ΣτΕ (Ολ) 3670/2006 (απόσπασμα)

Περίληψη: Δημόσια έργα και βασικός μέτοχος. Ασυμβίβαστες ιδιότητες στο πρόσωπο του βασικού μετόχου, μέλους οργάνου διοίκησης ή διευθυντικού στελέχους συγκεκριμένης εταιρείας, η οποία ανεδείχθη ανάδοχος σε συγκεκριμένο διαγωνισμό δημοσίων έργων και προκειμένου να συναφθεί η σχετική σύμβαση, κατά τα οριζόμενα στο νόμο 3021/2002. Πιστοποιητικό του ΕΣρ περί μη συνδρομής ασυμβιβάστου. Η παρέμβαση που άσκησε υπέρ του κύρους του πιστοποιητικού το σωματείο "Σύνδεσμος Επιχειρήσεων Περιοδικού Τύπου" είναι απαράδεκτη εφόσον το σωματείο δεν είναι διάδικος σε εκκρεμή δίκη για τη συνταγματικότητα των σχετικών διατάξεων του νόμου αυτού. Το προσβαλλόμενο πιστοποιητικό έχει εκτελεστό χαρακτήρα και η αναφυόμενη διαφορά είναι ακυρωτική και υπάγεται στη δικαιοδοσία του ΣτΕ, ανεξαρτήτως της φύσεως της συμβάσεως, για τη σύναψη της οποίας εκδόθηκε, ως διοικητικής ή ιδιωτικής. Ποιοι έχουν έννομο συμφέρον να ασκήσουν αίτηση ακύρωσης. Το γεγονός ότι διαγωνισθείς, του οποίου η προσφορά κρίθηκε ως υπερβολικά χαμηλή δεν προσήλθε να την αιτιολογήσει, δεν ισοδυναμεί με παραίτηση αυτού από το δικαίωμά του να συμμετάσχει στη διαδικασία. Ο ανωτέρω νομιμοποιείται να ασκήσει αίτηση ακύρωσης. Αντίθετη μειοψηφία. Έναρξη ισχύος του Ν. 3021/2002 από 19/6/2002, οπότε δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ. Εφαρμογή των διατάξεων αυτών από το ΕΣρ, έστω και αν η κατακυρωτική πράξη είχε εκδοθεί πριν από την ημερομηνία αυτή. Συνταγματικές απαγορεύσεις του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος. Παρένθετα πρόσωπα κατά τη διάταξη αυτή είναι οι σύζυγοι, οι συγγενείς και τα οικονομικά εξαρτημένα άτομα ή εταιρείες και έννοια του όρου. Θέσπιση τεκμηρίου ότι τα ανωτέρω πρόσωπα λειτουργούν ως παρένθετα πρόσωπα σε σχέση προς τους ιδιοκτήτες, βασικούς μετόχους, εταίρους και διευθυντικά στελέχη των επιχειρήσεων μέσων ενημέρωσης που μπορεί να ασκούν αθέμιτη επιρροή στη διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Το τεκμήριο είναι μαχητό. Αντίθετη μειοψηφία. Οι διατάξεις των άρθρων 2 παρ. 2 περ. α΄ και 3 παρ. 2 του Ν. 3021/2002, κατά το μέρος που ορίζεται ότι οι συγγενείς των ανωτέρω προσώπων (ιδιοκτήτη, βασικού μετόχου κλπ.) δεν λογίζονται ως παρένθετα πρόσωπα αν αποδείξουν ότι διαθέτουν οικονομική αυτοτέλεια, αντίκεινται στο άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος. Αντίθετη μειοψηφία. Έννοια των επιχειρήσεων μέσων ενημέρωσης κατά την ανωτέρω συνταγματική διάταξη. Σε αυτές περιλαμβάνονται και οι επιχειρήσεις που εκδίδουν ημερήσια πολιτική εφημερίδα. Λόγοι που επιβάλλουν την έρευνα αν οι ανωτέρω διατάξεις του Ν. 3021/2002 είναι συμβατοί προς άλλους, μη εθνικούς, κανόνες δικαίου. Αντίθετη μειοψηφία. Δεν απαιτείται διατύπωση προδικαστικού ερωτήματος προς το ΔΕΚ. Το ζήτημα του συμβατού της ανωτέρω διάταξης προς άλλους, μη εθνικούς, κανόνες δικαίου πρέπει να εξεταστεί με βάση το σύνολο της ρύθμισης της ανωτέρω συνταγματικής διάταξης. Αντίθετη μειοψηφία. Οδηγία 93/37/ΕΟΚ "περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων". Αποκλεισμός υποψηφίου εργολήπτη κατά το άρθρο 24 της Οδηγίας. Ο κανόνας δικαίου που θεσπίζεται από το άρθρο 19 παρ. 4 του Συντάγματος, όπως εξειδικεύεται με το Ν. 3021/2002, θεσπίζει πέραν του άρθρου 24 της Οδηγίας και κατά παράβαση αυτού, έναν ακόμη λόγο αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων από τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων. Αντίθετη μειοψηφία. Διατύπωση προς το ΔΕΚ προδικαστικού ερωτήματος για το εάν η απαρίθμηση λόγων αποκλεισμού εργοληπτών δημοσίων έργων κατά το άρθρο 24 της Οδηγίας είναι περιοριστική ή όχι και αν δεν είναι περιοριστική, αν η απαγόρευση ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων στις εμπλεκόμενες επιχειρήσεις είναι συμβατή με την κοινοτική αρχή της αναλογικότητας.

Αριθμός 3670/2006

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 7 Απριλίου 2006 [...].

Για να δικάσει την από 24 Δεκεμβρίου 2002, αίτηση [...]

Η πιο πάνω αίτηση παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια του Δικαστηρίου, κατόπιν της υπ' αριθμ. 3242/2004 αποφάσεως του Δ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας, προκειμένου να επιλύσει η Ολομέλεια το ζήτημα που αναφέρεται στην απόφαση.

Με την αίτηση αυτή η αιτούσα ανώνυμη εταιρεία επιδιώκει να ακυρωθεί το υπ' αριθμ. 8117/30.10.2002 πιστοποιητικό του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης και κάθε άλλη σχετική πράξη ή παράλειψη της Διοικήσεως. [...]

Α φ ο ύ μ ε λ έ τ η σ ε τ α σ χ ε τ ι κ ά έ γ γ ρ α φ α

Σ κ έ φ θ η κ ε κ α τ ά τ ο Ν ό μ ο [...]

3. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 844/13.12.2001 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της α.ε. "ΕΡΓΑ ΟΣΕ ΑΕ" αποφασίσθηκε η προκήρυξη δημοσίου διαγωνισμού με ανοικτή διαδικασία, για την εκτέλεση του έργου "Κατασκευή χωματουργικών και τεχνικών έργων για την υποδομή της νέας διπλής σιδηροδρομικής γραμμής υψηλών ταχυτήτων μεταξύ Κορίνθου- Κιάτου", προϋπολογιζομένης δαπάνης 51.700.000 ? και σύστημα προσφοράς αυτό των επί μέρους ποσοστών εκπτώσεως. Στον ως άνω διαγωνισμό έλαβαν μέρος, μεταξύ άλλων, η αιτούσα εταιρεία καθώς και η εταιρεία "Κ.Ι. ΣΑΡΑΝΤΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε.". Με την υπ' αριθμ. 959/22.5.2002 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ΕΡΓΑ ΟΣΕ ΑΕ το αποτέλεσμα του διαγωνισμού κατακυρώθηκε στην εργοληπτική επιχείρηση "Κ.Ι. ΣΑΡΑΝΤΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε.". Ακολούθησε η συγχώνευση, δι' απορροφήσεως, της εταιρείας "Κ.Ι. ΣΑΡΑΝΤΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε." από την εταιρεία "ΠΑΝΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε.", η οποία εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. Κ2-10928/6.9.2002 απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης (ΦΕΚ 9290/9.9.2002 Τ.Α.Ε. και Ε.Π.Ε.). Προκειμένου δε να συναφθεί η σχετική σύμβαση, η Αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 του ν. 3021/2002, στο Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης (εφεξής ΕΣΡ), με το από 9.10.2002 έγγραφό της, τα στοιχεία της ταυτότητας των βασικών μετόχων, μελών διοικητικού συμβουλίου και διευθυνόντων συμβούλων της ως άνω εταιρείας "ΠΑΝΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε.", για να πιστοποιηθεί ότι στο πρόσωπό τους δεν συντρέχουν οι ασυμβίβαστες ιδιότητες του άρθρου 3 του ν. 3021/2002. Σχετικώς εξεδόθη, κατ' επίκληση των διατάξεων του άρθρου 4 του αυτού Ν. 3021/2002, το ήδη προσβαλλόμενο με την υπό κρίση αίτηση ακυρώσεως, υπ' αριθμ. 8117/30.10.2002, πιστοποιητικό του ΕΣΡ, με το οποίο βεβαιώνεται η μη συνδρομή των ως άνω ασυμβιβάστων ιδιοτήτων στο πρόσωπο βασικού μετόχου, μέλους οργάνου διοίκησης ή διευθυντικού στελέχους της εταιρείας "ΠΑΝΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε.", προκειμένου η τελευταία αυτή εταιρεία να συνάψει σύμβαση με την εταιρεία "ΕΡΓΑ ΟΣΕ ΑΕ" για την εκτέλεση του έργου "Κατασκευή χωματουργικών και τεχνικών έργων για την υποδομή της νέας διπλής σιδ. γραμμής υψηλών ταχυτήτων μεταξύ Κορίνθου- Κιάτου". [...]

14.Επειδή, τόσο από την διατύπωση της, παρατεθείσης σε προηγούμενη σκέψη, διατάξεως του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, όσο και από τις οικείες συζητήσεις ενώπιον της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων προκύπτει ότι αυτή θεσπίσθηκε προκειμένου να ενισχυθεί η διαφάνεια της όλης οικονομικής λειτουργίας του κράτους και προς αποτροπή του κινδύνου αθέμιτης επιρροής από τα μέσα ενημέρωσης στην διαδικασία της αναθέσεως των δημοσίων έργων προμηθειών και υπηρεσιών. Με την ρύθμιση αυτή επιδιώκεται η αποτροπή της δημιουργίας συνθηκών, που θα μπορούσαν να προκαλέσουν κίνδυνο άσκησης τέτοιας αθέμιτης επιρροής, βλαπτικής για το δημόσιο συμφέρον. Για την εξυπηρέτηση των προαναφερθέντων στόχων και προκειμένου να αποτρέψει τέτοιου είδους διακινδυνεύσεις ο συνταγματικός νομοθέτης όρισε ότι η ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης μέσων ενημέρωσης είναι ασυμβίβαστη με την ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που αναλαμβάνει έναντι του Δημοσίου ή νομικού προσώπου του ευρύτερου δημόσιου τομέα την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών. H επιλογή του όρου "ασυμβίβαστη ιδιότητα", όρου περιλαμβάνοντος δύο λέξεις με σαφή και αναμφισβήτητη έννοια, δεν είναι άνευ σημασίας. Σημαίνει ότι, εξ αυτού τούτου του Συντάγματος, καθιερώνεται ένα απόλυτο κώλυμα για τους επιχειρηματίες που δραστηριοποιούνται, υπό τις ειδικότερες, περαιτέρω, διακρίσεις που θέτει η ανωτέρω συνταγματική διάταξη, στον ένα εκ των ως άνω τομέων επιχειρηματικής δραστηριότητας, να δραστηριοποιούνται και στον άλλο, το συνταγματικώς δε θεσπισθέν αυτό κώλυμα ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί βεβαίως να το άρει και δεν έχει περιθώριο θεσπίσεως ρυθμίσεων, επί τη βάσει της εξουσιοδοτήσεως, που του παρέχεται με το τελευταίο εδάφιο της διατάξεως αυτής, σε σχέση ειδικά με το ποιο ακριβώς περιεχόμενο έχει ο όρος "ασυμβίβαστη ιδιότητα", να τον προσδιορίσει, δηλαδή, με τέτοιο τρόπο, ώστε στην πράξη η ιδιότητα που το Σύνταγμα θέλησε να είναι ασυμβίβαστη, να καταστεί τελικά "συμβατή". [...] Υπό την αντίθετη εκδοχή, υπό την εκδοχή, δηλαδή, ότι η ασυμβίβαστη αυτή ιδιότητα δεν είναι απόλυτη, κατά την αντίληψη του συνταγματικού νομοθέτη, ο δε κοινός νομοθέτης έχει την ευχέρεια να ορίσει τον τρόπο, με τον οποίο μπορεί να δοθεί περιεχόμενο στην ιδιότητα αυτή, καθώς και ότι μπορεί ακόμη να προβλέψει περιπτώσεις κάμψεως του εν λόγω ασυμβιβάστου, θα παρεβιάζετο το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος και θα κατεστρατηγείτο ο σκοπός, για τον οποίο θεσπίστηκε. [...]

