Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
YVES BOT
της 10ης Απριλίου 2014[1]

Υπόθεση C-19/13

Ministero dell'Interno
κατά
Fastweb SpA

[αίτηση του Consiglio di Stato (Ιταλία) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Δημόσιες συμβάσεις — Οδηγία 89/665/ΕΟΚ — Διαδικασία προσφυγής στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων — Μη συνδρομή των προϋποθέσεων που απαιτούνται για τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως — Εξουσία του αρμόδιου οργάνου για τις διαδικασίες προσφυγών να κηρύσσει ανενεργή την ανατεθείσα σύμβαση — Περιεχόμενο της εξαιρέσεως που προβλέπει το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665 κατά το οποίο το όργανο αυτό πρέπει να διατηρεί τα αποτελέσματα της συμβάσεως — Αρχή της ίσης μεταχειρίσεως — Δικαίωμα σε αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα»

1. Με την υποβληθείσα αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, το Δικαστήριο καλείται να διευκρινίσει την έκταση των εξουσιών ακυρώσεως και επιβολής κυρώσεων τις οποίες έχει αναγνωρίσει στα εθνικά δικαστήρια το άρθρο 2δ της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ[2], όταν αυτά διαπιστώνουν ότι η ανάθεση ορισμένης δημοσίας συμβάσεως έγινε κατά παράβαση των κανόνων δημοσιότητας και ανταγωνισμού που επιβάλλει η οδηγία 2004/18/ΕΚ[3].

2. Η οδηγία 89/665 έχει ως σκοπό τη διασφάλιση της αποτελεσματικής εφαρμογής των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων προβλέποντας τη θέσπιση διαδικασιών αποτελεσματικών και ταχέων προσφυγών εντός όλων των κρατών μελών[4]. Με την τροποποίηση που επέφερε στην οδηγία 2007/66 ο νομοθέτης της Ένωσης αποσκοπούσε στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών αυτών ενισχύοντας τις εγγυήσεις διαφάνειας και την επιταγή περί απαγορεύσεως των διακρίσεων. Υπό το πρίσμα αυτό, ο νομοθέτης της Ένωσης, με το άρθρο 2δ της οδηγίας 89/665, προέβλεψε κυρώσεις οι οποίες παρουσιάζονται με αποτελεσματικό και αποτρεπτικό χαρακτήρα[5], προκειμένου να διασφαλιστεί η αποτελεσματική δικαστική προστασία των εν δυνάμει προσφερόντων και των θιγόμενων οικονομικών φορέων και να αποτραπούν οι σοβαρότερες παραβιάσεις του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ήτοι οι περιπτώσεις παράνομης απευθείας αναθέσεως.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

2 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (ΕΕ L 335, σ. 31, στο εξής: οδηγία 89/665).

3 — Οδηγία 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).

4 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 3 καθώς και άρθρο 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, της οδηγίας 89/665. Βλ., επίσης, απόφαση Επιτροπή κατά Γερμανίας (C-503/04, EU:C:2007:432, σκέψη 35 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

5 — Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 27 και 28 της οδηγίας 2007/66.

3. Ειδικότερα, κατά το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο α′, της οδηγίας 89/665, τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε μια σύμβαση να κηρύσσεται ανενεργή από όργανο προσφυγής ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή, αν η αναθέτουσα αρχή έχει αναθέσει τη σύμβαση άνευ προηγούμενης δημοσιεύσεως προκηρύξεως διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, χωρίς αυτό να επιτρέπεται από τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18.

4. Εντούτοις, ο κανόνας αυτός υπόκειται στην εξαίρεση του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665, εξαίρεση της οποίας το περιεχόμενο πρέπει να εξεταστεί εν προκειμένω.

5. Η διάταξη αυτή έχει ως εξής:

«Τα κράτη μέλη προβλέπουν ότι η παράγραφος 1, στοιχείο α′, του παρόντος άρθρου δεν εφαρμόζεται εφόσον:

— η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι η ανάθεση σύμβασης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* είναι επιτρεπτή σύμφωνα με την οδηγία 2004/18[...],

— η αναθέτουσα αρχή δημοσίευσε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκήρυξη όπως προβλέπει το άρθρο 3α της παρούσας οδηγίας, με την οποία εκφράζει την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση, και

— η σύμβαση δεν έχει συναφθεί πριν από τη λήξη προθεσμίας τουλάχιστον 10 ημερολογιακών ημερών από την επομένη της δημοσίευσης της προκήρυξης αυτής.»

6. Κατά το άρθρο 3α της οδηγίας 89/665, η αναθέτουσα αρχή, στην προκήρυξη με την οποία γνωστοποιεί την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση, πρέπει να αναγράφει το όνομά της και τα στοιχεία επικοινωνίας. Πρέπει επίσης να περιγράφει το αντικείμενο της συμβάσεως και να αιτιολογεί την απόφασή της να αναθέσει τη σύμβαση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*. Επιπλέον, πρέπει να αναγράφει το όνομα και τα στοιχεία επικοινωνίας του οικονομικού φορέα στον οποίο αποφασίστηκε να ανατεθεί η σύμβαση και, εφόσον απαιτείται, να προσθέτει οποιαδήποτε άλλη πληροφορία κρίνει χρήσιμη συναφώς.

7. Το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665 αποσκοπεί στη διευκόλυνση της ασκήσεως της προσυμβατικής προσφυγής, δεδομένου ότι με τη δημοσίευση προκηρύξεως για τη γνωστοποίηση της προθέσεως συνάψεως της συμβάσεως[6] και με την αναστολή της υπογραφής της συμβάσεως επί χρονικό διάστημα τουλάχιστον δέκα ημερών, το δικαστήριο μπορεί να επανορθώσει εγκαίρως την παράβαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων[7].

8. Με την αίτηση προδικαστικής αποφάσεως που υπέβαλε, το Consiglio di Stato (Ιταλία) ζητεί από το Δικαστήριο διευκρινίσεις ως προς την ερμηνεία και το κύρος της διατάξεως αυτής υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως την οποία η νομολογία έχει αναγάγει σε θεμελιώδη αρχή του δικαίου της Ένωσης και υπό το πρίσμα του δικαιώματος σε αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα το οποίο έχει κατοχυρωθεί με το άρθρο 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής: Χάρτης).

6 — Η προκήρυξη αυτή είναι επίσης γνωστή ως «προκήρυξη για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια».

7 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 28 της οδηγίας 2007/66.

9. Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ του Ministero dell'Interno (Υπουργείο Εσωτερικών) και της Fastweb SpA (στο εξής: Fastweb). Η διαφορά αυτή αφορά την ανάθεση προς την Telecom Italia SpA (στο εξής: Telecom Italia) δημοσίας συμβάσεως με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών για διάρκεια επτά ετών και αξίας 521 500 000 ευρώ.

10. Στην υπόθεση αυτή δεν αμφισβητείται ότι το Ministero dell'Interno δεν τήρησε τους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων, καθόσον ανέθεσε την εν λόγω σύμβαση κατόπιν διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*.

11. Με απόφαση της 8ης Ιανουαρίου 2013, το Consiglio di Stato έκρινε ότι η ανάθεση αυτή ήταν παράνομη και την ακύρωσε.

12. Εντούτοις, το Consiglio di Stato διαπίστωσε ότι το Ministero dell'Interno δημοσίευσε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκήρυξη με την οποία γνωστοποιούσε την πρόθεσή του να συνάψει τη σύμβαση με την Telecom Italia, σύμφωνα με τις απαιτήσεις που καθορίζει το άρθρο 3α της οδηγίας 89/665. Το Consiglio di Stato αναγνώρισε επίσης ότι το Ministero dell'Interno τήρησε την ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία δέκα ημερών μεταξύ της αναθέσεως και της υπογραφής της συμβάσεως. Επομένως, κατ' εφαρμογή του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας αυτής, το εθνικό δικαστήριο είναι υποχρεωμένο να διατηρήσει τα αποτελέσματα της ως άνω συμβάσεως αυτής, παρά το γεγονός ότι είναι παράνομη.

13. Στην αλληλουχία αυτή, το αιτούν δικαστήριο εξέφρασε αμφιβολίες ως προς την έκταση των εξουσιών ακυρώσεως και επιβολής κυρώσεων που αναγνωρίζονται υπέρ των εθνικών δικαστηρίων.

14. Ως εκ τούτου, το Consiglio di Stato ανέστειλε την ενώπιόν του διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Έχει το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας [89/665] την έννοια ότι η δημοσίευση από την αναθέτουσα αρχή —πριν την απευθείας ανάθεση συμβάσεως σε ορισμένο οικονομικό φορέα που έχει επιλεγεί χωρίς δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού— προκηρύξεως για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* και η τήρηση της ελάχιστης προθεσμίας δέκα ημερών πριν τη σύναψη της συμβάσεως επάγονται αυτομάτως απαγόρευση —πάντοτε και σε κάθε περίπτωση— για το εθνικό δικαστήριο να κηρύξει τη σύμβαση ανενεργή, ακόμη και στην περίπτωση που το δικαστήριο αυτό έχει διαπιστώσει την παράβαση κανόνων δικαίου που επιτρέπουν, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, την ανάθεση της συμβάσεως χωρίς τη διεξαγωγή προηγούμενου διαγωνισμού;

2) Επικουρικώς, εφόσον το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας [89/665] ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αποκλείει τη δυνατότητα να κηρυχθεί ανενεργή η σύμβαση δυνάμει του εθνικού δικαίου (άρθρο 122 του κώδικα διοικητικής δικονομίας), μολονότι το επιληφθέν δικαστήριο έχει διαπιστώσει την παράβαση κανόνων που επιτρέπουν, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, την ανάθεση της συμβάσεως χωρίς τη διεξαγωγή προηγούμενου διαγωνισμού, συνάδει το άρθρο αυτό προς τις αρχές της ισότητας των ενδιαφερομένων μερών, της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων και της προστασίας του ανταγωνισμού και εάν εξασφαλίζει το δικαίωμα σε αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα κατά την έννοια του άρθρου 47 του Χάρτη [...];»

15. Παρατηρήσεις υπέβαλαν οι διάδικοι της κύριας δίκης, η Ιταλική, η Αυστριακή και η Πολωνική Κυβέρνηση καθώς και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

16. Με τις παρούσες προτάσεις, φρονώ ότι ούτε ο σκοπός της οδηγίας 89/665 ούτε το γράμμα του άρθρου 2δ αυτής αντιτίθενται στη δυνατότητα κράτους μέλους να αναγνωρίζει στο αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο την ευχέρεια να εκτιμά τον βαθμό στον οποίο πρέπει να κηρύσσει ανενεργή τη σύμβαση που έχει συναφθεί χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, όταν το όργανο αυτό διαπιστώνει ότι η αναθέτουσα αρχή, παρά τη δημοσίευση στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκηρύξεως με την οποία έχει γνωστοποιήσει την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση και παρά την τήρηση της ελάχιστης ανασταλτικής προθεσμίας δέκα ημερών μεταξύ της αναθέσεως και της υπογραφής της συμβάσεως, παρέβη εσκεμμένα και με πρόθεση τους κανόνες δημοσιότητας και ανταγωνισμού που επιβάλλει η οδηγία 2004/18.

