευθύνη. Η απάντηση αυτή ερμηνεύεται στην απόφαση περί παραπομπής υπό την έννοια ότι ο Δήμος Φρανκφούρτης ενέκρινε την αλληγή υπεργολάβου για την προμήθεια των δύο δημοσίων αφοδευτηρίων. Υπό το πρίσμα της ερμηνείας αυτής, πρέπει, για την εξέταση της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, να ληφθεί υπόψη ως ημερομηνία αναφοράς η 19η Δεκεμβρίου 2005, που είναι η ημερομηνία του εγγράφου με το οποίο ο Δήμος Φρανκφούρτης εικάζεται ότι ενέκρινε την αλληγή υπεργολάβου που ζήτησε η FES.

*Επί του τρίτου ερωτήματος*

**30.** Με το τρίτο ερώτημά του, το οποίο πρέπει να εξετασθεί πρώτο, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατά πόσον οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 12 ΕΚ, 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας επιβάλλουν, στην περίπτωση τροποποίησης συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών -συμπεριλαμβανομένης της περιπτώσεως αλληγής υπεργολάβου, επιβεγόντος στον διαγωνισμό- να διεξαχθούν εκ νέου οι διαπραγματεύσεις υπό συνθήκες επιτρέπουσες τον ελεύθερο ανταγωνισμό, μέσω της διασφαλίσεως της κατάλληλης δημοσιότητας, και ποια είναι, ενδεχομένως, τα κριτήρια βάσει των οποίων μπορεί να θεωρηθεί ότι διασφαλίστηκαν τέτοιες συνθήκες;

**31.** Αντικείμενο του ως άνω ερωτήματος είναι η εφαρμογή των κανόνων και αρχών, που αναφέρθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, σε μία περίπτωση κατά την οποία, στο πλαίσιο εκτελέσεως συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών, εξετάζεται το ενδεχόμενο αντικαταστάσεως ενός εκ των υπεργολάβων του παραχωρησιούχου.

**32.** Δεδομένου ότι τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ συνιστούν ειδικές εφαρμογές της κατοχυρωμένης στο άρθρο 12 ΕΚ γενικής απαγορεύσεως διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, παρέθηκε αναφορά στο

άρθρο αυτό, προκειμένου να δοθεί απάντηση στο ως άνω ερώτημα (βλ., συναφώς, απόφαση της 8ης Μαρτίου 2001, C-397/98 και C-410/98, Metallgesellschaft κ.λπ., Συλλογή 2001, σ. I-1727, σκέψεις 38 και 39, καθώς και της 17ης Ιανουαρίου 2008, Lammers & Van Cleeff, C-105/07, Συλλογή 2008, σ. I-173, σκέψη 14).

**33.** Κατά το ισχύον δίκαιο της Ένωσης, οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών ουδόλως διέπονται από κάποια από τις οδηγίες με τις οποίες ο νομοθέτης της Ένωσης ρύθμισε τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Coname, σκέψη 16, και απόφαση της 17ης Ιουλίου 2008, C-347/06, ASM Brescia, Συλλογή 2008, σ. I-5641, σκέψη 57). Εντούτοις, οι δημόσιες αρχές που συνάπτουν τέτοιες συμβάσεις υποχρεούνται να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης ΕΚ, ιδίως τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, καθώς και την εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσες αποφάσεις Telaustria και Telefonadress, σκέψεις 60 έως 62, Coname, σκέψεις 16 έως 19, και Parking Brixen, σκέψεις 46 έως 49).

**34.** Η υποχρέωση αυτή διαφάνειας εφαρμόζεται στην περίπτωση κατά την οποία η παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται να ενδιαφέρει επιχείρηση η οποία είναι εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος από αυτό εντός του οποίου ανατίθεται η παραχώρηση (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση Coname, σκέψη 17, όπως επίσης, κατ' αναλογία, αποφάσεις της 13ης Νοεμβρίου 2007, C-507/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, Συλλογή 2007, σ. I-9777, σκέψη 29, και της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-619, σκέψη 66).

**35.** Από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, η παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται να ενδιαφέρει επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλο κράτος-μέλος από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, καθόσον το εθνικό δικαστήριο διαπιστώνει ότι η πρόσκληση υποβολής προσφορών δημοσιεύθηκε στην επίσημη εφημερίδα του Δήμου Φρανκφούρτης «σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης» και κρίνει ότι παράβαση της υποχρέωσης διαφάνειας ενδέχεται να συνιστά δυσμενή διάκριση, τουλάχιστον δυνητικά, εις βάρος επιχειρήσεων άλλων κρατών-μελών.

**36.** Η υποχρέωση διαφάνειας, την οποία οφείλουν να τηρούν οι δημόσιες αρχές που συνάπτουν σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών, συνεπάγεται τη διασφάλιση, υπέρ όλων των πιθανών αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα στον ανταγωνισμό του τομέα παραχώρησης υπηρεσιών, καθώς και τον έλεγχο της αμερόληπτης διεξαγωγής των διαδικασιών αναθέσεως (βλ. προπαρατεθείσες αποφάσεις Telaustria και Telefonadress, σκέψεις 60 έως 62, Parking Brixen, σκέψεις 46 έως 49).

**37.** Προς διασφάλιση της διαφάνειας των διαδικασιών και της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορές, οι ουσιαστικές τροποποιήσεις επί ουσιαστικών διατάξεων συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται, υπό ορισμένες περιπτώσεις, να καθιστούν αναγκαία τη σύναψη νέας συμβάσεως παραχώρησης, όταν οι όροι τους οποίους προβλέπουν διαφοροποιούνται ουσιαστικά από εκείνους της αρχικής συμβάσεως παραχώρησης υποδηλώνοντας, συνεπώς, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιαστικούς όρους της συμβάσεως αυτής (βλ., κατ' αναλογία με τις δημόσιες συμβάσεις, αποφάσεις της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας,

Συλλογή 2000, σ. I-8377, σκέψεις 44 και 46, και της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, Συλλογή 2008, σ. I-4401, σκέψη 34).

**38.** Τροποποίηση επί ισχύουσας συμβάσεως παραχώρησης υπηρεσιών μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιαστική οσάκις προστίθενται όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της αρχικής συμβάσεως, θα είχαν ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άρτιων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιβληθεί προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επιβλήθη (βλ., κατ' αναλογία, προπαρατεθείσα απόφαση presstext Nachrichtenagentur, σκέψη 35).

**39.** Αίτη αιτήσεων υπεργολάβου, ακόμα και όταν η σύμβαση προβλέπει τη σχετική δυνατότητα, μπορεί, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, να συνιστά τέτοια τροποποίηση ενός εκ των ουσιαστικών όρων της συμβάσεως παραχώρησης, εφόσον η επιλογή ενός υπεργολάβου έναντι ενός άλλου υπήρξε, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των επίμαχων υπηρεσιών, καθοριστικό στοιχείο κατά τη σύναψη της συμβάσεως, γεγονός που σε κάθε περίπτωση αποκλείει στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει.

**40.** Το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί ότι η FES δήλωσε, στο σχέδιο που συνήψε στην προσφορά που υπέβαλε στον Δήμο Φρανκφούρτης, ότι θα χρησιμοποιούσε τα «City-WC» της Wall. Κατά το εν λόγω δικαστήριο, είναι πιθανό, σε μία τέτοια περίπτωση, να ανατέθηκε η σύμβαση παραχώρησης στη FES λόγω του υπεργολάβου που αυτή είχε υποδείξει.

**41.** Αποκλείει στο εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει κατά πόσον επαληθεύονται τα όσα αναφέρονται στις σκέψεις 37 έως 39 της παρούσας αποφάσεως.

**42.** Εάν, στο πλαίσιο της εν λόγω εκτιμήσεως, το αιτούν δικαστήριο συμπεράνει ότι υφίσταται τροποποίηση ενός εκ των ουσιαστικών όρων της συμβάσεως παραχώρησης, θα πρέπει να λάβει, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκαταστήσει τη διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας αναθέσεως. Η νέα διαδικασία αναθέσεως θα πρέπει, ενδεχομένως, να οργανωθεί κατά τρόπο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες της κρίσιμης παραχώρησης υπηρεσιών και να επιτρέψει σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη-μέλη να έχουν πρόσβαση σε κατάλληλες πληροφορίες σχετικά με τη συγκεκριμένη παραχώρηση, πριν αυτή ανατεθεί.

**43.** Συνεπώς, στο τρίτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, όταν τροποποιήσεις διατάξεων συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών φέρουν ουσιαστικές διαφορετικά χαρακτηριστικά από εκείνα που δικαιολόγησαν την αρχική ανάθεση της συμβάσεως παραχώρησης και υποδηλώνουν, κατά συνέπεια, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιαστικούς όρους της συμβάσεως αυτής, θα πρέπει να λαμβάνεται, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκατασταθεί η διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας αναθέσεως. Η νέα διαδικασία αναθέσεως θα πρέπει, ενδεχομένως, να οργανωθεί κατά τρόπο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες της κρίσιμης παραχώρησης υπηρεσιών και να επιτρέψει σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη-μέλη να έχουν πρόσβαση σε κατάλληλες πληροφορίες σχετικά με τη συγκεκριμένη παραχώρηση, πριν αυτή ανατεθεί.