15. Επειδή, ο συνταγματικός νομοθέτης, θέλοντας να εξασφαλίσει ότι οι επιχειρήσεις μέσων ενημέρωσης δεν θα ασκούν αθέμιτη επιρροή στην διαδικασία αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων, δεν περιορίστηκε να ορίσει ότι η ιδιότητα του ιδιοκτήτη, βασικού μετόχου, εταίρου και διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεως μέσων ενημέρωσης είναι ασυμβίβαστη με την ιδιότητα του ιδιοκτήτη, βασικού μετόχου, εταίρου και διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεως που συνάπτει με το Δημόσιο συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών. Θέλησε επιπλέον να αποτρέψει την άσκηση τέτοιας αθέμιτης επιρροής και από τα κάθε είδους παρένθετα πρόσωπα των ιδιοκτητών, βασικών μετόχων, εταίρων και διευθυντικών στελεχών των επιχειρήσεων μέσων ενημέρωσης. Η άσκηση αθέμιτης επιρροής από τα πιο πάνω παρένθετα πρόσωπα πρέπει, κατά την ρητή βούληση του συνταγματικού νομοθέτη, να έχει τα ίδια αποτελέσματα, που έχει η ύπαρξη των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων στους ίδιους τους ιδιοκτήτες, βασικούς μετόχους κλπ. των επιχειρήσεων, που συμμετέχουν στις διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων και πρέπει να συνεπάγεται τις αυτές κυρώσεις. Ως τέτοια παρένθετα πρόσωπα αναφέρονται, στο έκτο εδάφιο της παρ. 9 του άρθρου 14 του Συντάγματος, οι σύζυγοι, οι συγγενείς και τα οικονομικά εξαρτημένα άτομα ή εταιρείες. Ο συνταγματικός νομοθέτης έδωσε την έμφαση στην έννοια του παρενθέτου προσώπου, θέλοντας να αποτρέψει την εμφάνιση περιπτώσεων, πρόσωπο το οποίο φέρει μία ιδιότητα, να μην αναπτύσσει αυτοτελή δράση, αλλά να καλύπτει στην πραγματικότητα τα συμφέροντα ενός τρίτου προσώπου, για λογαριασμό του οποίου και ενεργεί. Ενεργεί δε ως παρένθετο πρόσωπο, κατά την έννοια της ανωτέρω συνταγματικής διατάξεως, εκείνο το πρόσωπο, το οποίο ασκεί μία δραστηριότητα ή κατέχει μία ιδιότητα στο όνομά του, στην πραγματικότητα, όμως, ενεργεί για λογαριασμό, ή καθ' υπόδειξη, ή κατ' εντολή κάποιου άλλου προσώπου, με το οποίο το συνδέει μία εσωτερική συμφωνία και το οποίο κατευθύνει τις ενέργειές του. Ο συντακτικός νομοθέτης θεσπίζει μεν τεκμήριο ότι τα εις το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος αναφερόμενα πρόσωπα (σύζυγοι, συγγενείς, οικονομικά εξαρτημένα άτομα ή εταιρείες) λειτουργούν, κατ' αρχήν, ως παρένθετα πρόσωπα, εν σχέσει προς τους ιδιοκτήτες, βασικούς μετόχους, εταίρους και διευθυντικά στελέχη των επιχειρήσεων μέσων ενημέρωσης, πλην το τεκμήριο τούτο θεσπίζεται ως μαχητό, υπό την έννοια ότι στα ως άνω μνημονευόμενα πρόσωπα παρέχεται η δυνατότητα να ανταποδείξουν ότι ενεργούν, στην προκείμενη περίπτωση, αυτοτελώς και για ίδιο λογαριασμό, ασκούντες την περί ης πρόκειται δραστηριότητα (σύναψη με το Δημόσιο συμβάσεως έργου, προμήθειας, ή υπηρεσιών) αποκλειστικώς προς ίδιον συμφέρον, χωρίς να απαιτείται τα πρόσωπα αυτά να ισχυρισθούν και να αποδείξουν, πράγμα, άλλωστε, αδύνατον, την ανυπαρξία σχέσεως εντολής ή εσωτερικής συμφωνίας προς τον ιδιοκτήτη, βασικό μέτοχο κλπ. μέσων μαζικής ενημέρωσης. [...]

16. Επειδή, με βάση τα γενόμενα δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, ως προς την έννοια της διατάξεως του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, οι διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. α και 3 παρ. 2 του ν. 3021/2002, κατά το μέρος που με αυτές ορίζεται ότι οι συγγενείς ιδιοκτήτη, βασικού μετόχου κλπ. επιχειρήσεως μέσων ενημέρωσης δεν λογίζονται ως παρένθετα αυτών πρόσωπα, αν αποδείξουν ότι διαθέτουν οικονομική αυτοτέλεια, σε σχέση με τα προαναφερθέντα στελέχη επιχειρήσεως μέσων ενημέρωσης, αντίκεινται στην προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη. Τούτο διότι υιοθετείται από αυτές ως στοιχείο, επί τη βάσει του οποίου συγγενής στελέχους επιχειρήσεως μέσων ενημέρωσης μπορεί να ανταποδείξει, ότι δεν λειτουργεί ως παρένθετο του στελέχους αυτού πρόσωπο, η εκ μέρους του απόδειξη του γεγονότος, ότι διαθέτει έναντι αυτού οικονομική αυτοτέλεια, ενώ, κατά τα προλεχθέντα, το μόνο αποδεκτό, κατά το άρθρο 14 παρ. 9 εδάφιο έκτο του Συντάγματος, στοιχείο, για την ανατροπή του μαχητού τεκμηρίου της λειτουργίας κάποιου προσώπου, εκ των μνημονευομένων στην διάταξη αυτή, ως παρενθέτων, είναι η απόδειξη, ότι στην συγκεκριμένη περίπτωση το, τεκμαιρόμενο ως παρένθετο άλλου, πρόσωπο ενήργησε αυτοτελώς, για ίδιο λογαριασμό και προς το ίδιο συμφέρον. [...]

19. Επειδή, με βάση τα προεκτεθέντα, προκύπτει ότι, με την προσβαλλόμενη απόφαση βεβαιώθηκε ότι δεν συντρέχουν οι ασυμβίβαστες ιδιότητες του άρθρου 2 και 3 του ν. 3021/2002 στο πρόσωπο βασικού μετόχου, μέλους οργάνου διοίκησης ή διευθυντικού στελέχους της παρεμβαινούσης εταιρείας ("ΠΑΝΤΕΧΝΙΚΗ ΑΕ"), επί τη βάσει των αντισυνταγματικών, κατά τα ανωτέρω, διατάξεων του ν. 3021/2002, οι οποίες προβλέπουν ότι συγγενής στελέχους επιχειρήσεως μέσων ενημερώσεως δεν είναι παρένθετον πρόσωπον, αν αποδείξει την οικονομική του αυτοτέλεια, ενώ ο μόνος συνταγματικώς αποδεκτός τρόπος ανταποδείξεως, που διαθέτει πρόσωπο, τεκμαιρόμενο ότι λειτουργεί ως παρένθετο, για να αποδείξει ότι δεν είναι εν τοις πράγμασι τέτοιο, είναι η εκ μέρους του προσώπου αυτού απόδειξη ότι η δραστηριότητά του διεξάγεται αυτοτελώς, για ίδιο λογαριασμό και προς εξυπηρέτηση του δικού του συμφέροντος. Με τα δεδομένα αυτά, η προσβαλλόμενη απόφαση, θα ήταν, κατ' αρχήν, ακυρωτέα, κατ' αποδοχή σχετικού λόγου ακυρώσεως, προβαλλομένου, καθ' ερμηνεία του δικογράφου της αιτήσεως ακυρώσεως. [...]