I – **Τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως της κύριας δίκης**

17. Η διεύθυνση δημόσιας ασφάλειας του Ministero dell'Interno συνήψε το 2003 σύμβαση με την Telecom Italia για τη διαχείριση και την ανάπτυξη υπηρεσιών τηλεπικοινωνιών, η οποία έληγε στις 31 Δεκεμβρίου 2011.

18. Ενόψει της λήξεως της εν λόγω συμβάσεως, το Ministero dell'Interno, με την από 15 Δεκεμβρίου 2011 απόφαση όρισε εκ νέου την Telecom Italia ως πάροχο υπηρεσιών και ως συνεργάτη του σε τεχνολογικά ζητήματα για τη διαχείριση και την ανάπτυξη των προαναφερθεισών υπηρεσιών.

19. Για την ανάθεση της συμβάσεως, το Ministero dell'Interno έκρινε ότι μπορούσε να διεξαγάγει διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως, στηριζόμενο στο γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 2, στοιχείο b, του νομοθετικού διατάγματος 163, περί κώδικα δημοσίων συμβάσεων έργων, υπηρεσιών και προμηθειών σε εκτέλεση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ (decreto legislativo n. 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) της 12ης Απριλίου 2006[8], το οποίο έχει μεταφέρει στην ιταλική έννομη τάξη το άρθρο 28, παράγραφος 1, στοιχείο ε', της οδηγίας 2009/81/ΕΚ[9].

20. Κατά την τελευταία αυτή διάταξη, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αναθέσει τη σύμβαση κατόπιν διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως «εάν, για λόγους τεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα».

21. Εν προκειμένω, το Ministero dell'Interno έκρινε ότι η Telecom Italia ήταν ο μόνος οικονομικός φορέας που ήταν σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση παροχής υπηρεσιών, για λόγους τεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία (ορισμένων) αποκλειστικών δικαιωμάτων.

22. Η απόφαση αυτή υποβλήθηκε στο Avvocatura Generale dello Stato, το οποίο στις 20 Δεκεμβρίου 2011 διατύπωσε θετική γνώμη όσον αφορά τη νομιμότητα της διαδικασίας που επρόκειτο να λάβει χώρα.

8 — Τακτικό συμπλήρωμα στην *GURI* αριθ. 100, της 2ας Μαΐου 2006. Το εν λόγω διάταγμα τροποποιήθηκε με το νομοθετικό διάταγμα 152 της 11ης Σεπτεμβρίου 2008 (τακτικό συμπλήρωμα στην *GURI* αριθ. 231, της 2ας Οκτωβρίου 2008, στο εξής: νομοθετικό διάταγμα 163/2006).

9 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Ιουλίου 2009, σχετικά με τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης ορισμένων συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας καθώς και την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 216, σ. 76), όπως τροποποιήθηκε με τον κανονισμό (ΕΕ) 1251/2011 της Επιτροπής, της 30ής Νοεμβρίου 2011 (ΕΕ L 319, σ. 43, στο εξής: οδηγία 2009/81). Το άρθρο 28, παράγραφος 1, στοιχείο ε', της οδηγίας 2009/81 επαναλαμβάνει, με ουσιαστικά πανομοιότυπη διατύπωση, τη διάταξη του άρθρου 31, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/18.

23. Την ίδια ημέρα, το Ministero dell'Interno δημοσίευσε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκήρυξη με την οποία γνωστοποιούσε την πρόθεσή του να αναθέσει στην Telecom Italia τη σύμβαση με αντικείμενο την «παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικής επικοινωνίας προς τη διεύθυνση δημόσιας ασφάλειας και στο σώμα των καραμπινιέρων, και ειδικότερα υπηρεσιών φωνητικής και κινητής τηλεφωνίας και μεταφοράς δεδομένων, με τήρηση όλων των απαιτήσεων εμπιστευτικότητας και ασφάλειας των σχετικών πληροφοριών προς το συμφέρον της εθνικής ασφάλειας».

24. Στις 22 Δεκεμβρίου 2011 το Ministero dell'Interno έλαβε τη διοικητική απόφαση με την οποία καλούσε την Telecom Italia να μετάσχει στη διαπραγμάτευση που είχε οριστεί για τις 23 Δεκεμβρίου 2011.

25. Στις 31 Δεκεμβρίου 2011, ήτοι μετά την παρέλευση της δεκαήμερης προθεσμίας που υπολογίστηκε με αφετηρία την ημερομηνία δημοσιεύσεως της προκηρύξεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, τα συμβαλλόμενα μέρη υπέγραψαν τη σύμβαση-πλαίσιο διάρκειας επτά ετών και αξίας 521 500 000 ευρώ.

26. Η ανακοίνωση για την ανάθεση της συμβάσεως δημοσιεύθηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* στις 16 Φεβρουαρίου 2012.

27. Η Fastweb άσκησε αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ήτοι του αρμοδίου οργάνου για διαδικασίες προσφυγών που κινούνται κατά αποφάσεων περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων στην Ιταλία. Η Fastweb ζήτησε να κηρυχθεί άκυρη και ανενεργή η ανάθεση αυτή για τον λόγο ότι δεν πληρούνταν οι κατ' άρθρο 28, παράγραφος 1, στοιχείο ε', της οδηγίας 2009/81 προϋποθέσεις για τη διεξαγωγή διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως.

28. Το Tribunale amministrativo regionale per il Lazio έκανε δεκτή την ως άνω αίτηση. Το δικαστήριο αυτό έκρινε ότι τα στοιχεία και οι περιστάσεις που επικαλέστηκε το Ministero dell'Interno δεν συνιστούσαν «τεχνικούς λόγους» κατά την έννοια του άρθρου 57, παράγραφος 2, στοιχείο β', του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, αλλά στηρίζονταν σε εκτιμήσεις σκοπιμότητας και στις δυσχέρειες που θα μπορούσαν να προκληθούν από την ανάθεση των υπηρεσιών σε άλλον οικονομικό φορέα. Το Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, αφού ακύρωσε την απόφαση περί αναθέσεως, έκρινε ότι δεν μπορούσε να κηρύξει τη σύμβαση ανενεργή, δεδομένου ότι το Ministero dell'Interno είχε τηρήσει την υποχρέωση διαφάνειας και την ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία που επιβάλλει το άρθρο 121, παράγραφος 5, του κώδικα διοικητικής δικονομίας, το οποίο έχει μεταφέρει στην ιταλική έννομη τάξη το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665.

29. Αντιθέτως, το Tribunale amministrativo regionale per il Lazio έκρινε ότι οι διατάξεις αυτές δεν απέκλειαν τη δυνατότητά του να κηρύξει τη σύμβαση άκυρη από την 31η Δεκεμβρίου 2013, βάσει του γράμματος του άρθρου 122 του κώδικα διοικητικής δικονομίας.

30. Το Ministero dell'Interno καθώς και η Telecom Italia προσέβαλαν την ως άνω δικαστική απόφαση ενώπιον του Consiglio di Stato.

31. Το Consiglio di Stato επιβεβαίωσε την ακύρωση της επίμαχης αποφάσεως περί αναθέσεως. Έκρινε επίσης ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ότι πληρούνταν οι προϋποθέσεις για τη διεξαγωγή διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως. Συναφώς, εκτίμησε ότι από το σύνολο των παρατηρήσεων και των συνημμένων, συμπεριλαμβανομένης της τεχνικής εκθέσεως, προέκυπτε όχι η αντικειμενική αδυναμία αναθέσεως των επίμαχων υπηρεσιών σε άλλους οικονομικούς φορείς, αλλά ο απρόσφορος χαρακτήρας μιας τέτοιας επιλογής, η οποία, όπως κατ' ουσίαν υποστήριξε το Ministero dell'Interno, θα συνεπαγόταν μεταβολές, δαπάνες και θα έχρηζε χρόνου για την απαραίτητη προσαρμογή.

32. Αντιθέτως, το Consiglio di Stato εξέφρασε αμφιβολίες ως προς τις συνέπειες που πρέπει να έχει η ακύρωση αυτή επί των αποτελεσμάτων της επίμαχης συμβάσεως, λαμβανομένων υπόψη των αρχών που έχει καθορίσει ο νομοθέτης της Ένωσης με το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665.

II – **Το ιταλικό δίκαιο**

33. Η οδηγία 89/665 έχει μεταφερθεί στην ιταλική έννομη τάξη με το νομοθετικό διάταγμα 53 της 20ής Μαρτίου 2010, το περιεχόμενο του οποίου ενσωματώθηκε εν συνεχεία στα άρθρα 120 επ. του κώδικα διοικητικής δικονομίας.