*Επί του πέμπτου ερωτήματος*

**44.** Με το πέμπτο ερώτημά του, το οποίο πρέπει να εξετασθεί δεύτερο, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, στην ουσία, κατά πόσον, λαμβανομένου υπόψη του άρθρου 86, παράγραφος 1, ΕΚ, ενδεχομένως σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφοι 1, στοιχείο β', και 2, της οδηγίας 80/723 και το άρθρο 1, παράγραφος 9, της οδηγίας 2004/18, παραχωρησιούχος επιχείρηση, έχουσα χαρακτηριστικά παρόμοια με αυτά της FES, δεσμεύεται από την εκ των άρθρων 43 ΕΚ και 49 ΕΚ απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας, καθώς και από τις αρχές ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, όταν συνάπτει σύμβαση σχετικά με υπηρεσίες εμπότους στο πεδίο παραχώρησης που της ανατέθηκε από δημόσια αρχή.

**45.** Πιο συγκεκριμένα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατά πόσον ενδείκνυται να ηγηθεί υπόψη το άρθρο 86, παράγραφος 1, ΕΚ, προκειμένου να καθορισθεί το πεδίο εφαρμογής της εν λόγω υποχρέωσης.

**46.** Αναφορικά με το άρθρο 86, παράγραφος 1, ΕΚ, αρκεί να υπομνησθεί ότι η διάταξη αυτή απευθύνεται στα κράτη-μέλη και όχι άμεσα στις επιχειρήσεις.

**47.** Προκειμένου να διαπιστωθεί κατά πόσον οντότητα έχουσα χαρακτηριστικά παρόμοια με αυτά της FES μπορεί να εξομοιωθεί με δημόσια αρχή που δεσμεύεται από την υποχρέωση διαφάνειας, πρέπει να ηγηθούν υπόψη ορισμένα στοιχεία της έννοιας της «αναθέτουσας αρχής» του άρθρου 1, στοιχείο β', της οδηγίας 92/50, περί δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, στο μέτρο που τα στοιχεία αυτά ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις, τις οποίες θέτει η εφαρμογή στις παραχωρήσεις υπηρεσιών της εκ των άρθρων 42 ΕΚ και 49 ΕΚ απορρέουσας υποχρέωσης διαφάνειας.

**48.** Συγκεκριμένα, τα ως άνω άρθρα και οι αρχές ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας έχουν τους ίδιους σκοπούς με εκείνους της προαναφερθείσας οδηγίας, οι οποίοι αφορούν, μεταξύ άλλων, την ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών και τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό εντός των κρατών-μελών.

**49.** Κατόπιν των προεκτεθέντων, πρέπει να επαληθευθεί κατά πόσον πληρούνται δύο προϋποθέσεις, ήτοι κατά πόσον η συγκεκριμένη επιχείρηση, αφενός, υπόκειται στον αποτελεσματικό έλεγχο του κράτους ή άλλης δημόσιας αρχής, αφετέρου, δεν δρα υπό συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά.

**50.** Όσον αφορά την πρώτη από τις δύο αυτές προϋποθέσεις, από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι, παρότι ο Δήμος Φρανκφούρτης κατέχει το 51% του εταιρικού κεφαλαίου της FES, το γεγονός αυτό δεν του επιτρέπει να ελέγχει αποτελεσματικώς τη διαχείριση της εν λόγω επιχείρησης. Συγκεκριμένα, για τη λήψη αποφάσεων της γενικής συνελεύσεως απαιτείται πλειοψηφία τριών τετάρτων.

**51.** Επιπλέον, το υπόλοιπο 49% του μετοχικού κεφαλαίου της FES δεν κατέχει άλλη ή άλλης δημόσιας αρχής, αλλά ιδιωτική επιχείρηση που, ως τέτοια, επιδιώκει την ικανοποίηση ιδιωτικών συμφερόντων και όχι την επίτευξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος (βλ., συναφώς, απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 50).

**52.** Επιπλέον, στο εποπτικό συμβούλιο της FES ο Δήμος Φρανκφούρτης δεν διαθέτει παρά ένα τέταρτο των ψήφων. Το γεγονός ότι ο εν λόγω δήμος έχει το δικαίωμα να προτείνει υποψήφιο

για το αξίωμα του προέδρου του εποπτικού συμβουλίου, η ψήφος του οποίου υπερικχύει σε περίπτωση ισοψηφίας, δεν αρκεί ώστε να είναι σε θέση να ασκεί καθοριστική επιρροή στη FES.

**53.** Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν πληρούται η προϋπόθεση περί αποτελεσματικού ελέγχου του κράτους ή άλλης δημόσιας αρχής.

**54.** Όσον αφορά την αναφερόμενη στη σκέψη 49 της παρούσας αποφάσεως δεύτερη προϋπόθεση, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι πλέον του ημίσεος του κύκλου εργασιών της FES προέρχεται από αμφοτεροβαρείς συμβάσεις με αντικείμενο τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών εντός της περιφέρειας του Δήμου Φρανκφούρτης.

**55.** Μία τέτοια αναλογία πρέπει να εξομοιωθεί με εκείνη που υφίσταται στις συνήθεις εμπορικές σχέσεις, οι οποίες αναπτύσσονται στο πλαίσιο αμφοτεροβαρών συμβάσεων που αποτελούν αντικείμενο ελεύθερων διαπραγματεύσεων μεταξύ των συμβαλλομένων (βλ., συναφώς, απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge, Συλλογή 2000, σ. I-8035, σκέψη 25).

**56.** Από την απόφαση περί παραπομπής μπορεί εξάλλου να συναχθεί ότι η FES δρα υπό συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά, όπως προκύπτει, αφενός, από το γεγονός ότι σημαντικό τμήμα των εσόδων της προέρχεται από δραστηριότητες με άλλες δημόσιες αρχές πλην του Δήμου Φρανκφούρτης και με ιδιωτικές επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην αγορά και, αφετέρου, από το ότι συναγωνίσθηκε με άλλης επιχειρήσεις προκειμένου να της ανατεθεί η επίμαχη στην κύρια δίκη παραχώρηση.

**57.** Υπό αυτές τις συνθήκες, δεν πληρούται ούτε η απαραίτητη δεύτερη προϋπόθεση περί εξομοιώσεως επιχειρήσεως με δημόσια αρχή.

**58.** Το αιτούν δικαστήριο ερωτά επίσης το Δικαστήριο εάν μπορεί ενδεχομένως να εφαρμοσθεί η οδηγία 80/723.

**59.** Στο μέτρο που αφορά τη διαφάνεια των χρηματοοικονομικών σχέσεων μεταξύ κρατών-μελών και δημοσίων επιχειρήσεων, η εν λόγω οδηγία δεν εφαρμόζεται αυτή καθαυτή στο ζήτημα του πέμπτου ερωτήματος.

**60.** Κατά συνέπεια, στο πέμπτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, όταν παραχωρησιούχος επιχείρηση συνάπτει σύμβαση σχετικά με υπηρεσίες εμπότους στο πεδίο παραχώρησης που της ανατέθηκε από οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, δεν εφαρμόζονται η απορρέουσα από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ υποχρέωση διαφάνειας καθώς και οι αρχές ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, εφόσον η επιχείρηση αυτή:

- ιδρύθηκε από τον οργανισμό αυτό τοπικής αυτοδιοίκησης με σκοπό τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών, δραστηριοποιείται όμως επίσης στην ελεύθερη αγορά,
- ανήκει κατά ποσοστό 51% στον εν λόγω οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, οι σχετικές όμως με τη διαχείριση αποφάσεις μπορούν να λαμβάνονται μόνον με πλειοψηφία τριών τετάρτων της γενικής συνελεύσεως της επιχείρησης αυτής,
- έχει μόνον το ένα τέταρτο των μελών του εποπτικού συμβουλίου, συμπεριλαμβανομένου του προέδρου αυτού, που διορίζονται από τον ίδιο ως άνω οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης, και
- πραγματοποιεί πλέον του ημίσεος του κύκλου εργασιών της από αμφοτεροβαρείς συμβάσεις με αντικείμενο τη διάθεση αποβλήτων και τον καθαρισμό των οδών εντός των διοικητι-

κών ορίων του εν λόγω οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως, οι δε εργασίες χρηματοδοτούνται από τον οργανισμό αυτό με πόρους προερχόμενους από τα δημοτικά τέλη που καταβάλλουν οι πολίτες του.

*Επί του πρώτου, δεύτερου και τέταρτου ερωτήματος*

**61.** Με το πρώτο, δεύτερο και τέταρτο ερώτημά του, τα οποία πρέπει να εξετασθούν από κοινού, το αιτούν δικαστήριο ερωτά στην ουσία κατά πόσον οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας επιβάλλουν, αφενός, στις δημόσιες αρχές να καταγγέλλουν σύμβαση συναφθείσα κατά παράβαση της προαναφερθείσας υποχρέωσης διαφάνειας και, αφετέρου, στα εθνικά δικαστήρια να παρέχουν στον μη επιλεγέντα διαγωνιζόμενο το δικαίωμα να ζητήσει τη λήψη μέτρων αποτροπής επικείμενης παραβάσεως αυτών των υποχρεώσεων ή τη μη συνέχιση της ήδη σημειωθείσας παραβάσεως της υποχρέωσης αυτής. Το εθνικό δικαστήριο ερωτά επίσης κατά πόσον η εν λόγω υποχρέωση μπορεί να θεωρηθεί ως εμπόνη στο εθιμικό δίκαιο της Ένωσης.