20. Επειδή, ναι μεν σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, η προσβαλλόμενη με την κρινόμενη αίτηση πράξη θα έπρεπε να ακυρωθεί, διότι εφήρμοσε τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. α και 3 παρ. 2 του ν. 3021/2002, οι οποίες είναι αντίθετες με το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος, για τους λόγους που ήδη εκτέθηκαν, το Δικαστήριο όμως οφείλει, περαιτέρω, να ερευνήσει αυτεπαγγέλτως αν οι διατάξεις του Εθνικού δικαίου, που διέπουν την υπό κρίση υπόθεση και το οποίο απαγορεύει την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως έργων σε επιχείρηση, της οποίας ιδιοκτήτης, βασικός μέτοχος κλπ. είναι συγγενής ιδιοκτήτη, βασικού μετόχου κλπ. επιχειρήσεως μέσων ενημέρωσης, σε περίπτωση που ο εν λόγω συγγενής δεν καταφέρει να αποδείξει ότι δεν είναι παρένθετο πρόσωπο του εν λόγω στελέχους της επιχειρήσεως μέσων ενημέρωσης, είναι συμβατοί με άλλους, μη εσωτερικούς, κανόνες δικαίου. Είναι δε λυσιτελής η διερεύνηση του ζητήματος αυτού στην παρούσα υπόθεση, διότι εάν ο προαναφερθείς Εθνικός κανόνας δικαίου προσκρούει σε άλλους κανόνες, τούτο θα είχε, ενδεχομένως, ως συνέπεια ο κανόνας αυτός να μην είναι εφαρμοστέος στην υπό κρίση υπόθεση, με περαιτέρω συνέπεια να ισχύσει, πλέον, ο κανόνας της ελευθερίας συμμετοχής σε διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και της ακώλυτης διεκδίκησης της ανάθεσής της, ακόμη και για επιχειρήσεις, οι οποίες (όπως η παρεμβαίνουσα στην υπό κρίση υπόθεση εταιρεία) έχουν ως βασικό μέτοχο πρόσωπο, το οποίο είναι συγγενής διευθυντικού στελέχους επιχειρήσεως μέσων ενημέρωσης, χωρίς το εν λόγω στέλεχος της επιχειρήσεως, που διεκδικεί την ανάθεση της δημοσίας συμβάσεως, να υποχρεούται να αποδεικνύει, ότι δεν λειτουργεί ως παρένθετο πρόσωπο του συγγενικού του προσώπου, το οποίο είναι στέλεχος επιχειρήσεως μέσων ενημέρωσης. Αν αντιθέτως, το παρόν Δικαστήριο προχωρήσει στην ακύρωση της προσβαλλομένης πράξεως, σύμφωνα με τα κριθέντα στην προηγούμενη σκέψη και εκδώσει οριστική απόφαση με το περιεχόμενο αυτό, τότε η Διοίκηση, η οποία θα επανέλθει μετ' ακύρωση, θα είναι υποχρεωμένη να εφαρμόσει τις αυτές διατάξεις του ν. 3021/2002, χωρίς την αντισυνταγματική παρεμβολή του κριτηρίου της οικονομικής αυτοτελείας, ως στοιχείου, αποδεικνύοντος ότι ο βασικός μέτοχος της παρεμβαινούσης εταιρείας δεν λειτουργεί ως παρένθετο πρόσωπο του συγγενούς του, διευθυντικού στελέχους της επιχειρήσεως που εκδίδει την εφημερίδα ΑΠΟΓΕΥΜΑΤΙΝΗ. Μπορεί δε, περαιτέρω, η Διοίκηση, κρίνουσα εκ νέου την υπόθεση, σύμφωνα με την ορθή ερμηνεία της ανωτέρω συνταγματικής διατάξεως, να διαπιστώσει, ότι δεν είναι επιτρεπτή η ανάθεση της εκτελέσεως της ενδίκου δημοσίας συμβάσεως έργων στην παρεμβαίνουσα, διότι ο εν λόγω βασικός μέτοχος δεν κατάφερε να αποδείξει ότι λειτουργεί δι΄ ίδιον λογαριασμόν. Μάλιστα, στην περίπτωση αυτή το αποτέλεσμα μιας τέτοιας κρίσεως της Διοικήσεως θα είναι, η παρεμβαίνουσα να αποκλεισθεί οριστικά από την ανάθεση της περί ης ο λόγος συμβάσεως δημοσίων έργων. Εξ άλλου, ενόψει του γεγονότος ότι, το ζήτημα του συμβατού των κανόνων του εσωτερικού δικαίου, των διεπόντων την υπό κρίση υπόθεση, σε σχέση με διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, έχει παραπεμφθεί, προς επίλυση, ενώπιον της παρούσης Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, η κρίση αυτής, με την οποία θα ακυρώνονταν η προσβαλλόμενη πράξη, με βάση δικανικό συλλογισμό, ο οποίος θα περιείχε τις ως άνω, εφαρμοσθείσες, όπως ερμηνεύθηκαν σε προηγούμενες σκέψεις, διατάξεις του εσωτερικού δικαίου, χωρίς περαιτέρω έρευνα του συμβατού των διατάξεων αυτών προς άλλους μη Εθνικούς κανόνες δικαίου, θα ισοδυναμούσε με υιοθέτηση, εκ μέρους της Ολομελείας του Συμβουλίου της Επικρατείας, απόψεως που είχε διατυπωθεί στην παραπεμπτική απόφαση και σύμφωνα με την οποία οι διατάξεις αυτές του εσωτερικού δικαίου (συμπεριλαμβανομένης και της διατάξεως του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος) είναι συμβατές με τους ως άνω μη Εθνικούς κανόνες δικαίου και είναι οι τελικώς εφαρμοστέες στην υπό κρίση υπόθεση διατάξεις. Θα ήταν δε, περαιτέρω, αντίθετη, τουλάχιστον, προς την αρχή της οικονομίας της δίκης η άποψη, η οποία θα υπεστήριζε ότι το ζήτημα του συμβατού του εφαρμοσθέντος Εθνικού κανονιστικού πλαισίου με μη Εθνικούς κανόνες δικαίου δεν πρέπει να τεθεί στην παρούσα φάση, ως παρέλκον, εφ' όσον ο αιτών ικανοποιείται στην φάση αυτή πλήρως με την ακύρωση της προσβαλλομένης αποφάσεως, υπάρχει δε πάντα η δυνατότητα να εξετασθεί το ζήτημα αυτό του κύρους εφαρμοσθέντος κανόνος δικαίου σε μελλοντική δίκη, επ' ευκαιρία νέας δικαστικής αμφισβητήσεως που θα μπορούσε να προκληθεί, σε σχέση με την υπό κρίση υπόθεση, ανάλογα, δηλαδή, με το αν η Διοίκηση, εφαρμόζουσα την απόφαση του Δικαστηρίου, με την οποία θα ακυρώνονταν η προσβαλλόμενη πράξη, θα χορηγούσε ή όχι τελικά το οικείο πιστοποιητικό στην παρεμβαίνουσα εταιρεία. Επομένως, το ζήτημα, αν οι εφαρμοσθέντες στην υπόθεση Εθνικοί κανόνες δικαίου δεν είναι συμβατοί προς άλλους-μη Εθνικούς- κανόνες δικαίου, επιβάλλεται για τους προαναφερθέντες λόγους να εξετασθεί. [...]