34. Το άρθρο 121, παράγραφος 1, του κώδικα διοικητικής δικονομίας έχει μεταφέρει στην ιταλική έννομη τάξη το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665. Κατά το άρθρο αυτό, το δικαστήριο που ακυρώνει την απόφαση περί οριστικής αναθέσεως κηρύσσει τη σύμβαση ανενεργή στις ακόλουθες περιπτώσεις, διευκρινίζοντας, αναλόγως των αιτημάτων των διαδίκων και της εκτιμήσεως τόσο της σοβαρότητας των παραβάσεων της αναθέτουσας αρχής όσο και των πραγματικών δεδομένων, αν η κήρυξη του ανενεργού περιορίζεται μόνο στις παροχές που δεν έχουν ακόμη εκτελεστεί κατά την ημερομηνία δημοσιεύσεως της αποφάσεως ή αν είναι αναδρομική:

— εφόσον η απόφαση περί οριστικής αναθέσεως ελήφθη χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* ή στην *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, στις περιπτώσεις που το νομοθετικό διάταγμα 163/2006 επιβάλλει τη δημοσίευση αυτή·

— εφόσον η απόφαση περί οριστικής αναθέσεως ελήφθη κατόπιν διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως ή στο πλαίσιο οιονεί εσωτερικής εκπληρώσεως καθηκόντων χωρίς αυτό να επιτρέπεται και εφόσον αυτό έχει ως συνέπεια την παράλειψη δημοσιεύσεως προκηρύξεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* ή στην *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, στις περιπτώσεις που το νομοθετικό διάταγμα 163/2006 επιβάλλει τη δημοσίευση αυτή.

35. Το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665 έχει μεταφερθεί στην ιταλική έννομη τάξη με το άρθρο 121, παράγραφος 5, του κώδικα διοικητικής δικονομίας, το οποίο προβλέπει ότι η σύμβαση δεν κηρύσσεται ανενεργή κατά την παράγραφο 1, στοιχεία a και b, του εν λόγω άρθρου 121, όταν η αναθέτουσα αρχή:

— έχει δηλώσει, με αιτιολογημένη πράξη προγενέστερη της κινήσεως της διαδικασίας αναθέσεως, ότι το νομοθετικό διάταγμα 163/2006 επιτρέπει τη διεξαγωγή διαδικασίας χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* ή στην *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*,

— έχει δημοσιεύσει, όσον αφορά συμβάσεις κοινοτικού ενδιαφέροντος και συμβάσεις αξίας χαμηλότερης από τα κατώτατα χρηματικά όρια, προκήρυξη, αντιστοίχως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* και στην *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια κατά την έννοια του άρθρου 79bis του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, με την οποία γνωστοποιεί την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση, και

— έχει συνάψει τη σύμβαση μετά την πάροδο τουλάχιστον δέκα ημερών από την επομένη της δημοσιεύσεως της προκηρύξεως που διαλαμβάνεται στο στοιχείο b ανωτέρω.

36. Το άρθρο 122 του κώδικα διοικητικής δικονομίας προσθέτει ότι, με την εξαίρεση των περιπτώσεων του άρθρου 121, παράγραφος 1, του ίδιου κώδικα, το δικαστήριο που ακυρώνει την απόφαση περί οριστικής αναθέσεως αποφαίνεται επί του αν προσήκει να κηρυχθεί ανενεργή η σύμβαση, διευκρινίζοντας από ποια ημερομηνία, λαμβάνοντας ιδίως υπόψη τα συμφέροντα των ενδιαφερομένων

μερών, την πραγματική δυνατότητα του αιτούντος να κηρυχθεί ανάδοχος υπό το πρίσμα των πλημμελειών που διαπιστώθηκαν, την πρόοδο της εκτελέσεως της συμβάσεως και τη δυνατότητα συνεχίσεως της εκτελέσεως σε περίπτωση που το ελάττωμα με το οποίο βαρύνεται η ανάθεση δεν συνεπάγεται την υποχρέωση επανενάρξεως της διαδικασίας του διαγωνισμού, και εφόσον έχει υποβληθεί αίτημα για συνέχιση της εκτελέσεως της συμβάσεως.

37. Το άρθρο 3α της οδηγίας 89/665 το οποίο αφορά το περιεχόμενο και τη μορφή της προκηρύξεως για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια έχει μεταφερθεί στην εσωτερική έννομη τάξη με το άρθρο 79bis του νομοθετικού διατάγματος 163/2006.

III – **Νομική εκτίμηση**

38. Αποφάσισα να εξετάσω από κοινού τα δύο προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το Consiglio di Stato.

39. Με τα ερωτήματα αυτά, το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν, κατά το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665, ερμηνευόμενο υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και του δικαιώματος σε αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα, το εθνικό δικαστήριο υποχρεούται, ανεξαρτήτως των περιστάσεων, να διατηρεί τα αποτελέσματα συμβάσεως συναφθείσας χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού στην περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή έχει δημοσιεύσει στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκήρυξη με την οποία γνωστοποιεί την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση και έχει τηρήσει την ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία δέκα ημερών που προβλέπει η εν λόγω διάταξη μεταξύ της αναθέσεως και της υπογραφής της συμβάσεως.

40. Δεν έχω την άποψη αυτή. Ειδικότερα, φρονώ ότι το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665 δεν μπορεί να συνεπάγεται τέτοιου είδους αυτοματισμό, ειδάλλως θα διακυβευόταν η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων που θέσπισε ο νομοθέτης της Ένωσης στο πλαίσιο της οδηγίας 2007/66 και θα παραβιάζονταν ορισμένες από τις θεμελιώδεις αρχές τις οποίες έχει αναγνωρίσει ο νομοθέτης αυτός υπέρ των θιγόμενων οικονομικών φορέων.

41. Το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18, το οποίο φέρει τον τίτλο «Αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων», επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση να αντιμετωπίζει τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και να ενεργεί με διαφάνεια.

42. Στο πλαίσιο αυτό, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων ή των υποψηφίων αποτελεί θεμελιώδη αρχή του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων[10]. Η τήρηση της εν λόγω αρχής πρέπει να καθιστά δυνατή τη διασφάλιση τόσο της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών όσο και του υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων εντός όλων των κρατών μελών[11]. Όπως έχει υπενθυμίσει το Δικαστήριο, η αρχή αυτή αντιτίθεται, συνεπώς, σε οποιαδήποτε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας για τη σύναψη συμβάσεως. Η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται όχι μόνο την απαγόρευση διακρίσεων λόγω ιθαγένειας αλλά επίσης υποχρέωση διαφάνειας της διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων

10 — Βλ. τις εκτιμήσεις μου επί της προαναφερθείσας αρχής στα σημεία 34 επ. των προτάσεών μου στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Wall (C-91/08, EU:C:2009:659).

11 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 28). Βλ., επίσης, απόφαση Wall (EU:C:2010:182), με την οποία το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι τα «[άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ] και οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας έχουν τους ίδιους σκοπούς με εκείνους της […] οδηγίας [92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), όπως τροποποιήθηκε από την οδηγία 2001/78/ΕΚ της Επιτροπής, της 13ης Σεπτεμβρίου 2001 (ΕΕ L 285, σ. 1)], οι οποίοι αφορούν, μεταξύ άλλων, την ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών και τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό εντός των κρατών μελών» (σκέψη 48).

συμβάσεων[12]. Η διαφάνεια αυτή έχει ουσιαστικά ως σκοπό τη διασφάλιση, υπέρ όλων των εν δυνάμει προσφερόντων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, το άνοιγμα στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο της αμερόληπτης διεξαγωγής της διαδικασίας[13]. Επομένως, η διαφάνεια αποσκοπεί στον αποκλεισμό του κινδύνου ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, ώστε να μπορούν οι προσφέροντες να έχουν τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διαμόρφωση του περιεχομένου των προσφορών τους[14].

43. Οι ως άνω υποχρεώσεις θεμελιώνουν υπέρ των οικονομικών φορέων δικαιώματα τα οποία πρέπει να μπορούν να αποτελούν αντικείμενο αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων. Συνεπώς, τα εθνικά δικαστήρια πρέπει να είναι σε θέση να εξασφαλίζουν την πλήρη εκτέλεση των δικαστικών αποφάσεων και να μπορούν να επιβάλλουν αποτελεσματικές, μη δυσανάλογες και αποτρεπτικές κυρώσεις, ώστε να διασφαλίζεται η πλήρης αποτελεσματικότητα των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων.

44. Ο νομοθέτης της Ένωσης, προκειμένου ακριβώς να διασφαλίσει την αποτελεσματική εφαρμογή των ως άνω αρχών καθώς και την αποτελεσματική δικαστική προστασία των ενδιαφερόμενων προσφερόντων από τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, θέλησε, με την οδηγία 2007/66, να ενισχύσει την αποτελεσματικότητα των διαδικασιών προσφυγής που κινούν εντός των κρατών μελών όσοι έχουν συμφέρον να τους ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και έχουν θιγεί από ορισμένη προβαλλόμενη παράβαση[15].

45. Η οδηγία 89/665 καθορίζει καταρχήν μόνο τις ελάχιστες προϋποθέσεις τις οποίες πρέπει να πληρούν οι διαδικασίες προσφυγών που έχουν θεσπιστεί εντός των εθνικών εννόμων τάξεων[16] και, κατά την αιτιολογική σκέψη 20 της οδηγίας 2007/66, δεν αποκλείει την εφαρμογή αυστηρότερων κυρώσεων σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία, σεβόμενη κατά τον τρόπο αυτό, κατά την αιτιολογική σκέψη 34 της ίδιας οδηγίας, την αρχή της διαδικαστικής αυτονομίας των κρατών μελών.