**62.** Όπως υπογραμμίσθηκε στη σκέψη 33 της παρούσας αποφάσεως, οι συμβάσεις παραχωρήσεως υπηρεσιών ουδόλως διέπονται, κατά το ισχύον δίκαιο της Ένωσης, από κάποια από τις οδηγίες που ρυθμίζουν τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

**63.** Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, ελλείψει ρυθμίσεως της Ένωσης, εναπόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη εκάστου κράτους-μέλους να ρυθμίσει τα μέσα έννομης προστασίας προς προάσπιση των δικαιωμάτων που οι πολίτες αντλούν από το δίκαιο της Ένωσης (βλ., συναφώς, απόφαση της 13ης Μαρτίου 2007, C-432/05, Unibet, Συλλογή 2007, σ. I-2271, σκέψη 39 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

**64.** Τα μέσα αυτά έννομης προστασίας δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκά από παρόμοιες διαδικασίες της εσωτερικής έννομης τάξεως (αρχή της ισοδυναμίας) και δεν πρέπει να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απονέμει η έννομη τάξη της Ένωσης (αρχή της αποτελεσματικότητας) (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση Unibet, σκέψη 43 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

**65.** Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας δεν επιβάλλουν στις δημόσιες αρχές να καταγγέλλουν σύμβαση, ούτε στα εθνικά δικαστήρια να λαμβάνουν μέτρα σε κάθε περίπτωση υποτιθέμενης αθετήσεως της υποχρέωσης αυτής κατά τη διαδικασία παραχωρήσεως υπηρεσιών. Εναπόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη να ρυθμίσει τα μέσα έννομης προστασίας προς προάσπιση των δικαιωμάτων που οι πολίτες αντλούν από την εν λόγω υποχρέωση, κατά τέτοιο τρόπο ώστε τα μέσα αυτά να μην είναι λιγότερο ευνοϊκά από παρόμοιες διαδικασίες εσωτερικής έννομης τάξεως, ούτε να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών.

**66.** Τέλος, το αιτούν δικαστήριο εγείρει ακόμα ένα ερώτημα. Κατά το δικαστήριο αυτό, μία αμιγώς νομολογιακή διαμόρφωση

του δικαίου δεν αποτελεί προστατευτικό κανόνα δικαίου, θεμελιώνοντα ευθύνη κατά τις απαιτήσεις του γερμανικού κώδικα αστικού δικαίου (Bürgerliches Gesetzbuch). Μόνον το εθιμικό δίκαιο μπορεί να αποτελέσει κανόνα δικαίου κατά την έννοια του κώδικα αυτού. Παραπέμποντας στη νομολογία του Bundesverfassungsgericht (Συνταγματικό Δικαστήριο), το ως άνω δικαστήριο επισημαίνει ότι η αναγνώριση εθιμικού κανόνα δικαίου προϋποθέτει μακροχρόνια, διαρκή, σταθερή, ισόρροπη και γενική χρήση, καθώς και αποδοχή του δεσμευτικού του χαρακτήρα εκ μέρους των οικείων υποκειμένων δικαίου.

**67.** Κατά το εθνικό, εντούτοις, δικαστήριο, η αναφερόμενη στις αποφάσεις του Δικαστηρίου υποχρέωση διαφάνειας είναι τόσο πρόσφατη, ώστε να μη μπορεί να θεωρηθεί ως συνιστώσα εθιμικό δίκαιο, όπως αυτό ορίσθηκε στην προηγούμενη σκέψη.

**68.** Ως προς τούτο, πρέπει να επισημανθεί ότι η υποχρέωση διαφάνειας απορρέει από το δίκαιο της Ένωσης και κυρίως από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα Coname, σκέψεις 17 έως 19). Οι διατάξεις αυτές, την τήρηση των οποίων διασφαλίζει το Δικαστήριο, παράγουν άμεσα αποτελέσματα στις εσωτερικές έννομες τάξεις των κρατών-μελών και υπερέχουν κάθε αντίθετης διατάξεως του εθνικού δικαίου.

**69.** Βάσει, ειδικότερα, του άρθρου 4, παράγραφος 3, ΣΕΚ, απόκειται στις αρχές γενικών των κρατών-μελών να διασφαλίζουν, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων τους, την τήρηση των κανόνων του δικαίου της Ένωσης (βλ., συναφώς, απόφαση της 12ης Φεβρουαρίου 2008, C-2/06, Kempster, Συλλογή 2008, σ. I-411, σκέψη 34 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

**70.** Απόκειται στο εθνικό δικαστήριο να ερμηνεύσει, στο μέτρο του δυνατού, τον νόμο που πρέπει να εφαρμόσει σύμφωνα με τις απαιτήσεις του δικαίου της Ένωσης, ώστε, μεταξύ άλλων, να διασφαλίζεται η τήρηση της υποχρέωσης διαφάνειας (βλ., συναφώς, απόφαση της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-327/00, Santex, Συλλογή 2003, σ. I-1877, σκέψη 63 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

**71.** Κατόπιν των ανωτέρω, στο πρώτο, δεύτερο και τέταρτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας δεν επιβάλλουν στις δημόσιες αρχές να καταγγέλλουν σύμβαση, ούτε στα εθνικά δικαστήρια να λαμβάνουν μέτρα σε κάθε περίπτωση προβαλλόμενης αθετήσεως της υποχρέωσης αυτής κατά τη διαδικασία παραχωρήσεως υπηρεσιών. Εναπόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη να ρυθμίσει τα μέσα έννομης προστασίας προς προάσπιση των δικαιωμάτων που συνεπάγεται για τους πολίτες η εν λόγω υποχρέωση, κατά τέτοιο τρόπο ώστε τα μέσα αυτά να μην είναι λιγότερο ευνοϊκά από παρόμοιες διαδικασίες εσωτερικής έννομης τάξεως, ούτε να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών. Η υποχρέωση διαφάνειας απορρέει άμεσα από τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, τα οποία παράγουν άμεσα αποτελέσματα στις εσωτερικές έννομες τάξεις των κρατών-μελών και υπερέχουν κάθε αντίθετης διατάξεως του εθνικού δικαίου. [...]

Σχόλιο

**Αντικατάσταση υπεργολάβου και διαφάνεια στην εκτέλεση των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών**

Οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του παράγωγου δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις, πλην όμως διέπονται από το πρωτογενές ευρωπαϊκό δίκαιο, εφόσον εμφανίζουν διασυνοριακό ενδιαφέρον<sup>1</sup>. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα η εξειδίκευση τόσο του ορισμού όσο και των επί μέρους πτυχών του νομικού καθεστώτος των εν λόγω συμβάσεων να αποτελεί έργο πρωτίστως της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Με τη σχολιαζόμενη απόφαση<sup>2</sup>, η οποία εκδόθηκε επί προδικαστικών ερωτημάτων του Landgericht Frankfurt am Main (Γερμανία), το Δικαστήριο (τμήμα μείζονος συνθέσεως), ακολουθώντας κατ' αναλογία τις εξελίξεις του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων που δεν περιορίζεται πλέον στο στάδιο κατάρτισης των τελευταίων, παρέχει πολύ χρήσιμες διευκρινίσεις ως προς την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και της διαφάνειας κατά το στάδιο εκτέλεσης των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών<sup>3</sup>.

Η υπόθεση της κύριας δίκης αφορά σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών, η οποία συνήφθη μεταξύ του Stadt

Frankfurt am Main (στο εξής: Δήμος της Φραγκφούρτης) και της επιχείρησης Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (στο εξής: FES). Η τελευταία έχει συσταθεί ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου και αποτελεί οντότητα μικτού κεφαλαίου, στο πλαίσιο σύμπραξης δημόσιου-ιδιωτικού τομέα. Κατά το στάδιο εκτέλεσης της παραπάνω σύμβασης, ο Δήμος της Φραγκφούρτης συναίνεσε σε αίτηση της FES να αντικατασταθεί ο αρχικός υπεργολάβος που η επιχείρηση αυτή είχε δηλώσει στο πλαίσιο του διαγωνισμού σύναψης της εν λόγω σύμβασης. Ο αρχικός υπεργολάβος, η επιχείρηση Wall AG, προσέφυγε ενώπιον του δικαστηρίου της παραπομπής, προβάλλοντας, μεταξύ άλλων, ότι ο Δήμος της Φραγκφούρτης και η FES παραβίασαν την υποχρέωση διαφάνειας, ο μεν πρώτος συναινώντας σε ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης παραχώρησης, η δε δεύτερη προβαίνοντας σε αντικατάσταση υπεργολάβου υπέρ της επιχείρησης Deutsche Städte Medien GmbH (στο εξής: DSM). Απαντώντας στα πέντε προδικαστικά ερωτήματα που τους έθεσε το δικαστήριο της παραπομπής, οι δικαστές του Kirchberg προσδιόρισαν, ενόψει των δεδομένων της υπόθεσης της κύριας δίκης, το κριτήριο εντοπισμού του διασυνοριακού ενδιαφέροντος μιας σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών (Α), τη δυνατότητα αντικατάστασης υπεργολάβου κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης αυτής (Β), τη δυνατότητα να αντιταχθεί η υποχρέωση διαφάνειας σε παραχωρησιούχο που αποτελεί οντότητα μικτού κεφαλαίου (Γ) και, τέλος, τον τρόπο ελέγχου των συναφών αποφάσεων που λαμβάνονται κατά την εκτέλεση μιας σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών (Δ).

**A. Το διασυνοριακό ενδιαφέρον της σύμβασης**

Από τη σχετικά πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, προκειμένου να εφαρμόζεται το πρωτογενές ευρωπαϊκό δίκαιο σε μια σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών, η τελευταία πρέπει να εμφανίζει βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον<sup>4</sup>. Πρόκειται για μια προϋπόθεση η οποία μνημονεύθηκε και στην Ερμηνευτική Ανακοίνωση της

(1) Βλ., αντί άλλων, τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, *Telaustria* και *Telefonadress*, σκέψεις 60 έως 62, της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, σκέψεις 46 έως 48, της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-206/08, *Eurawasser*, σκέψη 44, της 3ης Ιουνίου 2010, C-203/08, *Sporting Exchange*, σκέψη 39, και της 9ης Σεπτεμβρίου 2010, C-64/08, *Engelmann*, σκέψη 49.