27. Επειδή, από τα προεκτεθέντα συνάγεται ότι η έννοια του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ είναι ότι ο κατάλογος των προβλεπόμενων από αυτό λόγων αποκλεισμού εργοληπτών από διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων έργων είναι περιοριστικός και ρυθμίζει το θέμα με τρόπο εξαντλητικό. Τούτο δε όχι μόνο διότι η ερμηνεία αυτή έγινε δεκτή από το ΔΕΚ επί εντελώς παρομοίου ζητήματος, (η προαναφερθείσα απόφασή του La Cascina της 9.2.2006), αλλά και διότι συνάγεται από το όλο πνεύμα της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ. Η οδηγία, ως ήδη ελέχθη, αποσκοπεί στην επίτευξη του μεγαλύτερου δυνατού ανταγωνισμού και στην ευρύτερη δυνατή συμμετοχή διαγωνιζομένων στις διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, διατάξεις οι οποίες περιορίζουν τον ανταγωνισμό με την προσθήκη νέων λόγων αποκλεισμού διαγωνιζομένων, οι οποίοι αναγκαστικά μειώνουν σε αριθμό την πρόσβαση των προσερχομένων στις διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων έργων, προκειμένου να διαγωνισθούν, είναι αντίθετες με το πνεύμα και της οδηγίας εν γένει, αλλά και με την διάταξη του άρθρου 24 αυτής ειδικότερα, όπως προκύπτει τόσο από το προοίμιο της οδηγίας, όσο και από την λοιπή νομολογία του ΔΕΚ, που παρατέθηκε στην προηγούμενη σκέψη. Πράγματι, η αναγνώριση στα κράτη μέλη της δυνατότητας να καθιερώνουν, κατά το δοκούν, άλλους, επιπρόσθετους, λόγους αποκλεισμού, όχι μόνο θα παρεμπόδιζε την ελεύθερη πρόσβαση στις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, την οποία, όπως προαναφέρθηκε, επιδιώκει να εξασφαλίσει η οδηγία, αλλά και θα διασπούσε την ενότητα των κοινοτικών ρυθμίσεων, σε σχέση με τους λόγους αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς, θα είχε, δηλαδή, ως συνέπεια την προσθήκη από κάθε κράτος μέλος ποικίλων λόγων αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς, κατ' επίκληση διαφόρων λόγων δημοσίου συμφέροντος, συνδεομένων με τις ιδιαιτερότητες κάθε επιμέρους έννομης τάξης. Επομένως, ο κανόνας δικαίου που θεσπίζεται από το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος, όπως ανωτέρω ερμηνεύθηκε, με τον οποίο καθιερώνεται το ασυμβίβαστο της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, εταίρου κλπ., επιχείρησης μέσων ενημέρωσης με την ιδιότητα του ιδιοκτήτη, εταίρου κλπ. επιχείρησης, που συνάπτει δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών κλπ., συμπεριλαμβανομένων των παντός είδους παρενθέτων προσώπων (συγγενών κλπ.), όπως ο κανόνας αυτός εξειδικεύεται, κατά τις λεπτομέρειές του, με τις σύμφωνες προς αυτόν διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του ν. 3021/2002, θεσπίζει, πέραν των προβλεπομένων από το άρθρο 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ και κατά παράβαση αυτού, ένα ακόμη λόγο αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων από τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, σχετικών με δημόσια έργα. Έτσι, η επίπτωση της συνταγματικής αυτής ρυθμίσεως στην διαδικασία αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων έργων είναι άμεση. Εξ άλλου, ο αποκλεισμός αυτός, που θεσπίζεται με τη συνταγματική αυτή διάταξη, δεν μπορεί να θεωρηθεί, ότι ισοδυναμεί με θέσπιση μιας ιδιότητας ασυμβίβαστης με εκείνη του εργολήπτου δημοσίων έργων για μία ορισμένη κατηγορία επιχειρήσεων και ότι, επομένως, δεν συνιστά μορφή αποκλεισμού από συγκεκριμένο διαγωνισμό εργοληπτικών επιχειρήσεων, ανάλογη με εκείνες που θεσπίζονται από το ως άνω άρθρο της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, αλλά θέσπιση προϋποθέσεως ασκήσεως επαγγέλματος και τούτο διότι δεν αποκλείεται, με βάση την προαναφερθείσα συνταγματική διάταξη, αυτή καθ' εαυτήν, η εν γένει δραστηριοποίηση επιχειρήσεως, της οποίας ιδιοκτήτης, εταίρος κλπ. είναι ιδιοκτήτης, εταίρος κλπ. επιχείρησης, που κατέχει μέσα ενημέρωσης, ως εργοληπτικής επιχείρησης δημοσίων έργων, αλλά παρακωλύεται, επί τη βάσει αυτής, η ανάθεση συγκεκριμένης συμβάσεως σε συγκεκριμένο διαγωνισμό στην επιχείρηση αυτή. Πρόκειται, δηλαδή, για αποκλεισμό, μη συναπτόμενο με τη νομιμότητα της λειτουργίας της συγκεκριμένης επιχειρήσεως, η οποία εξακολουθεί, κατά τα λοιπά, να θεωρείται ως ενεργός εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο μητρώο εργοληπτικών επιχειρήσεων. Δεν μπορεί δε, να υποστηριχθεί ότι κανόνας που θεσπίζεται με το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος δεν έχει σχέση με τους λόγους αποκλεισμού λόγω επαγγελματικών αναξιοτήτων, περί των οποίων διαλαμβάνει το άρθρο 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, διότι, δήθεν, αναφέρεται σε διαφορετικού τύπου ομάδα λόγων αποκλεισμού διαγωνιζομένων από την ανάθεση δημοσίας συμβάσεων έργων, δηλαδή, σε ομάδα λόγων αποκλεισμού που είναι ενταγμένη σε συνταγματική διάταξη, που σχετίζεται με την εξυπηρέτηση του δημοσίου σκοπού, δηλαδή την προστασία της διαφάνειας στην λειτουργία των μέσων μαζικής ενημερώσεως (περί της οποίας διαλαμβάνει το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος), και όχι σε κανονιστική ύλη σχετική με τα δημόσια έργα. Τούτο δε διότι, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι, όπως έγινε δεκτό με την προμνησθείσα απόφαση του ΔΕΚ La Cascina της 9.2.2006, οι μόνοι λόγοι αποκλεισμού εργοληπτών από διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων έργων, που επιτρέπεται να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, είναι οι λόγοι που περιέχονται στις οικείες διατάξεις περί συνδρομής περιπτώσεων αποκλεισμού των συμμετεχόντων σε διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων των τριών συναφών οδηγιών (92/50/ΕΟΚ, 93/36/ΕΟΚ και 93/37/ΕΟΚ), δηλαδή, οι λόγοι οι σχετικοί με τις επαγγελματικές αναξιότητες των εν λόγω διαγωνιζομένων αυτών, πάντως, για την διερεύνηση και διαπίστωση του αν Εθνικό μέτρο παρακωλύει ή δυσχεραίνει την άσκηση ελευθερίας κατοχυρούμενης από τη ΣυνθΕΚ ή δικαιώματος προβλεπομένου από το παράγωγο δίκαιο, κρίσιμο δεν είναι ούτε σε ποιο ευρύτερο πλαίσιο νομοθετικών ρυθμίσεων είναι ενταγμένο το Εθνικό αυτό μέτρο, ούτε το ποιο στόχο εξυπηρετεί το εν λόγω πλαίσιο κανόνων δικαίου στον κύκλο των επιλογών που κάνουν οι επιμέρους Εθνικοί νομοθέτες των κρατών-μελών, αλλά αποκλειστικά και μόνο εάν το Εθνικό αυτό μέτρο έχει, ως εξ αυτής ταύτης της ρυθμίσεώς του, αποτέλεσμα που παραβλάπτει ή παρακωλύει την άσκηση της εν λόγω ελευθερίας ή του εν λόγω δικαιώματος [Πρβλ. μεταξύ άλλων ΔΕΚ: α) απόφαση της 12.6.2001, C- 399/98, Ordine degli Architetti κλπ. Συλλογή 2001-Ι σ. 5409, σκέψη 103 β) απόφαση της 3.7.1974, C-9/1974, Donato Casagrande κατά Πόλεως του Μονάχου (L. M?nchen) και γ) απόφαση της 5.11.2002, C-466/1998, Επιτροπή κατά Ηνωμένου Β. ]. Έχει δε μάλιστα γίνει δεκτό από το ΔΕΚ ότι ακόμη και έμμεσα εν δυνάμει εμπόδια Εθνικής προελεύσεως, στην άσκηση των δικαιωμάτων, των απορρεόντων από το κοινοτικό δίκαιο δεν είναι επιτρεπτά (ενδεικτικά αναφέρεται η απόφαση της 11.6.1974, C-8/74, Βenο?t et Gustave Dassonville, Συλλογή 1974 σελ. 00837). Επομένως, οι δύο αυτές διατάξεις (δηλ. το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος και το άρθρο 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ)ρυθμίζουν ζητήματα, ανήκοντα στο αυτό καθ' ύλην αντικείμενο, καθιερώνοντας και οι δύο περιπτώσεις αποκλεισμού νομίμως λειτουργουσών εργοληπτικών επιχειρήσεων από την διαδικασία αναθέσεως συγκεκριμένης συμβάσεως δημοσίων έργων. Δεν ασκεί, επίσης, σε σχέση με το εξεταζόμενο ζήτημα, και μάλιστα προδήλως, καμία επιρροή, κατά την έννοια της ανωτέρω διατάξεως του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, το αν συγκεκριμένη εργοληπτική επιχείρηση αποκλείεται από την ανάθεση σ' αυτήν συμβάσεως δημοσίου έργου κατά την αρχική ή την τελική φάση του διαγωνισμού. Συνεπώς, ο αποκλεισμός επιχειρήσεως από σύμβαση δημοσίων έργων, με βάση το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος και τις διατάξεις του ν. 3021/2002, παρά το γεγονός ότι χωρεί, κατ' άρθρ. 4 του ν. 3021/2002, στην τελική φάση του διαγωνισμού (μη επιτρεπομένης, δηλαδή, της υπογραφής της συμβάσεως) και δεν εμποδίζει, κατ' αρχήν, τη συμμετοχή αυτής στην διαγωνιστική διαδικασία, συνιστά μία επιπλέον μορφή αποκλεισμού εργολήπτου πέραν εκείνων, τις οποίες προβλέπει το άρθρο 24 της ως άνω οδηγίας, και στο οποίο γίνεται λόγος για αποκλεισμό εργοληπτών από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό. Τέλος, το γεγονός ότι η οδηγία 93/37/ΕΟΚ δεν συνιστά οδηγία πλήρους εναρμονίσεως του τομέα των δημοσίων έργων, δεν σημαίνει και ότι το άρθρο 24 αυτής δεν δημιουργεί δέσμευση στον εσωτερικό νομοθέτη, σε ό,τι αφορά στον εκ μέρους του καθορισμό των περιπτώσεων αποκλεισμού εργολήπτου από τις διαδικασίες αναθέσεως συμβάσεως δημοσίων έργων. Τούτο διότι το ζήτημα, αν οδηγία αποσκοπεί σε πλήρη ή σε μερική εναρμόνιση, είναι εντελώς διάφορο από την δεσμευτικότητα των διατάξεων, οι οποίες πάντως περιελήφθησαν σ' αυτήν. Αφ' ής, δηλαδή, στιγμής ένας κανόνας δικαίου έχει συμπεριληφθεί σε οδηγία και η αντιμετωπιζόμενη από αυτόν περίπτωση έχει καταστεί αντικείμενο ρυθμίσεως εκ μέρους της (όπως συμβαίνει στην προκειμένη περίπτωση με το άρθρο 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ), ο συγκεκριμένος αυτός κανόνας έχει περιαχθεί στον χώρο του παραγώγου κοινοτικού δικαίου και συνιστά ρύθμιση εναρμονίσεως. Δεν συνδέεται, συνεπώς, καθόλου το ζήτημα αν οδηγία επιδιώκει πλήρη ή μερική εναρμόνιση με την επίλυση του ζητήματος, ποια είναι η ερμηνεία συγκεκριμένου κανόνα αυτής περιληφθέντος, πάντως, σε αυτήν, στην κρινόμενη, δηλαδή υπόθεση, στην επίλυση του ζητήματος ποια είναι η δεσμευτικότητα της διατάξεως του άρθρου 24 της ως άνω οδηγίας και αν οι περιπτώσεις αποκλεισμού εργολήπτου από την διαδικασία αναθέσεως συμβάσεως δημοσίων έργων απαριθμούνται στην πιο πάνω διάταξη με τρόπο περιοριστικό ή όχι. Εφόσον, εν συμπεράσματι, δεν είναι, κατ' αρχήν, επιτρεπτό να προστίθενται από τους εσωτερικούς νομοθέτες λόγοι αποκλεισμού εργοληπτών από τη διαδικασία αναθέσεως συμβάσεων δημοσίων έργων, εν όψει του ότι, όπως ήδη εξετέθη, φαίνεται ότι οι λόγοι αποκλεισμού προσδιορίζονται περιοριστικά από τη διάταξη του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, τίθεται ζήτημα συμβατού προς αυτή της Εθνικής ρυθμίσεως που διέπει την υπό κρίση υπόθεση (και συγκεκριμένα των διατάξεων του πέμπτου και έκτου εδαφίων του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, όπως οι διατάξεις αυτές εξειδικεύονται στις λεπτομέρειές τους με τις σύμφωνες προς αυτές διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του ν. 3021/2002). [...]