46. Ειδικότερα, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 απαιτεί από τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν σε κάθε θιγόμενο οικονομικό φορέα τη δυνατότητα να ασκεί αποτελεσματική και όσο το δυνατόν ταχύτερη προσφυγή κατά των παράνομων αποφάσεων των αναθετουσών αρχών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 2 έως 2στ της οδηγίας αυτής[17].

47. Προς τον σκοπό αυτό και σύμφωνα με όσα ορίζει το άρθρο 2, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας, τα κράτη μέλη υποχρεούνται να προβλέπουν ότι το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο έχει τις ακόλουθες εξουσίες:

— την εξουσία να λαμβάνει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή για να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων,

— την εξουσία να ακυρώνει τις παράνομες αποφάσεις, και

— την εξουσία να επιδικάζει αποζημίωση στα ζημιωθέντα από την παράβαση πρόσωπα.

12 — Βλ. αποφάσεις Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 109 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), καθώς και Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, σκέψη 49 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

13 — Βλ. απόφαση Wall (EU:C:2010:182, σκέψη 36 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

14 — Βλ. απόφαση Επιτροπή κατά Βελγίου (C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψεις 54 έως 56).

15 — Βλ., μεταξύ άλλων, αιτιολογικές σκέψεις 3 και 4 της οδηγίας αυτής. Βλ., επίσης, απόφαση Επιτροπή κατά Αυστρίας (C-212/02, EU:C:2004:386, σκέψεις 20 έως 22).

16 — Βλ. απόφαση Strabag κ.λπ. (C-314/09, EU:C:2010:567, σκέψη 33 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

17 — Βλ., επίσης, απόφαση GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, σκέψη 44 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

48. Με το άρθρο 2, παράγραφος 7, της οδηγίας 89/665, ο νομοθέτης της Ένωσης παρέσχε στα κράτη μέλη την ευχέρεια να καθορίζουν στο εθνικό τους δίκαιο τα αποτελέσματα που έχει η άσκηση των ως άνω εξουσιών επί της συνεχίσεως της εκτελέσεως της επίμαχης συμβάσεως.

49. Εντούτοις, ο νομοθέτης της Ένωσης έχει αποκλείσει από την ευχέρεια αυτή τις απαριθμούμενες στα άρθρα 2δ έως 2στ της εν λόγω οδηγίας περιπτώσεις και, ειδικότερα, τις περιπτώσεις στις οποίες το εθνικό δικαστήριο έχει ακυρώσει τη σύμβαση λόγω παραβάσεως των κανόνων δημοσιότητας και ανταγωνισμού που επιβάλλει η οδηγία 2004/18. Στην περίπτωση αυτή, ο νομοθέτης της Ένωσης έκρινε σκόπιμη την οριοθέτηση των εξουσιών του αρμόδιου για τις διαδικασίες προσφυγών οργάνου, καθορίζοντας ρητώς τα αποτελέσματα που πρέπει να έχει η ακύρωση της συμβάσεως.

50. Ειδικότερα, το άρθρο 2δ της οδηγίας 89/665, επιγραφόμενο «Ανενεργό της σύμβασης», επιτάσσει, με την παράγραφο 1, στοιχείο α′, όπως το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο κηρύσσει τη σύμβαση ανενεργή όταν η αναθέτουσα αρχή έχει αναθέσει τη σύμβαση χωρίς προηγουμένως να έχει δημοσιεύσει προκήρυξη διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* κατά παράβαση όσων επιβάλλει η οδηγία 2004/18. Το γράμμα της διατάξεως είναι σαφές, τα κράτη μέλη δεν διαθέτουν καταρχήν κανένα περιθώριο εκτιμήσεως.

51. Στην αιτιολογική σκέψη 13 της οδηγίας 2007/66, ο νομοθέτης της Ένωσης αιτιολόγησε την οριοθέτηση αυτή με το σκεπτικό ότι η παράνομη απευθείας ανάθεση συμβάσεως έχει χαρακτηριστεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου ως η σημαντικότερη παραβίαση του δικαίου της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων [18]. Ο νομοθέτης της Ένωσης έκρινε συνεπώς ότι θα πρέπει να προβλέπεται αποτελεσματική, μη δυσανάλογη και αποτρεπτική κύρωση, πράγμα το οποίο σημαίνει ότι μια τέτοια σύμβαση πρέπει να κηρύσσεται ανενεργή.

52. Υπό τις συνθήκες αυτές, το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο, οσάκις διαπιστώνει ότι η ανάθεση δημοσίας συμβάσεως κατόπιν διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως είναι παράνομη, οφείλει να ακυρώνει τη σύμβαση και να καταργεί τα αποτελέσματά της ώστε να αποκαθίσταται ο ανταγωνισμός και να δημιουργούνται νέες επιχειρηματικές ευκαιρίες για τον θιγέντα οικονομικό φορέα [19].

53. Εντούτοις το άρθρο 2δ, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665 αμβλύνει την αυστηρότητα της αρχής αυτής, δεδομένου ότι ο νομοθέτης της Ένωσης έχει αναγνωρίσει στα κράτη μέλη την ευχέρεια να καθορίζουν τις συνέπειες που πρέπει να έχει η κήρυξη του ανενεργού της συμβάσεως.

54. Εξάλλου, η εν λόγω αρχή υπόκειται σε εξαίρεση την οποία εισάγει το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας αυτής και της οποίας το περιεχόμενο και την έκταση θα εξετάσω ευθύς κατωτέρω.

55. Υπενθυμίζεται ότι κατά τη διάταξη αυτή τα «κράτη μέλη προβλέπουν ότι η παράγραφος 1, στοιχείο α′, του παρόντος άρθρου δεν εφαρμόζεται εφόσον»:

— η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι η σύναψη της συμβάσεως χωρίς προηγούμενη δημοσίευση επιτρεπόταν δυνάμει των διατάξεων της οδηγίας 2004/18,

— η αναθέτουσα αρχή τήρησε την υποχρέωση διαφάνειας πριν την υπογραφή της συμβάσεως δημοσιεύοντας προκήρυξη για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, και

18 — Βλ. απόφαση Stadt Halle και RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, σκέψη 37).

19 — Αιτιολογική σκέψη 14 της οδηγίας 2007/66.

— η αναθέτουσα αρχή τήρησε την ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία δέκα ημερών μεταξύ της δημοσιεύσεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* της προκηρύξεως με την οποία γνωστοποίησε την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση και τη σύναψη της συμβάσεως αυτής.

56. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, το Κοινοβούλιο και η Επιτροπή επιβεβαίωσαν ότι οι ως άνω προϋποθέσεις είναι σωρευτικές.

57. Όπως σαφέστατα προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 13, 14 και 26 της οδηγίας 2007/66, ο νομοθέτης της Ένωσης, με την εισαγωγή της εξαιρέσεως αυτής, επιχειρεί τον συγκερασμό των διάφορων υφιστάμενων συμφερόντων, και ειδικότερα των συμφερόντων της θιγόμενης επιχειρήσεως για την ικανοποίηση των οποίων πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα ασκήσεως προσυμβατικής προσφυγής και ακυρώσεως της παρανόμως συναφθείσας συμβάσεως, καθώς και των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής και της αναδόχου επιχειρήσεως από τα οποία απορρέει η ανάγκη αποτροπής της ανασφάλειας δικαίου που θα προκαλούσε η κήρυξη του ανενεργού της συμβάσεως.

58. Ο νομοθέτης της Ένωσης χρησιμοποιεί επιτακτικούς όρους στο άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665 και, ελλείψει οποιασδήποτε άλλης επισημάνσεως εντός του κειμένου, η διάταξη αυτή επιβάλλει στο αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο να διατηρεί τα αποτελέσματα συμβάσεως της οποίας η ακύρωση έχει παρά ταύτα απαγγελθεί, εφόσον συντρέχουν οι τρεις προαναφερθείσες προϋποθέσεις, προκειμένου κατά τον τρόπο αυτό να διαφυλάσσεται η ισορροπία συμφερόντων των διαφόρων εμπλεκομένων πλευρών.

59. Φρονώ ότι βούληση του νομοθέτη της Ένωσης, με την προσθήκη στο αρχικό κείμενο της οδηγίας 89/665 της συγκεκριμένης και όλως ιδιαίτερης διατάξεως του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, ήταν η θέσπιση ενός κοινού και επιτακτικού κανόνα δικαίου σε όλα τα κράτη μέλη. Σε αντίθεση με άλλες διατάξεις με τις οποίες έχει αναγνωρίσει ρητώς τη δυνατότητα των κρατών μελών να καθορίζουν, στο πλαίσιο της διαδικαστικής αυτονομίας τους, τις συνέπειες που πρέπει να έχει η ακύρωση της συμβάσεως και η κατάργηση των αποτελεσμάτων της[20], το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665 προφανώς δεν επιτρέπει στα κράτη αυτά να προβλέπουν αυστηρότερη κύρωση κατά την έννοια της αιτιολογικής σκέψεως 20 της οδηγίας 2007/66, και ειδικότερα να κηρύσσουν τη σύμβαση ανενεργή.

60. Σημαίνουν όμως τα ανωτέρω, όπως ρητώς ερωτά το αιτούν δικαστήριο, ότι υφίσταται «αυτομάτως απαγόρευση —πάντα και σε κάθε περίπτωση»— για το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο να κηρύσσει τη σύμβαση ανενεργή;

61. Φρονώ ότι το περιθώριο εκτιμήσεως το οποίο διαθέτει το ως άνω όργανο έγκειται στον δικαστικό έλεγχο τον οποίο πρέπει να ασκεί όσον αφορά τη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665, ιδιαιτέρως δε της πρώτης προϋποθέσεως.