(2) ΔηΣΚΕ 2/2010, σ. 74 επ., σχόλιο Κ. Σκουρή. Βλ. και T. Lassey, *Chronique, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 36, 6 Σεπτεμβρίου 2010, σ. 2255, R. *Noguellou*, *Changement de sous-traitant et principe de transparence dans une concession de services, Droit Administratif* n° 7, Ιούλιος 2010, comm. 109, M. *Auber/E. Broussy/Fr. Donnat*, *Chronique de jurisprudence communautaire, AJDA* 2010, σ. 937, W. *Zimmer*, *Changement de sous-traitant en cours d'exécution du contrat, Contrats et Marchés publics* n° 6, Ιούνιος 2010, comm. 222, D. *Simon*, *Obligation de transparence en cas de modification d'une concession de service public, Europe* n° 6, Ιούνιος 2010, comm. 208, Ph. *Proot*, *Cession de contrat : où en est-on un an et demi après l'arrêt ressetext ?*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 8, 22 Φεβρουαρίου 2010, σ. 17.

(3) Ως προς τη γενική προβληματική του ζητήματος αυτού, βλ. Κ. *Γιαννακόπουλου*, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 2006, H. *Hoepffner*, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, 2009.

(4) Βλ. τις αποφάσεις της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, *Coname*, σκέψη 17, της 17ης Ιουλίου 2008, C-347/06, *ASM Brescia*, σκέψη 59, της 13ης Νοεμβρίου 2007, C-507/03, *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας*, σκέψη 29,

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 (2006/C 179/02)<sup>5</sup>. Προηγουμένως, η παραπάνω προϋπόθεση δεν αναφερόταν πάντοτε ρητώς στις αποφάσεις του Δικαστηρίου, με αποτέλεσμα, ορισμένες φορές, να φαίνεται ότι οι γενικές αρχές που απορρέουν από τη Συνθήκη εφαρμόζονται στις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών χωρίς όρους<sup>6</sup>.

Συναφώς, στις υποθέσεις *SECAP* και *Santorso*, το Δικαστήριο έκανε δεκτό ότι «πριν από τον καθορισμό των όρων της προκηρύξεως της σύμβασης, η εκτίμηση του ενδεχόμενου διασυνοριακού ενδιαφέροντος της σύμβασης με υπολογιζόμενη αξία χαμηλότερη του κοινοτικού ορίου απόκειται κατ' αρχήν στην οικεία αναθέτουσα αρχή, λαμβανομένου υπόψη ότι η αξιολόγηση αυτή μπορεί να υπαχθεί σε δικαστικό έλεγχο. Πάντως, μια ρύθμιση μπορεί να θεσπίζει, σε εθνικό ή τοπικό επίπεδο, αντικειμενικά κριτήρια για την ύπαρξη βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος. Μεταξύ άλλων, τέτοια κριτήρια μπορεί να είναι η σημαντική αξία της επίμαχης σύμβασης σε συνδυασμό με τον τόπο εκτέλεσης των έργων. Μπορεί επίσης να αποκλείεται η ύπαρξη τέτοιου ενδιαφέροντος στην περίπτωση, παραδείγματος χάρη, του πολύ περιορισμένου οικονομικού διακυβέυματος της επίμαχης σύμβασης δημοσίων έργων (βλ., συναφώς, απόφαση της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, *Coname*, Συλλογή 2005, σ. I-7287, σκέψη 20). Ωστόσο, απαιτείται να λαμβάνεται υπόψη το γεγονός ότι, σε ορισμένες περιπτώσεις, τα σύνορα διασχίζουν κατοικημένες περιοχές που βρίσκονται στο έδαφος διαφόρων κρατών-μελών και, υπό τις συνθήκες αυτές, ακόμα και συμβάσεις αμελητέας αξίας μπορεί να παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον»<sup>7</sup>.

Στη σχολιαζόμενη απόφαση, το Δικαστήριο δεν αναζήτησε την αξία της επίμαχης σύμβασης σε συνδυασμό με το αντικείμενο και τον τόπο εκτέλεσης των σχετικών υπηρεσιών. Αρκέστηκε στην ευρύτερη δυνατή σύλληψη του διασυνοριακού ενδιαφέροντος μιας σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, δηλαδή στο γεγονός ότι, ενόψει των διαπιστώσεων του δικαστηρίου της παραπομπής, η διαδικασία σύναψης της εν λόγω σύμβασης «ενδέχεται να ενδιαφέρει επιχείρηση η οποία είναι εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος από αυτό εντός του οποίου ανατίθεται η παραχώρηση»<sup>8</sup>. Επισημάνε δε ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, η επίμαχη σύμβαση ενδέχεται να ενδιαφέρει επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλο κράτος-μέλος από τη Γερμανία, καθόσον το δικαστήριο της παραπομπής διαπίστωσε ότι «η πρόσκληση υποβολής προσφορών δημοσιεύθηκε στην επίσημη εφημερίδα του Δήμου Φρανκφούρτης "σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης"» και, επομένως, «η παράβαση της υποχρέωσης διαφάνειας ενδέχεται να συνιστά δυσμενή διάκριση, τουλάχιστον δυνητικά, εις βάρος επιχειρήσεων άλλων κρατών-μελών»<sup>9</sup>. Πρόκειται για μια διασταλτική ερμηνεία του διασυνοριακού ενδιαφέροντος, διότι, αν δεν συνεκτιμηθούν το αντικείμενο, ο τόπος εκτέλεσης και η αξία μιας σύμβασης, μόνο το γεγονός της δημοσίευσης της διαδικασίας ανάθεσής της «σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης» δεν μπορεί να προδικάσει με βεβαιότητα ότι η σύμβαση αυτή εμφανίζει πράγματι διασυνοριακό ενδιαφέρον.

Αυτού του είδους η ερμηνεία φαίνεται να αποσκοπεί στην αποφυγή συρρίκνωσης του πεδίου εφαρμογής του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Σε κάθε περίπτωση, καταδεικνύει ότι, στο πλαίσιο της απάντησης σε προδικαστικά ερωτήματα, οπότε η απόδειξη των προϋποθέσεων παραδεκτής και λυσιτελούς επίκλησης του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ανήκει κατ' αρχήν στον εθνικό δικαστή<sup>10</sup>, το Δικαστήριο, εξετάζοντας τις συναφείς δια-

και της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 66.

(5) Βλ. το σημείο 1.3. της εν λόγω Εξηγητικής Ανακοίνωσης, η οποία κάνει λόγο για ενδεχόμενο διασυνοριακό ενδιαφέρον. Βλ. και Γ. Σαμπάνη/Χ. Συνοδινού, *Συμβάσεις του Δημοσίου*. Προστασία κάτω από τα ευρωπαϊκά κατάφια, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σ. 8 επ..

(6) Βλ., ιδίως, τις αποφάσεις της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, *Te-laustria* και *Telefonadress*, σκέψη 60, και τη διάταξη της 3ης Δεκεμβρίου 2001, C-59/00, *Vestergaard*, σκέψη 20. Βλ., σχετικά, τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα P. Mengozzi της 28ης Ιουνίου 2010 στην υπόθεση C-226/09, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, υποσ. 6.

(7) Απόφαση της 15ης Μαΐου 2008, C-147/06 και C-148/06, σκέψεις 30 και 31. Βλ. και την προμνησθείσα απόφαση της 17ης Ιουλίου 2008, C-347/06, *ASM Brescia*, σκέψη 62.

(8) Βλ. τη σκέψη 34 της σχολιαζόμενης απόφασης.

(9) Βλ. τη σκέψη 35 της σχολιαζόμενης απόφασης.

(10) Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, τα σχετικά με την ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου ερωτήματα που υποβάλλει εθνικό δικαστήριο, εντός του πραγματικού και κανονιστικού πλαισίου που αυτό προσδιόρισε με δική του ευθύνη και την ακρίβεια του οποίου δεν οφείλει να ελέγξει το Δικαστήριο, απολαμβάνουν τεκμηρίου λυσιτέλειας. Το Δικαστήριο μπορεί να απορρίψει αίτηση που υπέβαλε εθνικό δικαστήριο μόνον όταν προδήλως προκύπτει ότι η ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου που ζητεί το εθνικό δικαστήριο δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης, όταν το πρόβλημα είναι υποθετικής φύσεως ή επίσης όταν το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα πραγματικά και νομικά στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δώσει χρήσιμη απάντηση στα ερωτήματα

πιστώσεις του τελευταίου, στην πράξη αναζητεί μάλλον εάν το απαιτούμενο διασυνοριακό ενδιαφέρον είναι «ενδεχόμενο» παρά εάν είναι «βέβαιο»<sup>11</sup>. Συμβαίνει, όμως, το αντίθετο, όταν πρόκειται για προσφυγή της Επιτροπής κατά κράτους-μέλους για παράβαση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οπότε το Δικαστήριο επιδεικνύει δικαιολογημένα μεγαλύτερη αυστηρότητα, κάνοντας δεκτό ότι «εναπόκειται στην Επιτροπή να αποδείξει ότι, μολοντί η επίμαχη σύμβαση συνδεόταν με υπηρεσίες του παραρτήματος I Β της οδηγίας 92/50, η σύμβαση αυτή παρουσίαζε, για μια επιχείρηση εγκατεστημένη σε κράτος-μέλος διαφορετικό από εκείνο της οικείας αναθέτουσας αρχής, βέβαιο ενδιαφέρον» και ότι «η Επιτροπή οφείλει να προσκομίζει στο Δικαστήριο όλα τα στοιχεία που είναι αναγκαία για την εκ μέρους του διαπίστωση της παραβάσεως, χωρίς να μπορεί να στηριχθεί σε οποιοδήποτε τεκμήριο [...] βάσει του οποίου μια σύμβαση παρουσιάζει κατ' ανάγκη βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον». Συναφώς, το Δικαστήριο έκρινε ότι «η εκ μέρους της [ενν. της Επιτροπής] απλή υπόδειξη για την ύπαρξη καταγγελίας που της απευθύνθηκε σε σχέση με την επίμαχη σύμβαση δεν μπορεί να αρκεί για να αποδείξει ότι η εν λόγω σύμβαση παρουσίαζε βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον και να βεβαιώσει, ως εκ τούτου, την ύπαρξη παραβάσεως»<sup>12</sup>.