28. Επειδή, ενόψει των προεκτεθέντων, σε σχέση με την έννοια του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ το Δικαστήριο κρίνει ότι η ερμηνεία που δόθηκε στο άρθρο αυτό και από την οποία εξαρτάται το περαιτέρω ζήτημα κατά πόσον η Εθνική ρύθμιση που διέπει την υπό κρίση υπόθεση είναι συμβατή με αυτό, δεν είναι ούτε προφανής, ούτε απηλλαγμένη ευλόγων αμφιβολιών (πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 6.10.1982, CILFIT, C-283/81, Συλλογή 1982 σ. 03415). Ενόψει τούτου και δεδομένου ότι η ερμηνεία κανόνων του κοινοτικού δικαίου (συμπεριλαμβανομένων των κανόνων του παραγώγου κοινοτικού δικαίου) ανήκει στην αποκλειστική δικαιοδοσία του ΔΕΚ, πρέπει να διατυπωθεί προς το ΔΕΚ , κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 234 παρ. 3 του ενοποιημένου κειμένου της Συνθήκης περί Ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, όπως διαμορφώθηκε με την Συνθήκη του Αμστερντάμ, η οποία κυρώθηκε με το ν. 2691/1999, ΦΕΚ 47Α), προδικαστικό ερώτημα, έχον το εξής περιεχόμενο: "Η απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού εργοληπτών δημοσίων έργων, οι οποίοι περιέχονται στην διάταξη του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου της14ης Ιουνίου 1993 "περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων" (ΕΕL 199) είναι περιοριστική ή όχι;"