62. Ειδικότερα, το εν λόγω όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που ορίζονται στη διάταξη αυτή, υποχρεούται να διατηρήσει τα αποτελέσματα της συμβάσεως σύμφωνα με το γράμμα και με τον σκοπό της προαναφερθείσας διατάξεως. Αντιθέτως, αν το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο, μετά τη διενέργεια του δικαστικού ελέγχου, διαπιστώσει ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές, υποχρεούται να κηρύξει τη σύμβαση ανενεργή σύμφωνα με τον κανόνα του άρθρου 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 89/665 και, στο πλαίσιο αυτό, διαθέτει το περιθώριο εκτιμήσεως που του παρέχει το άρθρο 2δ, παράγραφος 2 της οδηγίας αυτής.

20 — Βλ., μεταξύ άλλων, άρθρο 2δ, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, το οποίο αμβλύνει την αρχή που καθιερώνει η παράγραφος 1 του άρθρου αυτού ορίζοντας ότι τα «κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν ότι το [...] όργανο προσφυγής δεν μπορεί να κηρύξει ανενεργή μια σύμβαση, παρά το γεγονός ότι η ανάθεσή της έχει γίνει παράνομα [...], αν το όργανο προσφυγής διαπιστώσει, εφόσον έχει εξετάσει όλες τις σχετικές πτυχές, ότι επιτακτικοί λόγοι γενικού συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης». Η διατύπωση της διατάξεως αυτής είναι σαφής, ο νομοθέτης της Ένωσης έχει ρητώς αναγνωρίσει στα εθνικά δικαστήρια ένα ορισμένο περιθώριο εκτιμήσεως όσον αφορά τον καθορισμό της προσφορότερης κυρώσεως στην περίπτωση που υφίστανται επιτακτικοί λόγοι γενικού συμφέροντος.

63. Επομένως, το περιθώριο εκτιμήσεως που διαθέτει το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο είναι συνάρτηση των πορισμάτων του δικαστικού ελέγχου που έχει ασκήσει.

64. Εμμένω στην έκταση του ελέγχου αυτού για δύο λόγους.

65. Ο πρώτος λόγος συνδέεται με την υλοποίηση των σκοπών που επιδιώκει ο νομοθέτης της Ένωσης με το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 και ειδικότερα με την καθιέρωση αποτελεσματικών μέσων έννομης προστασίας κατά των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές κατά παραβίαση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.

66. Η διενέργεια δικαστικού ελέγχου επιβάλλεται προκειμένου να διασφαλίζεται η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως καθώς και της απορρέουσας από αυτήν υποχρεώσεως διαφάνειας και για να απαγγέλλονται, εφόσον απαιτείται, αποτελεσματικές και αποτρεπτικές κυρώσεις.

67. Η διενέργεια δικαστικού ελέγχου επιβάλλεται επίσης προκειμένου να διασφαλίζεται, σύμφωνα με όσα ορίζει το άρθρο 47 του Χάρτη, η αποτελεσματικότητα της προσφυγής που ασκούν οι θιγόμενες επιχειρήσεις. Υπενθυμίζεται ότι, κατά την αιτιολογική σκέψη 36 της οδηγίας 2007/66, ο νομοθέτης της Ένωσης έχει μεριμνήσει ώστε η εν λόγω «οδηγία [να] σέβεται τα θεμελιώδη δικαιώματα και τηρεί τις αρχές που αναγνωρίζονται, ιδίως, από τον Χάρτη» και, ειδικότερα, να διασφαλίζει την πλήρη προστασία του δικαιώματος σε αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα, όπως έχει κατοχυρωθεί με το άρθρο 47 του Χάρτη. Πάντως, η προστασία του δικαιώματος σε αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα προϋποθέτει ότι το εθνικό δικαστήριο διαθέτει εξουσία εκτιμήσεως όσον αφορά την τήρηση του εφαρμοστέου νομικού πλαισίου και, εν προκειμένω, τη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665.

68. Ο δεύτερος λόγος αφορά τους όρους που έχει χρησιμοποιήσει ο νομοθέτης της Ένωσης για τη διατύπωση της πρώτης προϋποθέσεως του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, πρώτη περίπτωση, της οδηγίας αυτής.

69. Ειδικότερα, υπενθυμίζεται ότι, κατά τη διάταξη αυτή, το εθνικό δικαστήριο υποχρεούται να διατηρεί τα αποτελέσματα της παρανόμως συναφθείσας συμβάσεως, εφόσον «η αναθέτουσα αρχή *κρίνει* ότι η ανάθεση σύμβασης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* είναι επιτρεπτή σύμφωνα με την οδηγία 2004/18» [21].

70. Πάντως, κατά την άποψή μου, αν γινόταν δεκτό ότι το σημαντικό περιθώριο εκτιμήσεως που αναγνωρίζεται στην αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο της εν λόγω διατάξεως δεν υπόκειται σε κανενός είδους δικαστικό έλεγχο, η υλοποίηση των προαναφερθέντων σκοπών θα καθίστατο εξαιρετικά δυσχερής.

71. Πράγματι, η ως άνω προϋπόθεση, όπως έχει, αποτελεί αμιγώς εξουσιαστική αίρεση και η έννομη προστασία του θιγόμενου οικονομικού φορέα δεν είναι πλήρης [22].

21 — Η υπογράμμιση δική μου. Ταυτόσημος όρος [ΣτΜ: «εκτιμά»] απαντά και στο άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της προτάσεως οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων [COM(2006) 195 τελικό], ενώ παρεμφερή όρο χρησιμοποιεί και το σημείο 3 της αιτιολογικής εκθέσεως της εν λόγω προτάσεως κατά το οποίο «[ό]ταν μια αναθέτουσα αρχή *θεωρεί* ότι έχει το δικαίωμα να αναθέσει απευθείας μια σύμβαση […], θα πρέπει […] να αναστείλει τη σύναψη της σύμβασης για μια ελάχιστη περίοδο δέκα ημερολογιακών ημερών, αφού πρώτα προβεί στην κατάλληλη κοινοποίηση με μια απλουστευμένη προκήρυξη ανάθεσης» (η υπογράμμιση δική μου).

22 — Η αίρεση είναι «εξουσιαστική» όταν η γένεση ή η εκπλήρωση της υποχρεώσεως εξαρτάται μόνον από τη βούληση ενός εκ των συμβαλλομένων μερών.

72. Πρώτον, η προϋπόθεση αυτή, η οποία δεν συνάδει προς το γράμμα, τη γενική αλληλουχία και τον σκοπό των διατάξεων της οδηγίας 89/665, αναγνωρίζει κατ' ουσίαν στην αναθέτουσα αρχή την ευχέρεια να προβαίνει ή μη σε διαγωνισμό και, κατά συνέπεια, να τηρεί ή μη τις αρχές της διαφάνειας και της απαγορεύσεως των διακρίσεων τις οποίες κατοχυρώνει το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 και της παρέχει συγχρόνως τη διασφάλιση ότι η σύμβαση που συνήψε κατά παράβαση των κανόνων δημοσιότητας δεν θα κηρυχθεί ανενεργή, εφόσον βεβαίως η αναθέτουσα αρχή έχει δημοσιεύσει στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκήρυξη με την οποία γνωστοποιεί την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση και έχει τηρήσει την ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία δέκα ημερών. Ο θιγόμενος οικονομικός φορέας θα έχει στην πράξη απλώς και μόνο τη δυνατότητα να ασκήσει αγωγή αποζημιώσεως, η οποία δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια την κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας για την εκ νέου ανάθεση της παρανόμως ανατεθείσας συμβάσεως.

73. Η κατάσταση αυτή είναι προδήλως παράδοξη.

74. Πράγματι, υπενθυμίζεται ότι η οδηγία 89/665 αποσκοπεί ρητώς στην ενίσχυση των εγγυήσεων διαφάνειας και της επιταγής περί απαγορεύσεως των διακρίσεων στο πλαίσιο των διαδικασιών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να διασφαλίζεται υπέρ του θιγόμενου οικονομικού φορέα πλήρης έννομη προστασία[23]. Εξάλλου, υπενθυμίζεται επίσης ότι ο νομοθέτης της Ένωσης, με την οδηγία 2007/66, θέλησε να ενισχύσει την αποτελεσματικότητα των διαδικασιών προσφυγής ακριβώς για να καταπολεμήσει το φαινόμενο της παράνομης απευθείας αναθέσεως συμβάσεων και για να προστατεύσει τους εν δυνάμει προσφέροντες από την αυθαιρεσία της αναθέτουσας αρχής[24].

75. Δεύτερον, η εν λόγω προϋπόθεση, όπως έχει, παρέχει στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να προβαίνει σε απευθείας ανάθεση δημοσίας συμβάσεως κατά παράβαση των απαιτήσεων της οδηγίας 2004/18, τηρώντας μια πολύ περιορισμένη δέσμη διαδικαστικών υποχρεώσεων και εκτιθέμενη στον κίνδυνο επιβολής μιας πολύ ήπιας κυρώσεως, με αποτέλεσμα να υπάρχει το ενδεχόμενο να ασκήσει η αναθέτουσα αρχή κατά τρόπο καταχρηστικό τις δυνατότητες που της έχουν αναγνωριστεί.

76. Όπως επισημαίνει η Fastweb με τις παρατηρήσεις της, λόγω των ανωτέρω η σύναψη δημοσίας συμβάσεως με την επιχείρηση της αρεσκείας της αναθέτουσας αρχής καθίσταται ευχερέστερη σε σύγκριση με τη διεξαγωγή νομότυπου διαγωνισμού σύμφωνου με τους κανόνες δημοσιότητας και ανταγωνισμού που επιβάλλει η οδηγία 2004/18.