### **Β. Η δυνατότητα αντικατάστασης υπεργολάβου κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης**

Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν περιέχει ειδικές ρυθμίσεις σχετικά με τη μεταβολή της ταυτότητας των συμβαλλομένων ή άλλων προσώπων που συνδέονται με την εκτέλεση μιας δημόσιας σύμβασης ή μιας σύμβασης παραχώρησης<sup>13</sup>. Πλην όμως, πρέπει να γίνει δεκτό πως, μετά την κατάρτιση μιας τέτοιας σύμβασης, όπως

και κατά το προσυμβατικό στάδιο, τα κράτη-μέλη, πηρώντας τις θεμελιώδεις αρχές του ευρωπαϊκού δικαίου και, ιδίως τις αρχές της απαγόρευσης των δυσμενών διακρίσεων και της προστασίας του ωφέλιμου αποτελέσματος των δικαιωμάτων που πηγάζουν από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, έχουν την ευχέρεια να λάβουν μέτρα σχετικά με τη δυνατότητα, τις προϋποθέσεις και τις συνέπειες της μεταβολής της ταυτότητας των παραπάνω προσώπων<sup>14</sup>. Συναφώς, το Δικαστήριο έχει κάνει δεκτό ότι, κατά το στάδιο εκτέλεσης μιας δημόσιας σύμβασης, το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο μπορεί να περιορίσει τη δυνατότητα ανάθεσης μέρους της εκτέλεσης της σύμβασης σε υπεργολάβο, με σκοπό να αποφευχθεί η εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων του συμβατικού αντικειμένου από οντότητες των οποίων η αναθέτουσα αρχή δεν είχε τη δυνατότητα να αξιολογήσει τις τεχνικές και οικονομικές δυνατότητες κατά τη διαδικασία επιλογής του διαγωνιζόμενου στον οποίο ανατέθηκε η σύμβαση<sup>15</sup>. Εξάλλου, έχει κριθεί ότι, εάν ο αντισυμβαλλόμενος του δημοσίου νομικού προσώπου είναι και αυτός αναθέτουσα αρχή, η τυχόν μεταβολή των υπεργολάβων στους οποίους η τελευταία προσφεύγει για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης δεν πρέπει να καταστρατηγεί τη διαγωνιστική διαδικασία αρχικής επιλογής τους<sup>16</sup>.

Στην υπόθεση της σχολιαζόμενης απόφασης τέθηκε το ειδικότερο ζήτημα εάν -και με ποιους όρους- είναι επιτρεπτή η αντικατάσταση υπεργολάβου κατά την εκτέλεση σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών. Η σπουδαιότητα του ζητήματος αυτού, ως επί μέρους έκφρασης της προβληματικής της δυνατότητας τροποποίησης των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης, είχε ήδη επισημανθεί<sup>17</sup>. Είχε δε υποστηριχθεί ότι, ενόψει της προστασίας του ανταγωνισμού, κατά το στάδιο εκτέλεσης μιας δημόσιας σύμβασης ή μιας σύμβασης παραχώρησης πρέπει να είναι δυνατή η σύναψη σύμβασης υπεργολαβίας ή η μεταβολή της ταυτότητας υπεργολάβου, ύστερα όμως από αιτιολογημένη έγκριση του συμβαλλό-

που του υποβλήθηκαν. Βλ., αντί άλλων, τις αποφάσεις της 7ης Ιουνίου 2007, C-222/05 έως C-225/05, van der Weerd κ.λπ., σκέψη 22, και της 22ας Ιουνίου 2010, C-188/10 και C-189/10, Aziz Melki και Sélim Ab, σκέψη 27. Βλ., ειδικότερα, ως προς την εκτίμηση της συνδρομής βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος, την απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 25: «στο αιτούν δικαστήριο απόκειται να εκτιμήσει εμπειριστικώς όλα τα κρίσιμα στοιχεία σχετικά με τις δύο συμβάσεις δημοσίων έργων προκειμένου να εξακριβώσει, στις περιπτώσεις αυτές, την ύπαρξη αναμφισβήτητου διασυνοριακού ενδιαφέροντος».

(11) Βλ. και την προμνησθείσα απόφαση της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen, σκέψη 55.

(12) Βλ. την προμνησθείσα απόφαση της 13ης Νοεμβρίου 2007, C-507/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, σκέψεις 32 έως 34.

(13) Βλ. τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα L.A. Geelhoed της 20ης Νοεμβρίου 2003 στην υπόθεση C-314/01, Siemens και ARGE Telecom, σημεία 77 επ..

(14) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, *ό.π.*, αρ. 518.

(15) Βλ. την απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens και ARGE Telecom, σκέψη 47.

(16) Βλ. την απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 2004, C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, ιδίως σκέψη 18.

(17) Βλ., αναλυτικώς, Κ. Γιαννακόπουλου, *ό.π.*, αρ. 518 επ.. Εντούτοις, την ίδια στιγμή υποστηριζόταν και η αντίθετη άποψη, δηλαδή ότι η σύναψη υπεργολαβίας και η αντικατάσταση υπεργολάβου δεν συνδέονται με μεταβολή της κύριας σύμβασης, εφόσον, σύμφωνα με τον τυπικό ορισμό της υπεργολαβίας, η τελευταία αφορά τμήμα του συμβατικού αντικειμένου και δεν οδηγεί σε υποκατάσταση του αναδόχου. Βλ., σχετικά, Η. Hoepffner, *ό.π.*, σ. 90 επ., ιδίως αρ. 143.

μενου δημοσίου νομικού προσώπου. Τούτη δε η έγκριση δεν πρέπει να χορηγείται, όταν η σύμβαση υπεργολαβίας ή η υποκατάσταση του υπεργολάβου οδηγούν σε μεταβολή ουσιωδών στοιχείων που σχετίζονται με την επιλογή του αρχικού αναδόχου της εκτελούμενης κύριας σύμβασης ή, γενικότερα, έχουν ως σκοπό την καταστράτηγηση των κανόνων περί ανοίγματος της διαδικασίας κατάρτισης της εν λόγω σύμβασης στον ανταγωνισμό<sup>18</sup>. Άλλωστε, δεν είναι σπάνιες οι περιπτώσεις διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων, οι οποίες υποβάλλουν αυτοτελώς προσφορά και εκ των υστέρων, αφού τους ανατεθεί η σύμβαση, κατανέμουν υπεργολαβικά τμήμα της εκτέλεσής της σε άλλες επιχειρήσεις που, μη δρώντας αυτόνομα, απέφυγαν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό ή συμμετείχαν σε αυτόν «πλασματικά», υποβάλλοντας προσφορές που δεν ήταν ανταγωνιστικές. Για τον λόγο αυτόν, όταν εγκρίνεται η σύναψη μιας νέας σύμβασης υπεργολαβίας, δεν αρκεί να εξετάζονται απλώς τα προσόντα του νέου υπεργολάβου για την εκτέλεση της κύριας σύμβασης, όπως απαιτεί η ελληνική νομοθεσία για τα δημόσια έργα, προβλέποντας μάλιστα τη δυνατότητα τεκμαρτής τέτοιας έγκρισης<sup>19</sup>. Πρέπει, επίσης, να ελεγχθεί εάν, στο πλαίσιο κατάρτισης της κύριας σύμβασης, είχε δηλωθεί κατά την υποβολή των προσφορών η πρόθεση ανάθεσης τμήματος του έργου σε υπεργολάβο, εφόσον η δήλωση αυτή επιβαλλόταν από τη διακήρυξη, έτσι ώστε, κατά την εκτέλεση της κύριας σύμβασης, να είναι κατ' αρχήν δυνατή η μεταβολή της ταυτότητάς του υπεργολάβου, εφόσον υπάρχουν προς τούτο σπουδαίοι λόγοι. Πρέπει, εξάλλου, να κριθεί τεκμηριωμένα εάν όντως συνέτρεξε τέτοιος σπουδαίος λόγος και εάν ο νέος υπεργολάβος είναι ικανός και αξιόπιστος, όχι γενικώς ή ενόψει μόνον του αντικειμένου της κύριας σύμβασης, αλλά ενόψει όλων των σχετικών όρων της διακήρυξης, καθώς και των κανόνων και αρχών που ρύθμισαν τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης αυτής. Για παράδειγμα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι δεν θα επιτρεπόταν η εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης να ανατεθεί τελικώς, έστω υπεργολαβικά, σε πρόσωπο το οποίο, με βάση τους κανόνες περί προστασίας του ανταγωνισμού, δεν μπορούσε να συμμετέχει στη σχετική διαδικασία ανάθεσης<sup>20</sup>. Γενικώς, πρέπει να διερευνηθεί μήπως πίσω από

τη σύσταση υπεργολαβίας ή την αντικατάσταση υπεργολάβου υποκρύπτεται συμφωνία που στοχεύει στον οποιοδήποτε περιορισμό, την παρεμπόδιση ή τη νόθευση του ανταγωνισμού που αναπτύχθηκε κατά τη διαδικασία ανάθεσης της κύριας σύμβασης<sup>21</sup>.