29. Επειδή, το ΔΕΚ με σειρά αποφάσεών του δέχεται ότι, σε περίπτωση διαδικασιών που αποσκοπούν στην ανάθεση συμβάσεως προμηθειών, προβλέπεται ότι η σύμβαση θα ανατεθεί βάσει της προσφοράς, που είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομικά, τότε οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιλέξουν και να εφαρμόσουν, ως κριτήρια αναθέσεως της συμβάσεως, όρους, πέραν εκείνων οι οποίοι ενδεικτικώς αναφέρονται στην διάταξη του άρθρο 30 παρ. 1 περίπτ. α της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ και οι οποίοι μπορεί να είναι είτε αμιγώς οικονομικοί, είτε όχι, υπό την προϋπόθεση, πάντως, ότι οι επιλεγέντες αυτοί όροι α)συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως, β) δεν συνεπάγονται την παροχή απεριόριστης ελευθερίας επιλογής στην αναθέτουσα αρχή για την κατακύρωση του διαγωνισμού υπέρ ενός διαγωνιζομένου, γ) γίνονται γνωστοί με βάση όλους τους κανόνες δημοσιότητας, που επιτάσσουν οι οδηγίες οι σχετικές με τις δημόσιες συμβάσεις και δ) τηρούν τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου και, κυρίως, την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων. Τέτοιοι δε όροι μπορούν να είναι η υποχρέωση από τον ανάδοχο του έργου να προσλαμβάνει κατά την εκτέλεση του έργου μακροχρόνια ανέργους ή η υποχρέωσή του να παράσχει κατά την εκτέλεση του έργου εγγυήσεις προστασίας του περιβάλλοντος-βλ. σχετικώς ΔΕΚ: α) απόφαση της 20.9.1988, C-31/1987, Beentjes, Συλλογή 1988, σ. 4652,β) απόφαση της 28.3.1995, C-324/1993, Evans Medical & Macfarlan Smith, Συλλογή 1995, σ. Ι- 608,γ) απόφαση 26.9.2000, C-225/1998, Επιτροπή κατά Γαλλίας, δ) απόφαση της 17.9.2002, C-513/1999, Concordia Bus Finland, Συλλογή 2002, σ. Ι-7213, ε) απόφαση της 4.12.2003, C- 448/2001, EVN AG Wienstrom GmbH. Εξ άλλου, με απόφασή του της 3.3.2005 στην υπόθεση, C-21/03 και 34/03, F., το ΔΕΚ ασχολήθηκε με το κατά πόσον είναι συμβατή, μεταξύ άλλων, με τη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 6 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ (που ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές μεριμνούν, ώστε να μην δημιουργούνται διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων εργοληπτών) διάταξη βελγικού βασιλικού διατάγματος, η οποία όριζε ότι όσοι επιχειρηματίες ή επιχειρήσεις είχαν συμμετάσχει σε διαδικασία προπαρασκευαστική της καταρτίσεως της διακήρυξης δημοσίας συμβάσεως (δηλ. σε έρευνες, πειραματισμό, μελέτη κλπ.), με αποτέλεσμα να έχουν εσωτερική πληροφόρηση, που τους προσδίδει αθέμιτο πλεονέκτημα, σε σχέση με τους λοιπούς συνδιαγωνιζομένους τους, καθώς και τα συνδεόμενα με αυτούς πρόσωπα ή επιχειρήσεις, αποκλείονται της περαιτέρω συμμετοχής τους στην επακολουθούσα μετά την κατάρτιση της διακηρύξεως διαγωνιστική διαδικασία και δεν μπορούν να υποβάλλουν προσφορές. Με την απόφασή του αυτή το ΔΕΚ αφού διαπίστωσε, κατ' αρχάς, ότι η διάταξη αυτή της βελγικής νομοθεσίας υπερβαίνει το όριο του μέτρου, που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του στόχου της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ όλων των υποβαλλόντων προσφορές, κατέληξε τελικά στην κρίση ότι η εν λόγω διάταξη, κατά το μέρος που αποκλείει την συμμετοχή στον διαγωνισμό των προαναφερθεισών επιχειρήσεων, δεν είναι συμβατή με το άρθρο 6 παρ. 6 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, διότι παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, με το να θεωρεί, άνευ ετέρου, ότι ο συμμετασχών στην διαδικασία, την προηγηθείσα της καταρτίσεως της διακηρύξεως, έχει αυτοδικαίως αποκτήσει, εκ της συμμετοχής του, αδικαιολόγητο πλεονέκτημα και δεν του παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξει το αντίθετο, ότι δηλαδή η συμμετοχή του αυτή, στην συγκεκριμένη περίπτωση, ουδεμία πληροφορία του έδωσε, που να τον έφερε πράγματι σε τέτοια πλεονεκτική θέση, ώστε η συμμετοχή του να μπορεί θεωρηθεί ότι νοθεύει τον ανταγωνισμό και την ισότητα των διαγωνιζομένων. Κατ' ανάλογη εφαρμογή της νομολογίας αυτής, είναι υποστηρίξιμη η άποψη ότι, σε περίπτωση, ακόμη που οι λόγοι αποκλεισμού εργοληπτών από διαδικασίες αναθέσεως συμβάσεων δημοσίων έργων δεν προσδιορίζονται από την διάταξη του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ με τρόπο περιοριστικό και εξαντλητικό, τα κράτη μέλη έχουν μεν, κατ' αρχήν, την ευχέρεια να θεσπίζουν επιπρόσθετες περιπτώσεις αποκλεισμού διαγωνιζομένων από την ανάθεση εκτελέσεως συμβάσεων δημοσίων έργων, με τις επιπρόσθετες όμως προϋποθέσεις ότι, α)τούτο γίνεται για λόγους που εξυπηρετούν στόχους συμβατούς με τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου και β) ότι κατά την επιβολή των απαγορεύσεων αυτών τηρείται η αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί αρχή και του κοινοτικού δικαίου (πρβλ. σχετικά με το ζήτημα της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας στο κοινοτικό δίκαιο, πρβλ. ΔΕΚ: α) απόφαση της 11.6.2003, C-243/01, Gambelli - σκέψη 74-, β) απόφαση της 4.6.2002,C- 367/98, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας -σκέψη 50-, γ) απόφαση της 22.1.2002, C-390/99, Canal Satellite - σκέψη 35- και δ) απόφαση της 20.2.2001, C-205/99, Analir -σκέψη 35). [...]

30. Επειδή, εν όψει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να διατυπωθεί στο ΔΕΚ το εξής προδικαστικό ερώτημα, για την περίπτωση που το Δικαστήριο θα απαντούσε στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, για το οποίο έγινε λόγος σε προηγούμενη σκέψη, ότι οι λόγοι αποκλεισμού εργοληπτών οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 24 της ανωτέρω οδηγίας δεν απαριθμούνται περιοριστικά: "Υπό την εκδοχή ότι η απαρίθμηση αυτή δεν είναι περιοριστική, διάταξη, η οποία, για λόγους προστασίας της διαφάνειας στις οικονομικές λειτουργίες του κράτους, ορίζει ότι η ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης μέσων ενημέρωσης είναι ασυμβίβαστη με την ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που αναλαμβάνει έναντι του Δημοσίου ή νομικού προσώπου του ευρύτερου δημόσιου τομέα την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών, εξυπηρετεί σκοπούς συμβατούς με τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου η δε πλήρης αυτή απαγόρευση της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων στις εμπλεκόμενες επιχειρήσεις είναι συμβατή με την κοινοτική αρχή της αναλογικότητας;" . [...]