77. Καταρχάς, αποφεύγεται όντως η τήρηση του χρονοδιαγράμματος διεξαγωγής διαγωνισμού και η ανάθεση της δημοσίας συμβάσεως μπορεί να γίνει ταχύτερα. Η υπό κρίση υπόθεση αποτελεί γλαφυρότατο παράδειγμα, καθόσον η διαδικασία για την ανάθεση της επίμαχης συμβάσεως, η οποία έχει διάρκεια επτά ετών και αξία 521 500 000 ευρώ, άρχισε στις 15 Δεκεμβρίου 2011 και ολοκληρώθηκε στις 31 Δεκεμβρίου 2011, δηλαδή εντός δεκαπενθημέρου.

78. Στη συνέχεια, οι κανόνες δημοσιότητας είναι διαφορετικοί. Ειδικότερα, στο πλαίσιο μιας κανονικής διαδικασίας διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να δημοσιεύει προκήρυξη διαγωνισμού και να κοινοποιεί σε καθέναν από τους προσφέροντες τις λαμβανόμενες αποφάσεις. Επομένως, η δημοσιότητα και ο ανταγωνισμός στηρίζονται σε συγκεκριμένους τυπικούς κανόνες. Στο πλαίσιο της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται απλώς να προβεί σε δημοσίευση στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* και η ενδιαφερόμενη επιχείρηση έχει προθεσμία δέκα ημερών για να ασκήσει προσυμβατική προσφυγή. Είναι προφανές ότι η δημοσιότητα αυτή δεν εξασφαλίζει την πληροφόρηση του ενδιαφερομένου κατά τον ίδιο τρόπο με τη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* ή με την ατομική κοινοποίηση των αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής και, ως εκ τούτου, περιορίζει τις διαδικασίες προσφυγής.

23 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 3 της οδηγίας αυτής.

24 — Απόφαση Επιτροπή κατά Αυστρίας (EU:C:2004:386, σκέψεις 20 έως 22).

79. Τέλος, όταν η ανάθεση της συμβάσεως είναι παράνομη, ιδίως λόγω πλημμέλειας που επηρεάζει τη διαδικασία του διαγωνισμού, η σύμβαση μπορεί να κηρυχθεί ανενεργή. Αντιθέτως, στο πλαίσιο της διαδικασίας που διαλαμβάνεται στο άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665, το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο υποχρεούται να διατηρεί τα αποτελέσματα της συμβάσεως που συνήφθη κατά παράβαση των κανόνων δημοσιότητας και ανταγωνισμού, εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει δημοσιεύσει προκήρυξη για εκούσια εκ των προτέρων διαφάνεια και έχει τηρήσει την ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία δέκα ημερών μεταξύ της δημοσιεύσεως της προκηρύξεως αυτής και της συνάψεως της συμβάσεως. Το εν λόγω όργανο μπορεί βεβαίως να καταδικάσει την αναθέτουσα αρχή στην καταβολή αποζημιώσεως. Όμως, η καταβολή αποζημιώσεως δεν συνεπάγεται την κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας για την εκ νέου ανάθεση της παρανόμως ανατεθείσας συμβάσεως.

80. Συνεπώς, κατά τη γνώμη μου, είναι απολύτως αναγκαίο το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο να εκτιμά, στο πλαίσιο του δικαστικού ελέγχου της συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής. Φρονώ ότι το όργανο αυτό πρέπει, ειδικότερα, να εξετάζει αν, στο πλαίσιο της συνάψεως της συμβάσεως, η αναθέτουσα αρχή ενήργησε με καλή πίστη και με τη δέουσα επιμέλεια και αν οι λόγοι που αυτή έχει προβάλει για να προβεί σε ανάθεση της συμβάσεως κατόπιν διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* έχουν ή όχι νόμιμο έρεισμα.

81. Με την άποψη αυτή συντάσσονται η Ιταλική και η Πολωνική Κυβέρνηση καθώς και το Συμβούλιο και η Επιτροπή με τις παρατηρήσεις τους [25].

82. Πράγματι, δεν πρέπει να λησμονείται ότι η προβλεπόμενη με το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665 διατήρηση των αποτελεσμάτων της συμβάσεως εδράζεται στην καλή πίστη της αναθέτουσας αρχής και αποσκοπεί στη διαφύλαξη της ασφάλειας δικαίου των συμβαλλομένων. Ο νομοθέτης της Ένωσης έχει αναγνωρίσει τα ανωτέρω ρητώς, με την αιτιολογική σκέψη 26 της οδηγίας 2007/66, στην οποία τονίζεται η ανάγκη «να μην δημιουργηθεί ανασφάλεια δικαίου λόγω του ανενεργού» της συμβάσεως. Το Δικαστήριο επίσης έχει προβεί στην ίδια διαπίστωση με την απόφαση Επιτροπή κατά Γερμανίας [26].

83. Πάντως, δεν μπορεί να υφίσταται ασφάλεια δικαίου ή δικαιολογημένη εμπιστοσύνη όταν η αναθέτουσα αρχή ενεργεί κακόπιστα κατά την εφαρμογή των κανόνων δικαίου και όταν παραβαίνει εσκεμμένα και με πρόθεση τους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων.

84. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Telecom Italia διατύπωσε την άποψη ότι το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, πρώτη περίπτωση, της οδηγίας 89/665 ουδόλως επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση να ενεργεί με καλή πίστη και με επιμέλεια, φρονώντας ότι η μόνη υποχρέωση που έχει η αρχή αυτή είναι η υποχρέωση αιτιολογήσεως. Απορρίπτω κατηγορηματικά την ερμηνεία αυτή, διότι η καλή πίστη της διοικήσεως είναι συμφυής προς τη λειτουργία της και θεμελιώνει τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη που μπορούν να έχουν οι διοικούμενοι στη δράση της διοικήσεως. Πρόκειται για μια από τις θεμελιώδεις αρχές που διέπουν την καθημερινή δραστηριότητα της διοικήσεως. Κατά συνέπεια, είναι κατά τη γνώμη μου προφανές ότι για την εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, πρώτη περίπτωση, της εν λόγω οδηγίας πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι η αναθέτουσα αρχή έχει ενεργήσει με καλή πίστη.

25 — Βλ. σημεία 22 και 27 των παρατηρήσεων της Ιταλικής Κυβερνήσεως, σημείο 12 των παρατηρήσεων της Πολωνικής Κυβερνήσεως, σημείο 33 των παρατηρήσεων του Συμβουλίου και σημείο 48 των παρατηρήσεων της Επιτροπής.

26 — EU:C:2007:432, σκέψη 33 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία. Βλ., επίσης, κατ' αναλογία, απόφαση Strabag κ.λπ. (EU:C:2010:567), με την οποία το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι οι προθεσμίες είναι απαραίτητες «για να αποφευχθεί το γεγονός οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες να μπορούν να επικαλεστούν, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας διεξαγωγής του διαγωνισμού, παραβάσεις των κανόνων [περί δημοσίων συμβάσεων], υποχρεώνοντας με τον τρόπο αυτόν την αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών» (σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

85. Επομένως, είναι απολύτως αναγκαίο το εθνικό δικαστήριο να εξετάζει τους λόγους που ώθησαν, ευλόγως και ειλικρινώς, την αναθέτουσα αρχή να κρίνει ότι ήταν σε θέση να προβεί σε ανάθεση της συμβάσεως κατόπιν διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως και να διακρίνει την πλάνη στην οποία υπέπεσε καλόπιστα η αναθέτουσα αρχή από την με πρόθεση παράβαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων. Μόνον κατόπιν της εξετάσεως αυτής, θα είναι σε θέση το εθνικό δικαστήριο να καθορίσει την καταλληλότερη κύρωση.

86. Επομένως, υπάρχουν δύο περιπτώσεις

87. Η πρώτη περίπτωση είναι αυτή κατά την οποία το εθνικό δικαστήριο κρίνει ότι η πλάνη στην οποία υπέπεσε η αναθέτουσα αρχή είναι συγγνωστή λόγω καλής πίστεως. Στην περίπτωση αυτή, το εθνικό δικαστήριο είναι υποχρεωμένο να διατηρήσει τα αποτελέσματα της συμβάσεως σύμφωνα με όσα ορίζει το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665, προκειμένου να διαφυλαχθεί η ισορροπία συμφερόντων των διαφόρων εμπλεκόμενων πλευρών.

88. Συναφώς από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο μπορεί, στην περίπτωση αυτή, να επιβάλει τις εναλλακτικές κυρώσεις που προβλέπονται με το άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της εν λόγω οδηγίας.

89. Πρώτον, το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο μπορεί να επιβάλει εναλλακτική κύρωση μόνον εφόσον υφίσταται κύρωση προς αντικατάσταση. Με άλλα λόγια, πρέπει να υφίσταται ορισμένη νομική βάση για να μπορεί το όργανο αυτό να επιβάλει κύρωση. Πάντως, όπως επισημάνθηκε, στην περίπτωση που πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις του άρθρου 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665, ο νομοθέτης της Ένωσης απαιτεί από το ως άνω όργανο να διατηρεί τα αποτελέσματα της συμβάσεως, αφαιρώντας του τη δυνατότητα να επιβάλει στην αναθέτουσα αρχή την κύρωση του ανενεργού της συμβάσεως. Επομένως δεν υφίσταται «κύρωση» κατά την έννοια της εν λόγω οδηγίας.

90. Δεύτερον, όσον αφορά τις εναλλακτικές κυρώσεις κατά το άρθρο 2ε της οδηγίας 89/665, ο νομοθέτης της Ένωσης απαριθμεί ρητώς τις περιπτώσεις στις οποίες το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο μπορεί να αντικαταστήσει την κήρυξη του ανενεργού με την επιβολή προστίμων ή με τη σύντμηση της διάρκειας της συμβάσεως και δεν γίνεται καμία αναφορά στην περίπτωση την οποία καλύπτει το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της εν λόγω οδηγίας[27].