Με τη σχολιαζόμενη απόφαση, το Δικαστήριο επιβεβαίωσε τις παραπάνω απόψεις, εφαρμόζοντας τη νομολογία του σχετικά με τη δυνατότητα τροποποίησης όρων μιας σύμβασης. Σύμφωνα με τη νομολογία αυτή, «προς διασφάλιση της διαφάνειας των διαδικασιών και της ίσης μεταχείρισεως των υποβαλλόντων προσφορές, οι ουσιαστικές τροποποιήσεις επί ουσιωδών διατάξεων συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται, υπό ορισμένες περιπτώσεις, να καθιστούν αναγκαία τη σύναψη νέας συμβάσεως παραχωρήσεως, όταν οι όροι τους οποίους προβλέπουν διαφοροποιούνται ουσιαστικώς από εκείνους της αρχικής συμβάσεως παραχωρήσεως υποδηλώνοντας, συνεπώς, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής»<sup>22</sup>. Εξάλλου, «τροποποίηση επί ισχύουσας συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης οσάκις προστίθενται όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της αρχικής συμβάσεως, θα είχαν ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη»<sup>23</sup>. Ακολουθώντας ανάλογο σκεπτικό ως προς το ζήτημα που αφορούσε η υπόθεση της σχολιαζόμενης απόφασης, το Δικαστήριο έκρινε ότι «αλλαγή υπεργολάβου, ακόμα και όταν η σύμβαση προβλέπει τη σχετική δυνατότητα, μπορεί, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, να συνιστά τέτοια τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων της συμβάσεως παραχωρήσεως, εφόσον η επιλογή ενός υπεργολάβου έναντι ενός άλλου υπήρξε, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των επίμαχων υπηρεσιών, καθοριστικό στοιχείο κατά τη σύναψη της συμβάσεως, γεγονός που σε κάθε περίπτωση απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει»<sup>24</sup>. Καθώς δε,

(21) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, ό.π., αρ. 536 επ..

(22) Βλ. τη σκέψη 37 της σχολιαζόμενης απόφασης. Βλ. και τις αποφάσεις της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψεις 44 και 46, και της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, σκέψη 34.

(23) Βλ. τη σκέψη 38 της σχολιαζόμενης απόφασης. Βλ. την προμνησθείσα απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, σκέψη 35.

(24) Βλ. τη σκέψη 39 της σχολιαζόμενης απόφασης.

(18) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, ό.π., αρ. 541. Πρβλ. Απ. Γέροντα, Δίκαιο δημοσίων έργων. Η διοικητική σύμβαση - Ανάθεση - Εκτέλεση - Δικαστική προστασία (κατά το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο), εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2009, σ. 696 επ..

(19) Βλ. το άρθρο 68 του ν. 3669/2008.

(20) Πρβλ. τη ΓνωμΝΣΚ 86/1995.



στην υπόθεση της κύριας δίκης, το δικαστήριο της παραπομπής εντόπισε ότι η FES είχε δηλώσει, στο σχέδιο που συνήψε στην προσφορά που υπέβαλε στον Δήμο Φρανκφούρτης, ότι θα χρησιμοποιούσε συγκεκριμένες υπηρεσίες της επιχείρησης Wall AG, το Δικαστήριο τόνισε πως στον εθνικό δικαστή απόκειται να εκτιμήσει εάν όντως η επίμαχη σύμβαση παραχώρησης ανατέθηκε στη FES λόγω του υπερβολάβου που αυτή είχε υποδείξει. Συναφώς, «εάν, στο πλαίσιο της εν λόγω εκτιμήσεως, το αιτούν δικαστήριο συμπεράνει ότι υφίσταται τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων της συμβάσεως παραχωρήσεως, θα πρέπει να λάβει, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκαταστήσει τη διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας αναθέσεως. Η νέα διαδικασία αναθέσεως θα πρέπει, ενδεχομένως, να οργανωθεί κατά τρόπο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες της κρίσιμης παραχωρήσεως υπηρεσιών και να επιτρέπει σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη να έχουν πρόσβαση σε κατάλληλες πληροφορίες σχετικά με τη συγκεκριμένη παραχώρηση, πριν αυτή ανατεθεί»<sup>25</sup>.

Υποστηρίχθηκε πως είναι ιδιαίτερα αυστηρή η θέση του Δικαστηρίου ότι η αντικατάσταση υπερβολάβου, ακόμα και όταν η σύμβαση παραχώρησης προβλέπει τη σχετική δυνατότητα, μπορεί, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, να συνιστά ανεπίτρεπτη ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης αυτής. Και τούτο, διότι η θέση αυτή λαμβάνει υπόψη της μόνον τις συνθήκες ανταγωνισμού που διαμορφώθηκαν κατά το αρχικό άνοιγμα της σύμβασης παραχώρησης στον ανταγωνισμό, χωρίς να συνεξετάζει, όπως κάνει συνήθως ο εθνικός δικαστής, τον χρόνο που μεσολάβησε από τη σύναψη της σύμβασης αυτής και την ενδεχόμενη ανάγκη προσαρμογής της δημόσιας υπηρεσίας κατά το στάδιο εκτέλεσής της εν λόγω σύμβασης<sup>26</sup>. Κατά τη γνώμη μου, οι εν λόγω αιτιάσεις κατά του σκοπτικού της σχολιαζόμενης απόφασης δεν είναι πειστικές. Κατ' αρχάς, τυχόν πρόβλεψη στη σύμβαση παραχώρησης περί της δυνατότητας μεταβολής της ταυτότητας του υπερβολάβου δεν σημαίνει ότι ο ανάδοχος μπορεί να επιφέρει οποιαδήποτε τέτοια μεταβολή και με οποιοσδήποτε όρους, δηλαδή ακόμη και σε βάρος της προστασίας του ωφέλιμου αποτελέσματος της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγήθηκε της ανάθεσης της σύμβασης παρα-

χώρησης. Διαφορετικά, η σχετική πρόβλεψη στη σύμβαση αυτή -και, προφανώς, στη σχετική διακήρυξη του διαγωνισμού που προηγήθηκε- θα ήταν αντίθετη με τις αρχές της διαφάνειας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εξάλλου, ο ουσιώδης χαρακτήρας της υπό εξέταση τροποποίησης και η ύπαρξη ή μη «νέας σύμβασης», η οποία καταστρατηγεί τους όρους ανάπτυξης του ελεύθερου ανταγωνισμού που διαμορφώθηκαν με την αρχική σύμβαση παραχώρησης, δεν μπορούν παρά να εντοπίζονται με αναφορά στον χρόνο σύναψης της τελευταίας. Κι αν πρέπει να ληφθεί υπόψη κάποια τυχόν μεταβολή στις ανάγκες του δημοσίου συμφέροντος ενόψει της χρονικής απόστασης της κρίσιμης τροποποίησης από τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης<sup>27</sup>, η εκτίμηση αυτής της μεταβολής αρμόζει να συμβεί κατά την εξειδίκευση των συνεπειών της ανεπίτρεπτης τροποποίησης της εν λόγω σύμβασης και κατά τον προσδιορισμό κάθε αναγκαίου μέτρου προκειμένου να αποκατασταθεί η διαφάνεια<sup>28</sup>. Τέλος, το γεγονός ότι ο παραχωρησιούχος μπορεί να προέβη στην αντικατάσταση υπερβολάβου μέσω ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας, δεν είναι υποχρεωτικά κρίσιμο για το επιτρεπτό ή μη της αντικατάστασης αυτής. Και τούτο, διότι, στην προκείμενη υπόθεση, αντικείμενο προστασίας αποτελεί πρωτίστως η σταθερότητα της γενικότερης οικονομίας της κύριας σύμβασης παραχώρησης<sup>29</sup>, στην οποία περιλαμβάνονται ιδίως οι όροι επιλογής του ίδιου του παραχωρησιούχου ενόψει και του αρχικώς δηλωθέντος υπερβολάβου. Επομένως, εκείνο που κυρίως ενδιαφέρει δεν είναι τόσο ο προσδιορισμός της ταυτότητας του νέου υπερβολάβου όσο η σκοπιμότητα και το σύνολο των συνθηκών μεταβολής της ταυτότητας του αρχικού υπερβολάβου. Με άλλα λόγια, κρίσιμο δεν είναι εάν η FES οργάνωσε μια ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία για την επιλογή νέου υπερβολάβου, αλλά εάν -και με ποιους όρους- μπορούσε να προβεί κατ' αρχάς σε αντικατάσταση υπερβολάβου. Εξάλλου, στην υπόθεση που αφορά η σχολιαζόμενη απόφαση, φαίνεται ότι η FES καθόρισε μάλλον αυθαίρετα τη διαδικασία και τους όρους αυτής της αντικατάστασης, εφόσον δεν πραγματοποιήθηκε ο προσήκων εμπειριστατωμένος έλεγχος που ο Δήμος Φρανκφούρτης όφειλε να διενεργήσει επί της σκο-

(25) Βλ. τη σκέψη 42 της σχολιαζόμενης απόφασης.

(26) Βλ. W. Zimmer, ό.π., T. Lassey, ό.π., Ph. Proot, ό.π., ιδίως αρ. 30.

(27) Πρβλ. τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Υ. Bot της 27ης Οκτωβρίου 2009 στη σχολιαζόμενη απόφαση, σημείο 47.

(28) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, ό.π., σ. 313 επ. και 461 επ..

(29) Για την έννοια και τη σημασία της οικονομίας της σύμβασης από την οπτική γωνία της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, ό.π., αρ. 276 επ..

πιμότητας και των συγκεκριμένων συνθηκών μεταβολής της ταυτότητας του υπερβολάβου, προκειμένου να διασφαλισθεί η σταθερότητα της γενικότερης οικονομίας της κύριας σύμβασης παραχώρησης<sup>30</sup>.