31. Επειδή, οι εκδιδόμενες από τα κοινοτικά όργανα νομικές πράξεις (κανονισμοί, οδηγίες κλπ.), υποκείμενες στις διαδικαστικές και ουσιαστικές διατάξεις του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου, οφείλουν αυτονοήτως, από πλευράς του ουσιαστικού αυτών περιεχομένου, να μην παραβιάζουν με τις διατάξεις τους τις διατάξεις των Συνθηκών, καθώς και τις υπέρτερης τυπικής ισχύος, σε σχέση με το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο, γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου. Τέτοιες αρχές είναι η προστασία της ομαλής λειτουργίας του δημοκρατικού πολιτεύματος στα Κράτη μέλη, η προστασία της πολυφωνίας στα μέσα ενημερώσεως, η προστασία της διαφάνειας στην ανάληψη δημοσίων συμβάσεων και η αρχή του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Αν το ΔΕΚ απαντήσει στο πρώτο ως άνω προδικαστικό ερώτημα ότι οι λόγοι αποκλεισμού των εργοληπτών δημοσίων έργων προβλέπονται περιοριστικά από τη διάταξη του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, ή σε περίπτωση που θα απαντούσε στο αυτό μεν ερώτημα, ότι οι λόγοι αυτοί δεν είναι περιοριστικοί, ακολούθως, όμως, αρνητικά στο δεύτερο, ανωτέρω παρατεθέν, προδικαστικό ερώτημα, τότε θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η οδηγία 93/37/ΕΟΚ απαγορεύει στα κράτη-μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης να θεσπίσουν ρυθμίσεις, όπως αυτή του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, με τις οποίες, ενόψει της καταστάσεως που είχε διαμορφωθεί στην ελληνική πραγματικότητα, προκειμένου δε να προστατευθούν οι ανωτέρω αρχές, καθιερώθηκε ένα σύστημα ασυμβιβάστου μεταξύ δύο τομέων επιχειρηματικών δραστηριοτήτων (ήτοι του τομέα των μέσων ενημέρωσης και εκείνου των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων). Με την απαγόρευση όμως θεσπίσεως Εθνικών διατάξεων τέτοιου περιεχομένου, η ως άνω οδηγία παραβιάζει τις ανωτέρω αρχές. Είναι άλλωστε ενδεικτικό ότι η Κοινότητα, αντιληφθείσα το σχετικό έλλειμμα, έσπευσε με την, μεταγενέστερη όμως και μη εφαρμοστέα εν προκειμένω, οδηγία 2004/18/ΕΚ να διευρύνει σημαντικά τους λόγους αποκλεισμού και να προσθέσει περιπτώσεις που εν μέρει καλύπτουν το τιθέμενο εν προκειμένω πρόβλημα (βλ. άρθρο 45 αυτής). Περαιτέρω δε με την απαγόρευση θεσπίσεως τέτοιων μέτρων στον τομέα προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, η οδηγία παραβιάζει επίσης την διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 της Συνθήκης περί της Ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας που καθιερώνει την αρχή της επικουρικότητας, η οποία επιτάσσει στην Κοινότητα, στους τομείς, που δεν υπάγονται στην αποκλειστική αρμοδιότητα της, να μην παρεμποδίζει τα κράτη- μέλη από το να λαμβάνουν μέτρα σ' αυτούς και , στις περιπτώσεις που, λόγω τοπικών συνθηκών, τούτο είναι ενδεδειγμένο, να τους παρέχει την ευχέρεια να δρουν, κατ' αρχήν, σε πρώτη φάση, αυτά τα ίδια (τα κράτη μέλη), προς προώθηση στόχων που είναι και ταυτοχρόνως και στόχοι της κοινοτικής εννόμου τάξεως (όπως είναι η προστασία του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού). Επομένως, η οδηγία 93/37/ΕΟΚ, αν έχει το περιεχόμενο, για το οποίο έγινε ανωτέρω λόγος, πάσχει κατά το κύρος αυτής. [...] Εν όψει των προεκτεθέντων, το Δικαστήριο κρίνει ότι η υποστηριχθείσα από την πλειοψηφία γνώμη, σύμφωνα με την οποία η οδηγία 93/37/ΕΟΚ προσκρούει στις προαναφερθείσες γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου, καθώς και στο άρθρο 5 παρ. 2 της Συνθήκης περί της Ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, δεν είναι ούτε προφανής, ούτε απηλλαγμένη ευλόγων αμφιβολιών (πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 6.10.1982,CILFIT, C-283/81, Συλλογή 1982 σ. 03415). Ενόψει τούτου και δεδομένου ότι, σύμφωνα με το άρθρο 234 παρ. 1 περίπτ. β' της ως άνω Συνθήκης, η κρίση περί του κύρους των πράξεων των κοινοτικών οργάνων ανήκει στην αποκλειστική δικαιοδοσία του ΔΕΚ, πρέπει να διατυπωθεί προς το Δικαστήριο αυτό, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 234 παρ. 3 της αυτής Συνθήκης, προδικαστικό ερώτημα, έχον το εξής περιεχόμενο: "Υπό την εκδοχή ότι, κατά την έννοια του άρθρου 24 της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ οι λόγοι αποκλεισμού εργοληπτών, που περιέχονται σε αυτήν, απαριθμούνται κατά τρόπο περιοριστικό, ή ότι η κρίσιμη Εθνική διάταξη δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εξυπηρετούσα σκοπούς συμβατούς με τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου, ή, τέλος, ότι η θεσπιζόμενη με αυτήν απαγόρευση δεν είναι συμβατή με την κοινοτική αρχή της αναλογικότητας, η ως άνω οδηγία, απαγορεύοντας την θέσπιση ως λόγου αποκλεισμού εργολήπτου από την διαδικασία αναθέσεως δημοσίων έργων την περίπτωση, κατά την οποία αυτός ο ίδιος, ή στελέχη του (όπως είναι ο ιδιοκτήτης της οικείας επιχείρησης, ή ο βασικός μέτοχός της, ή εταίρος της, ή διευθυντικό της στέλεχος), ή παρένθετα των εν λόγω στελεχών του πρόσωπα δραστηριοποιούνται σε επιχειρήσεις μέσων επιχείρησης, οι οποίες μπορούν να ασκούν αθέμιτη επιρροή στη διαδικασία αναθέσεως δημοσίων έργων, μέσω της γενικότερης επιρροής, την οποία διαθέτουν, έχει παραβιάσει τις γενικές αρχές της προστασίας του ανταγωνισμού, της διαφάνειας καθώς και την διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 της Συνθήκης περί της Ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, που θεσπίζει την αρχή της επικουρικότητας;"

Δ ι ά τ α ύ τ α [...]

Αναβάλλει, κατά τα λοιπά, την οριστική κρίση της υποθέσεως, μέχρις εκδόσεως αποφάσεως του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων επί των προδικαστικών ερωτημάτων, σύμφωνα με το σκεπτικό. [...]