91. Υπό τις συνθήκες αυτές, τίθεται όντως ζήτημα ως προς το αν είναι δυνατή η διεύρυνση του καθ' ύλην πεδίου εφαρμογής του άρθρου 2ε της οδηγίας 89/665. Η απάντησή μου είναι αρνητική διότι μια τέτοια ερμηνεία είναι αντίθετη στο γράμμα του άρθρου 2, παράγραφος 7, της εν λόγω οδηγίας καθώς και στην πρόθεση του νομοθέτη της Ένωσης. Πράγματι, με την τελευταία αυτή διάταξη, ο νομοθέτης της Ένωσης απέκλεισε ρητώς τις απαριθμούμενες στο προαναφερθέν άρθρο 2ε περιπτώσεις από τις περιπτώσεις για τις οποίες έχει αναγνωριστεί ευχέρεια στα κράτη μέλη να καθορίζουν τις συνέπειες που πρέπει να έχει η άσκηση της εξουσίας επιβολής κυρώσεων που διαθέτουν.

27 — Οι περιπτώσεις αυτές είναι οι ακόλουθες. Η πρώτη περίπτωση, η οποία προβλέπεται με το άρθρο 1, παράγραφος 5, της οδηγίας 89/665, είναι αυτή κατά την οποία η σύμβαση έχει συναφθεί πριν την άσκηση προσφυγής από τον θιγόμενο οικονομικό φορέα ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Η δεύτερη περίπτωση, η οποία προβλέπεται με το άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής, είναι αυτή κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή συνάπτει τη σύμβαση πριν αποφανθεί το εθνικό δικαστήριο επί της αιτήσεως προσωρινών μέτρων ή επί της προσφυγής. Η τρίτη περίπτωση, η οποία προβλέπεται με το άρθρο 2α, παράγραφος 2, της εν λόγω οδηγίας, είναι αυτή κατά την οποία η σύναψη της συμβάσεως, η οποία έπεται της αποφάσεως περί αναθέσεως, έχει λάβει χώρα πριν την εκπνοή της ελάχιστης προθεσμίας δέκα ημερών που αρχίζει από την κοινοποίηση στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και υποψηφίους της αποφάσεως περί αναθέσεως. Τέλος, η τέταρτη περίπτωση είναι αυτή κατά την οποία η σύμβαση κηρύχθηκε ανενεργή για τους λόγους που απαριθμούνται ρητώς με το άρθρο 2δ, παράγραφος 1, της ίδιας οδηγίας.

92. Η δεύτερη περίπτωση είναι αυτή κατά την οποία το εθνικό δικαστήριο κρίνει ότι η πλάνη δεν είναι συγγνωστή και ότι η αναθέτουσα αρχή παρέβη εσκεμμένα και με πρόθεση τους κανόνες προηγούμενης δημοσιότητας και ανταγωνισμού. Στην περίπτωση αυτή, είναι πρόδηλο ότι η ως άνω πλημμέλεια πρέπει να τύχει της ανάλογης μεταχειρίσεως. Πράγματι, δεν υφίσταται κανένα νόμιμο έρεισμα που να δικαιολογεί τη διατήρηση των αποτελεσμάτων συμβάσεως της οποίας η σύναψη αποτελεί, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, τη σημαντικότερη παραβίαση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.

93. Υπό τις συνθήκες αυτές, το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο υποχρεούται να κηρύξει τη σύμβαση ανενεργή σύμφωνα με τον κανόνα του άρθρου 2δ, παράγραφος 1, στοιχείο α′, της οδηγίας 89/665 και να αποκαταστήσει την έννομη κατάσταση του οικονομικού φορέα που έχει θιγεί από την παράνομη πράξη.

94. Στην περίπτωση αυτή, δεν μπορεί να αφαιρείται από τα κράτη μέλη η δυνατότητα να προβλέπουν την κήρυξη του ανενεργού της συμβάσεως διότι, διαφορετικά, η αναθέτουσα αρχή θα είχε την ευχέρεια να παραβαίνει τους κανόνες δημοσιότητας και ανταγωνισμού που επιβάλλονται από τη νομοθεσία έναντι, ενδεχομένως, της καταβολής αποζημιώσεως στον θιγόμενο οικονομικό φορέα. Η ερμηνεία όμως αυτή θα διακύβευε με βεβαιότητα τους σκοπούς των οποίων την επίτευξη επιθυμούσε ο νομοθέτης της Ένωσης με τη θέσπιση της οδηγίας 2007/66[28].

95. Υπενθυμίζεται ότι το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα είναι η διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των κυρώσεων. Συνεπώς, στην περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή έχει προδήλως ενεργήσει με πρόθεση να καταστρατηγήσει τους εφαρμοστέους κανόνες, μόνον η κήρυξη του ανενεργού της συμβάσεως διασφαλίζει την επιβολή αποτρεπτικής και αποτελεσματικής κυρώσεως.

96. Υπενθυμίζεται επίσης ότι ο σκοπός της οδηγίας 89/665 είναι η διασφάλιση της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως. Συνεπώς, μόνον η ακύρωση της παρανόμως συναφθείσας συμβάσεως και η κατάργηση των αποτελεσμάτων της καθιστούν δυνατή την αποκατάσταση του ανταγωνισμού στην αγορά και τη δημιουργία νέων επιχειρηματικών ευκαιριών για τους οικονομικούς φορείς που στερήθηκαν παρανόμως της ευκαιρίας να μετάσχουν στη διαδικασία του διαγωνισμού.

97. Κατόπιν τούτου, πρέπει να διευκρινιστεί αν το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο έχει την ευχέρεια να εκτιμά τον βαθμό στον οποίο η σύμβαση πρέπει να κηρυχθεί ανενεργή σύμφωνα με όσα ορίζει το άρθρο 2δ, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665.

98. Ειδικότερα, όπως επισημάνθηκε, η διάταξη αυτή παρέχει στα κράτη μέλη την ευχέρεια να καθορίζουν τις έννομες συνέπειες που πρέπει να έχει η κήρυξη του ανενεργού της συμβάσεως. Κατά τον νομοθέτη της Ένωσης, τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν ότι το αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο έχει την εξουσία να ακυρώνει αναδρομικά όλες τις συμβατικές υποχρεώσεις ή να περιορίζει την εμβέλεια της ακυρώσεως στις υποχρεώσεις εκείνες που δεν έχουν εκπληρωθεί ακόμη. Εντούτοις, στην τελευταία αυτή περίπτωση, ο νομοθέτης της Ένωσης προβλέπει την παροχή ευρείας εξουσίας εκτιμήσεως στο αρμόδιο όργανο για τις διαδικασίες προσφυγών. Ειδικότερα, ο νομοθέτης της Ένωσης κάνει ρητή παραπομπή στο άρθρο 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665. Κατά τη διάταξη αυτή, τα κράτη μέλη μπορούν να παρέχουν στο ως άνω όργανο σημαντική εξουσία εκτιμήσεως για να εξετάζει, λαμβάνοντας υπόψη όλες τις σχετικές πτυχές, συμπεριλαμβανομένων της σοβαρότητας της παραβάσεως, της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής και, στις περιπτώσεις του άρθρου 2δ, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής, του βαθμού στον οποίο η σύμβαση παραμένει σε ισχύ, αν ενδεχομένως θα πρέπει να επιβάλει τη σύντμηση της διάρκειας της συμβάσεως ή να επιβάλει πρόστιμα.

28 — Όπως προκύπτει από πάγια νομολογία, για να διασφαλιστεί η ομοιόμορφη ερμηνεία και εφαρμογή ορισμένης διατάξεως, της οποίας το κείμενο, όπως είναι διατυπωμένο σε ορισμένη γλώσσα της Ένωσης, διαφέρει από τις λοιπές γλωσσικές αποδόσεις, η διάταξη αυτή πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα όχι μόνο της όλης οικονομίας του νομοθετήματος στο οποίο εντάσσεται αλλά και βάσει του σκοπού που επιδιώκει ο νομοθέτης της Ένωσης [βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197, σκέψεις 22 επ.)].

99. Ακριβώς στον συνδυασμό αυτό του άρθρου 2δ, παράγραφος 2, και του άρθρου 2ε, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665 έγκειται το περιθώριο εκτιμήσεως του αρμοδίου για τις διαδικασίες προσφυγών οργάνου όταν αυτό καλείται να κηρύξει ανενεργή την παρανόμως συναφθείσα σύμβαση.

100. Λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των ανωτέρω στοιχείων, έχω την αίσθηση ότι ούτε ο σκοπός της οδηγίας 89/665 ούτε η διάταξη του άρθρου 2δ αυτής αντιτίθενται στη δυνατότητα κράτους μέλους να αναγνωρίζει στο προαναφερθέν όργανο την ευχέρεια να εκτιμά τον βαθμό στον οποίο πρέπει να κηρύσσει ανενεργή τη σύμβαση που έχει συναφθεί χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, εφόσον διαπιστώνει ότι η αναθέτουσα αρχή, παρά τη δημοσίευση στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκηρύξεως με την οποία έχει γνωστοποιήσει την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση και παρά την τήρηση της ελάχιστης ανασταλτικής προθεσμίας δέκα ημερών μεταξύ της αναθέσεως και της υπογραφής της συμβάσεως, παρέβη εσκεμμένα και με πρόθεση τους κανόνες δημοσιότητας και ανταγωνισμού που επιβάλλει η οδηγία 2004/18.

101. Αντιθέτως, έχω την άποψη ότι η ως άνω ερμηνεία είναι επιβεβλημένη προκειμένου να διασφαλίζεται η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665 και η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται υπέρ όσων οικονομικών φορέων έχουν στερηθεί παρανόμως της δυνατότητας να μετάσχουν σε διαδικασία διαγωνισμού.

102. Συνεπώς, στο πλαίσιο της υποθέσεως της κύριας δίκης, φρονώ ότι εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει τη νομιμότητα των λόγων στους οποίους στηρίχθηκε το Ministero dell'Interno για να αναθέσει την επίμαχη σύμβαση κατόπιν διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*.

103. Συναφώς, είναι αναγκαίες οι εξής παρατηρήσεις.