### Γ. Η δυνατότητα να αντιταχθεί η υποχρέωση διαφάνειας σε παραχωρησιούχο που αποτελεί οντότητα μικτού κεφαλαίου

Καθώς στο παράγωγο ευρωπαϊκό δίκαιο δεν υπάρχουν διατάξεις για τις συμβάσεις που συνάπτουν ανάδοχοι σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών ιδίως όταν αυτοί δεν είναι αναθέτουσες αρχές<sup>31</sup>, στην υπόθεση της σχολιαζόμενης απόφασης και, ειδικότερα, στο πλαίσιο ελέγχου της διαδικασίας επιλογής νέου υπερβολάβου από τη FES, τέθηκε το ερώτημα εάν δεσμεύεται από την υποχρέωση διαφάνειας παραχωρησιούχος οντότητα μικτού κεφαλαίου που εμφανίζει τα χαρακτηριστικά της FES. Συναφώς, για πρώτη φορά, το Δικαστήριο κλήθηκε να προσδιορίσει τη σχέση μεταξύ των εννοιών της αναθέτουσας αρχής, του ανάδοχου παραχώρησης υπηρεσιών και των θεσμοθετημένων συμπράξεων δημόσιου-ιδιωτικού τομέα<sup>32</sup>.

Διερευνώντας το εν λόγω ερώτημα, το Δικαστήριο εφάρμοσε αναλογικά στις οντότητες που προκύπτουν από συμπράξεις δημόσιου-ιδιωτικού τομέα ορισμένα από τα κριτήρια χαρακτηρισμού μιας οντότητας ως αναθέτουσας αρχής (κατά την έννοια της οδηγίας 92/50), στο μέτρο που τα κριτήρια αυτά «ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις, τις οποίες θέτει η εφαρμογή στις παραχωρήσεις υπη-

ρεσιών πής εκ των άρθρων 42 ΕΚ και 49 ΕΚ απορρέουσας υποχρέωσης διαφάνειας»<sup>33</sup>. Ειδικότερα, έγινε δεκτό ότι, εν προκειμένω, έπρεπε «να επαληθευθεί κατά πόσον πληρούνται δύο προϋποθέσεις, ήτοι κατά πόσον η συγκεκριμένη επιχείρηση, αφενός, υπόκειται στον αποτελεσματικό έλεγχο του κράτους ή άλλης δημόσιας αρχής, αφετέρου, δεν δρα υπό συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά». Κατ'ουσίαν, προκειμένου να χαρακτηρίσει μια παραχωρησιούχο οντότητα μικτού κεφαλαίου ως αναθέτουσα αρχή, το Δικαστήριο έκρινε σκόπιμο να εξετάσει τις ίδιες προϋποθέσεις οι οποίες, αν συνέτρεχαν, θα μπορούσαν, κατ'αρχήν, να είχαν δικαιολογήσει και την απευθείας ανάθεση της επίμαχης σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών στην εν λόγω οντότητα (ως *in house* σύμβασης), εφόσον πάντως ο ιδιώτης εταίρος της εν λόγω οντότητας είχε επιλεγεί με δημόσια πρόσκληση και αφού είχαν εξακριβωθεί οι ικανότητές του ως προς τις επίμαχες υπηρεσίες<sup>34</sup>.

Ως προς την πρώτη προϋπόθεση, το Δικαστήριο εκτίμησε ότι δεν συντρέχει, καθώς, μολοντί ο Δήμος Φρανκφούρτης κατέχει το 51% του εταιρικού κεφαλαίου της FES, για τη λήψη αποφάσεων της γενικής συνελεύσεως απαιτείται πλειοψηφία τριών τετάρτων. Επιπλέον, το υπόλοιπο 49% του μετοχικού κεφαλαίου της FES κατέχει ιδιωτική επιχείρηση, στο δε εποπτικό συμβούλιο της FES ο Δήμος Φρανκφούρτης δεν διαθέτει παρά ένα τέταρτο των ψήφων<sup>35</sup>. Εξίσου αρνητική ήταν και η απάντηση του Δικαστηρίου ως προς τη συνδρομή της δεύτερης προϋπόθεσης, δεδομένου ότι η FES δρα υπό συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά, πλέον δε του ημίσεος του κύκλου εργασιών της FES προέρχεται κατ'ουσίαν από συνήθεις εμπορικές σχέσεις<sup>36</sup>.

Συναφώς, το Δικαστήριο απάντησε στο σχετικό προδικαστικό ερώτημα αρνητικά, δεχόμενο ότι η υποχρέωση διαφάνειας δεν δεσμεύει οντότητες μικτής οικονομίας που εμφανίζουν τα χαρακτηριστικά της FES. Με το σκεπτικό της απάντησής του αυτής, το Δικαστήριο συνέβαλε σημαντικά στην περαιτέρω διευκρίνιση των εννοιών και των κανόνων που συνδέονται με τη ρύθμιση τόσο του σταδίου εκτέλεσης των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών όσο και των θεσμοθετημένων συμπράξεων δημόσιου-ιδιωτικού τομέα.

(30) Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στο ιστορικό της σχολιαζόμενης απόφασης (σκέψεις 24 και 25), «Με έγγραφο της 10ης Οκτωβρίου 2005, η FES ζήτησε, βάσει της συμβάσεως παραχώρησης, τη συγκατάθεση του Δήμου Φρανκφούρτης για την αλλαγή του υπερβολάβου, προκειμένου να προμηθευτεί τα δημόσια αυτά αφοδευτήρια όχι από την Wall, αλλά από άλλες εταιρείες. Στις 19 Δεκεμβρίου 2005, ο Δήμος Φρανκφούρτης απάντησε στη FES ότι δεν χρειαζόταν να εξετάσει το ζήτημα αλλαγής υπερβολάβου για τα δημόσια αφοδευτήρια, καθόσον αντιλαμβανόταν ότι η FES προτίθετο πλέον να πραγματοποιήσει τις εργασίες με δικά της μέσα και με δική της ευθύνη. Ο Δήμος Φρανκφούρτης διενκρίνισε, επί τη ευκαιρία, ότι θεωρούσε ως δεδομένο ότι θα τηρηθούν οι προδιαγραφές που προβλέπει η συγγραφή υποχρέωσης».

(31) Για τους κανόνες σχετικά με τις συμβάσεις που συνάπτουν οι ανάδοχοι παραχώρησης έργων, βλ. τις διατάξεις των άρθρων 62 και 63 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Πρβλ. *I. Γκασούκα*, Η παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας και δημοσίου έργου, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2006, σ. 1102 επ..

(32) Πρβλ. την Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με την εφαρμογή τού κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης στις Θεσμοθετημένες Συμπράξεις Δημοσίου-Ιδιωτικού Τομέα (ΘΣΔΙΤ) (2008/С 91/2).

(33) Βλ. τις σκέψεις 47 και 48 της σχολιαζόμενης απόφασης. Βλ. και την αναλυτική παρουσίαση του ζητήματος στις προμνησθείσες προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Υ. Bot, σημεία 76 επ..

(34) Πρβλ. την απόφαση της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-573/07, Sea.

(35) Βλ., αναλυτικώς, τις σκέψεις 50 έως και 53 της σχολιαζόμενης απόφασης.

(36) Βλ., αναλυτικώς, τις σκέψεις 54 έως και 57 της σχολιαζόμενης απόφασης.

**Δ. Ο έλεγχος των αποφάσεων που λαμβάνονται κατά την εκτέλεση της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών**

Το Δικαστήριο κλήθηκε επίσης να τοποθετηθεί επί του προσδιορισμού των συνεπειών της αθέτησης της υποχρέωσης διαφάνειας κατά την εκτέλεση μιας σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών. Επρόκειτο για την ανάγκη να διευκρινιστούν τα ειδικότερα ζητήματα της δεσμευτικής ισχύος της αρχής της διαφάνειας, της υποχρέωσης ή μη λύσης της σύμβασης που καταρτίστηκε κατά παράβαση της αρχής αυτής και της υποχρέωσης ή μη των εθνικών δικαστηρίων να παρέχουν στον μη επιλεγέντα διαγωνιζόμενο το δικαίωμα να ζητήσει τη λήψη μέτρων αποτροπής επικείμενης σχετικής παράβασης ή τη μη συνέχιση της ήδη σημειωθείσας παράβασης.

Συναφώς, το Δικαστήριο τόνισε πως η υποχρέωση διαφάνειας απορρέει από το πρωτογενές δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, έχει άμεσα αποτελέσματα και υπερέρχει κάθε αντίθετη εθνική διάταξη. Περαιτέρω, επικαλούμενο την πάγια νομολογία του αναφορικά με την υποχρέωση σύμφωνης με το ευρωπαϊκό δίκαιο ερμηνείας και εφαρμογής των διατάξεων του εθνικού δικαίου<sup>37</sup>, το Δικαστήριο έκανε δεκτό ότι δεν επιβάλλεται «στις δημόσιες αρχές να καταγγέλλουν σύμβαση, ούτε στα εθνικά δικαστήρια να λαμβάνουν μέτρα σε κάθε περίπτωση υποτιθέμενης αθετήσεως της υποχρεώσεως αυτής κατά τη διαδικασία παραχώρησης υπηρεσιών. Εναπόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη να ρυθμίσει τα μέσα έννομης προστασίας προς προάσπιση των δικαιωμάτων που οι πολίτες αντλούν από την εν λόγω υποχρέωση, κατά τέτοιο τρόπο ώστε τα μέσα αυτά να μην είναι λιγότερο ευνοϊκά από παρόμοιες διαδικασίες εσωτερικής έννομης τάξεως, ούτε να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών»<sup>38</sup>.