104. Στην υπό κρίση υπόθεση, υπενθυμίζεται ότι το Ministero dell'Interno έκρινε ότι μπορούσε να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία αυτή, στηριζόμενο στο γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 2, στοιχείο b, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, το οποίο έχει μεταφέρει στην ιταλική έννομη τάξη το άρθρο 28, παράγραφος 1, στοιχείο ε', της οδηγίας 2009/81.

105. Υπενθυμίζεται ότι δυνάμει της διατάξεως αυτής, η εν λόγω διαδικασία επιτρέπεται «εάν, για λόγους τεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα».

106. Εν προκειμένω, το Ministero dell'Interno εκτίμησε ότι η Telecom Italia ήταν ο μόνος οικονομικός φορέας που ήταν σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση παροχής υπηρεσιών, για τεχνικούς λόγους και για λόγους προστασίας (ορισμένων) αποκλειστικών δικαιωμάτων.

107. Εντούτοις, το Tribunale amministrativo regionale per il Lazio έκρινε ότι τα στοιχεία και οι περιστάσεις που επικαλέστηκε το Ministero dell'Interno δεν συνιστούσαν «τεχνικούς λόγους» κατά την έννοια του άρθρου 57, παράγραφος 2, στοιχείο b, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, αλλά στηρίζονταν σε εκτιμήσεις σκοπιμότητας και στις δυσχέρειες που θα μπορούσαν να προκληθούν από την ανάθεση των υπηρεσιών σε άλλον οικονομικό φορέα.

108. Ομοίως, το Consiglio di Stato έκρινε ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ότι πληρούνταν οι προϋποθέσεις για τη διεξαγωγή διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκηρύξεως. Συναφώς, εκτίμησε ότι από το σύνολο των παρατηρήσεων και των συνημμένων, συμπεριλαμβανομένης της τεχνικής εκθέσεως, προέκυπτε όχι η αντικειμενική αδυναμία αναθέσεως των επίμαχων υπηρεσιών σε άλλους οικονομικούς φορείς, αλλά ο απρόσφορος χαρακτήρας μιας τέτοιας επιλογής, η οποία, όπως κατ' ουσίαν υποστήριξε το Ministero dell'Interno, θα συνεπαγόταν μεταβολές, δαπάνες και θα έχρηζε χρόνου για την απαραίτητη προσαρμογή.

109. Ομολογουμένως, με βάση τα στοιχεία που διαθέτω, το Ministero dell'Interno προφανώς δεν επικαλείται ιδιαίτερους τεχνικούς λόγους ή άλλες απαιτήσεις σχετικές με την ιδιαιτερότητα του επίμαχου υλικού ή με τον ευαίσθητο χαρακτήρα της συμβάσεως.

110. Αντιλαμβάνομαι ότι, στον τομέα της ασφάλειας ή της άμυνας, είναι ενδεχομένως θεμιτό να μην εφαρμόζονται ορισμένες διατάξεις του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου ότι ορισμένες συμβάσεις έχουν τόσο ευαίσθητο περιεχόμενο ώστε να μην ενδείκνυται η τήρηση προηγούμενης δημοσιότητας και η διεξαγωγή διαγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων. Στην κατηγορία αυτή εμπίπτουν για παράδειγμα οι συμβάσεις που συνάπτουν οι υπηρεσίες πληροφοριών ή οι συμβάσεις για δραστηριότητες αντικατασκοπείας. Το ίδιο ισχύει και για άλλες ιδιαίτερα ευαίσθητες συμβάσεις που απαιτούν εξαιρετικά υψηλό επίπεδο εμπιστευτικότητας, όπως είναι οι συμβάσεις που συνδέονται με την καταπολέμηση της τρομοκρατίας ή που προορίζονται ειδικώς για ευαίσθητες δραστηριότητες των δυνάμεων ασφαλείας και επιβολής της τάξεως.

111. Πάντως, στην υπό κρίση υπόθεση, το Ministero dell'Interno προφανώς δεν κάνει μνεία τέτοιων περιστάσεων. Ασφαλώς, διευκρινίζει ότι η σύμβαση έχει ως αντικείμενο την «παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικής επικοινωνίας προς τη διεύθυνση δημόσιας ασφάλειας και στο σώμα των καραμπινιέρων, και ειδικότερα υπηρεσιών φωνητικής και κινητής τηλεφωνίας και μεταφοράς δεδομένων, *με τήρηση όλων των απαιτήσεων εμπιστευτικότητας και ασφάλειας των σχετικών πληροφοριών προς το συμφέρον της εθνικής ασφάλειας*»[29]. Εντούτοις, λαμβανομένων ιδίως υπόψη των διαπιστώσεων του Tribunale amministrativo regionale per il Lazio και του Consiglio di Stato, προφανώς το Ministero dell'Interno δεν χαρακτήρισε αιτιολογημένα την επίμαχη σύμβαση και τα επίμαχα υλικά ως ευαίσθητα και δεν έκανε μνεία ειδικών απαιτήσεων συνδεόμενων, για παράδειγμα, με την ασφάλεια των πληροφοριών ή με την προστασία εμπιστευτικών ή διαβαθμισμένων πληροφοριών οι οποίες, προς το συμφέρον της εθνικής ασφάλειας, μπορούν όντως να χρήζουν ειδικής προστασίας και να προϋποθέτουν ειδικό τρόπο επιλογής των υποψηφίων.

112. Εξάλλου, εντύπωση προκαλεί η χρονική ακολουθία των γεγονότων και ειδικότερα η ταχύτητα με την οποία ανατέθηκε η σύμβαση. Συντάσσομαι με τις επιφυλάξεις που εξέφρασε συναφώς η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Πράγματι, όπως προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας, το Ministero dell'Interno αποφάσισε να ανανεώσει τη σύμβαση υπηρεσιών τηλεφωνίας που είχε συνάψει το 2003 με την Telecom Italia μόλις δεκαπέντε ημέρες πριν την εκπνοή της προηγούμενης συμφωνίας, ήτοι στις 15 Δεκεμβρίου 2011. Επιπλέον, όπως επίσης προκύπτει από τα έγγραφα της δικογραφίας, η σύμβαση υπεγράφη στις 31 Δεκεμβρίου 2011, ήτοι μετά την πάροδο δεκαπενθημέρου. Οι ενέργειες αυτές προκαλούν εντύπωση τόσο λόγω της σημασίας της εν λόγω συμβάσεως όσο και λόγω του τρόπου με τον οποίο λειτούργησε η διοίκηση, λόγω της διάρκειας της συμβάσεως αυτής (επτά έτη) και λόγω της χρηματικής αξίας της (521 500 000 ευρώ), εκτός και αν υποτεθεί ότι το Ministero dell'Interno και η Telecom Italia είχαν συμφωνήσει να ανανεώσουν τη συμφωνία τους.

113. Τέλος, θεωρώ αυτονόητο να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι το Ministero dell'Interno είναι δημόσια αρχή που διαθέτει νομικούς συμβούλους επαρκώς ενημερωμένους ώστε να μην υποπίπτουν σε πλάνη εκτιμήσεως όσον αφορά τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες μια δημόσια σύμβαση επιτρέπεται να ανατεθεί χωρίς τήρηση των κανόνων προηγούμενης δημοσιότητας και ανταγωνισμού.

114. Κατόπιν τούτων, εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να εξετάσει, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των στοιχείων που έχει στη διάθεσή του, αν η πλάνη αυτή είναι συγγνωστή ή αν πρόκειται για εσκεμμένη και με πρόθεση παράβαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων.

29 — Η υπογράμμιση δική μου.

115. Κατά συνέπεια, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των ανωτέρω στοιχείων, φρονώ ότι το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665, ερμηνευόμενο υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και του δικαιώματος σε αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα, έχει την έννοια ότι δεν αντιτίθεται στη δυνατότητα κράτους μέλους να αναγνωρίζει στο αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο την ευχέρεια να εκτιμά τον βαθμό στον οποίο πρέπει να κηρύσσει ανενεργή τη σύμβαση που έχει συναφθεί χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, όταν το όργανο αυτό διαπιστώνει ότι η αναθέτουσα αρχή, παρά τη δημοσίευση στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκηρύξεως με την οποία έχει γνωστοποιήσει την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση και παρά την τήρηση της ελάχιστης ανασταλτικής προθεσμίας δέκα ημερών μεταξύ της αναθέσεως και της υπογραφής της συμβάσεως, παρέβη εσκεμμένα και με πρόθεση τους κανόνες δημοσιότητας και ανταγωνισμού που επιβάλλει η οδηγία 2004/18.

IV – **Πρόταση**

116. Κατόπιν των ανωτέρω εκτιμήσεων προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει στο προδικαστικό ερώτημα που υπέβαλε το Consiglio di Stato την εξής απάντηση:

Το άρθρο 2δ, παράγραφος 4, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, ερμηνευόμενο υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και του δικαιώματος σε αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα, έχει την έννοια ότι δεν αντιτίθεται στη δυνατότητα κράτους μέλους να αναγνωρίζει στο αρμόδιο για τις διαδικασίες προσφυγών όργανο την ευχέρεια να εκτιμά τον βαθμό στον οποίο πρέπει να κηρύσσει ανενεργή τη σύμβαση που έχει συναφθεί χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, όταν το όργανο αυτό διαπιστώνει ότι η αναθέτουσα αρχή, παρά τη δημοσίευση στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης* προκηρύξεως με την οποία έχει γνωστοποιήσει την πρόθεσή της να συνάψει τη σύμβαση και παρά την τήρηση της ελάχιστης ανασταλτικής προθεσμίας δέκα ημερών μεταξύ της αναθέσεως και της υπογραφής της συμβάσεως, παρέβη εσκεμμένα και με πρόθεση τους κανόνες δημοσιότητας και ανταγωνισμού που επιβάλλει η 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.