Από την παραπάνω απάντηση στα σχετικά ερωτήματα του δικαστηρίου της παραπομπής συνάγεται ότι κάθε κράτος-μέλος, καίτοι τυπικώς δεν υποχρεούται να υπαγάγει τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων της δικονομικής Οδηγίας 2007/66/ΕΚ<sup>39</sup>, μπορεί κάλλιστα να το κάνει ή να εμπνευ-

στεί από τις εναλλακτικές λύσεις που προσφέρουν οι διατάξεις αυτές<sup>40</sup>, προκειμένου να διασφαλίσει αποτελεσματικό δικαστικό έλεγχο μιας ενδεχόμενης αθέτησης της υποχρέωσης διαφάνειας στο πλαίσιο σύναψης και εκτέλεσης των εν λόγω συμβάσεων. Για παράδειγμα, από την άποψη αυτή η Γαλλία παρέχει επαρκείς εγγυήσεις προστασίας των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, δεδομένου ότι τόσο οι διαδικασίες που θεσπίστηκαν, κατ'εφαρμογή της παραπάνω Οδηγίας και των προγενέστερων δικονομικών οδηγιών, για τον έλεγχο της διαδικασίας σύναψης (référé précontractuel) ή τον ευθύ έλεγχο του κύρους (référé contractuel) μιας δημόσιας σύμβασης, όσο και το ειδικό ένδικο βοήθημα που θεσπίστηκε με την απόφαση του Conseil d'Etat της 29ης Ιουνίου 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*<sup>41</sup>, εφαρμόζονται και στις συμβάσεις παραχώρησης δημόσιων υπηρεσιών<sup>42</sup>, επιτρέποντας την επίκληση των δεσμεύσεων που πηγάζουν από την αρχή της διαφάνειας<sup>43</sup>. Αντίθετα, στη χώρα μας, οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών με διασυνοριακό ενδιαφέρον ούτε υπήχθησαν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 2522/1997<sup>44</sup> ούτε κρίθηκε σκόπιμο να υπαχθούν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 3886/2010 με τον οποίο ενσωματώθηκε πρόσφατα στην εθνική έννομη τάξη η Οδη-

(40) Πρβλ. τις αιτιολογικές σκέψεις 18 και 19 της εν λόγω Οδηγίας: «Για την πρόληψη σοβαρών παραβάσεων της υποχρεωτικής ανασταλτικής προθεσμίας και της αυτόματης αναστολής, που αποτελούν προϋποθέσεις αποτελεσματικής προσφυγής, χρειάζονται αποτελεσματικές κυρώσεις. Οι συμβάσεις οι οποίες συνάπτονται κατά παράβαση της ανασταλτικής προθεσμίας ή της αυτόματης αναστολής θα πρέπει να θεωρούνται επομένως ανενεργές κατ'αρχήν αν συνδυάζονται με παραβάσεις της οδηγίας 2004/18/ΕΚ ή της οδηγίας 2004/17/ΕΚ εφόσον οι παραβάσεις αυτές επηρέασαν τις πιθανότητες του προσφέροντος που ασκεί την προσφυγή να του ανατεθεί η σύμβαση. Στην περίπτωση άλλων παραβάσεων τυπικών απαιτήσεων, τα κράτη-μέλη ενδέχεται να θεωρήσουν ότι η αρχή του ανενεργού δεν είναι κατάλληλη. Στις περιπτώσεις αυτές, τα κράτη-μέλη θα πρέπει να διαθέτουν την ευελιξία να προβλέπουν εναλλακτικές κυρώσεις. Οι εναλλακτικές κυρώσεις θα πρέπει να περιορίζονται μόνο στην επιβολή προστίμων, τα οποία θα πρέπει να καταβάλλονται σε όργανο ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή ή φορέα, ή στη σύντμηση της διάρκειας της σύμβασης. Ο προσδιορισμός των λεπτομερειών των εναλλακτικών κυρώσεων και η θέσπιση των κανόνων εφαρμογής τους επαφίενται στα κράτη-μέλη».

(41) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η προσφυγή τρίτων κατά διοικητικής σύμβασης: μια θεαματική μεταστροφή της νομολογίας του Conseil d'Etat που προλαμβάνει τις εξελίξεις του κοινοτικού δικαίου, ΔηΣΚΕ 1-3/2007, σ. 33 επ..

(42) Βλ. L. Richer, Droit des contrats administratifs, 7e édition, LGDJ 2010, αρ. 299, 349 και 357.

(43) Βλ. R. Noguellou, ό.π..

(44) Βλ., αντί άλλων, ΣτΕ ΕΑ 639-640/2009 και 64/2009.

(37) Βλ., ενδεικτικώς, τις αποφάσεις της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-327/00, Santex, σκέψη 63, και της 13ης Μαρτίου 2007, C-432/05, Unibet, σκέψη 39. Βλ. και Κ. Γιαννακόπουλου, Η υποχρέωση σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας και εφαρμογής των κανόνων της διοικητικής δικονομίας, ΕφημΔΔ 1/2008, σ. 102 επ..

(38) Βλ. ιδίως τη σκέψη 65 της σχολιαζόμενης απόφασης.

(39) Πρβλ. τις προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως E. Sharpston της 29ης Οκτωβρίου 2009 στις υποθέσεις C-145/08 και C-149/08, Club Hotel Loutraki κ.λπ., σημείο 92.

γία 2007/66/ΕΚ<sup>45</sup>. Την ίδια στιγμή, τα εθνικά δικαστήρια δεν έχουν ανταποκριθεί πλήρως στην υποχρέωση σύμφωνης με το δίκαιο της Ένωσης ερμηνείας και εφαρμογής των κοινών διατάξεων στις οποίες εξακολουθούν να υπάγονται οι συμβάσεις αυτές, γεγονός που δημιουργεί ένα σοβαρό έλλειμμα ως προς τη δικαστική προστασία των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στο πλαίσιο σύναψης και εκτέλεσης των εν λόγω συμβάσεων<sup>46</sup>.

\* \* \*

Με τη σχολιαζόμενη απόφαση το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης διευκρινίζει και συμπληρώνει το καθεστώς σύναψης και εκτέλεσης των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών που εμφανίζουν διασυννοριακό ενδιαφέρον αλλά δεν ρυθμίζονται από το παράγωγο ευρωπαϊκό δίκαιο. Ειδικότερα για τη χώρα μας, η απόφαση αυτή είναι σπουδαίας σημασίας, διότι καθιστά πλέον εμφανή τα ελλείμματα του εθνικού δικαίου και επιτακτική την ανάγκη προσαρμογής του στη νομολογία του Δικαστηρίου. Στο ουσιαστικό δίκαιο, οι αρμόδιες εθνικές αρχές πρέπει

να υπερβούν τη θεώρηση του σταδίου εκτέλεσης της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών ως μιας ιδιωτικής υπόθεσης μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών και να διασφαλίσουν τον σεβασμό του ελεύθερου ανταγωνισμού και την αποφυγή καταστρατήγησης των διαδικασιών ανάθεσης της συγκεκριμένης κατηγορίας συμβάσεων. Στο δικονομικό δίκαιο, οι ίδιες αρχές πρέπει να μην περιορίζονται σε αποσπασματικές ρυθμίσεις οι οποίες στοχεύουν -συνήθως καθυστερημένα- στην ενσωμάτωση στην εθνική έννομη τάξη μόνο των ελάχιστων απαιτήσεων των εκατόστοτε διατάξεων του παράγωγου δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Νομοθέτης και δικαστήρια έχουν την υποχρέωση να διαμορφώσουν άμεσα ένα σύστημα πλήρους και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας για κάθε δικαίωμα που πηγάζει από την ενωσιακή έννομη τάξη. Τούτη δε η υποχρέωσή τους δεν πρέπει πλέον να γίνεται αντιληπτή ως ένας απλός περιορισμός της λεγόμενης δικονομικής αυτονομίας των κρατών-μελών. Μετά την έναρξη ισχύος της Συνθήκης της Λισαβόνας, η υποχρέωση αυτή πηγάζει ευθέως από το άρθρο 19, παρ. 1, δεύτερο εδάφιο, της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση<sup>47</sup> και συνιστά ουσιώδη εγγύηση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας που κατοχυρώνεται στο άρθρο 47 του Χάρτη θεμελιωδών δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης<sup>48</sup>.

**Κωνσταντίνος Θ. Παννακόπουλος**

*Επίκουρος Καθηγητής*

*Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών*

(45) ΦΕΚ Α' 173/30.9.2010.

(46) Συναφώς, αξίζει να σημειωθεί ότι, στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας, το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει κάνει δεκτό ότι οι προϋποθέσεις του άρθρου 52 του π.δ. 18/1989 είναι λιγότερο ευνοϊκές από τις προϋποθέσεις της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων του άρθρου 3 του ν. 2522/1997 (βλ. ΣτΕ ΕΑ 533/2008, σκέψη 4, 537/2007 και 252/2007, σκέψη 7). Παρ' όλα αυτά, όμως, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο φαίνεται να αποδέχεται σιωπηρώς ότι η εφαρμογή του άρθρου 52 του π.δ. 18/1989 στις διαφορές σχετικά με τις διαδικασίες κατάρτισης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών που εμφανίζουν βέβαιο διασυννοριακό ενδιαφέρον συμβιβάζεται με την τήρηση της αρχής της αποτελεσματικότητας που επιβάλλεται από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Πρβλ. Α. Κατσιμέρου, Συμβάσεις κάτω από τα κοινοτικά χρηματικά όρια, ΔηΣΚΕ 2/2009, σ. 36 επ..

(47) «Τα κράτη μέλη προβλέπουν τα ένδικα βοηθήματα και μέσα που είναι αναγκαία για να διασφαλίζεται η πραγματική δικαστική προστασία στους τομείς που διέπονται από το δίκαιο της Ένωσης».

(48) Πρβλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η υποχρέωση..., ό.π., σ. 107 επ..

