ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
L. A. GEELHOED
της 10ης Οκτωβρίου 2002 [1]

I — Εισαγωγή

1. Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως που υπέβαλε το Bundesvergabeamt (Αυστρία) στην προκειμένη περίπτωση αφορά την ερμηνεία ορισμένων άρθρων των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ [2] και 93/36/ΕΟΚ [3]. Συγκεκριμένα, ερωτάται αν η αρμόδια για τις διαδικασίες προσφυγής αρχή στις διαφορές που αναφέρονται στις δημόσιες συμβάσεις δικαιούται να εγείρει αυτεπαγγέλτως, και ανεξάρτητα από τους λόγους που προβάλλουν οι διάδικοι, τα περιστατικά που κρίνει ότι ασκούν επιρροή προς εκτίμηση του νομότυπου της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως. Το αιτούν δικαστήριο επιθυμεί εξάλλου να γνωρίζει αν μια τέτοια αυτεπάγγελτη απόφαση μπορεί να έχει επίπτωση στη νομιμοποίηση του αιτούντος αποζημίωση κατόπιν παρατυπιών στη σύμβαση. Εξάλλου, υποβλήθηκαν ερωτήματα σχετικά με τη νομιμότητα ή όχι ορισμένων κριτηρίων που εφαρμόστηκαν στην επίδικη στην κύρια δίκη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ολλανδική.

2 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών [εκδικάσεως] προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33).

3 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ L 199, σ. 1).

II — Το νομικό πλαίσιο

Α — *Το κοινοτικό δίκαιο*

2. Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 41 της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), ορίζει ότι:

«Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα, έτσι ώστε, όσον αφορά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 71/305/ΕΟΚ, 77/62/ΕΟΚ και 92/50/ΕΟΚ [...], οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, σύμφωνα με τους όρους που τίθενται στα ακόλουθα άρθρα καθώς και, ιδίως, στο άρθρο 2, παράγραφος 7, στην περίπτωση όπου οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν την κοινοτική νομοθεσία στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή τους εθνικούς κανόνες που θέτουν σε εφαρμογή την κοινοτική νομοθεσία.»

3. Το άρθρο 2, παράγραφοι 1, 6 και 8, της οδηγίας 89/665 ορίζει ότι:

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικασίες προσφυγής που ορίζονται στο άρθρο 1 να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου:

[...]

β) να ακυρώνουν ή να επιτρέπουν την ακύρωση των παράνομων αποφάσεων, και ιδίως να καταργούν τις τεχνικές, οικονομικές και χρηματοδοτικές προδιαγραφές που εισάγουν διακρίσεις και περιλαμβάνονται στα έγγραφα με τα οποία καλούνται οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, στις συγγραφές υποχρεώσεων ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με τη διαδικασία σύναψης της συγκεκριμένης σύμβασης·

γ) να επιδικάζουν αποζημίωση στα ζημιωθέντα από την παράβαση πρόσωπα.

[...]

6. Τα αποτελέσματα της άσκησης των εξουσιών που προβλέπονται στην παράγραφο 1

επί της συμβάσεως που ακολουθεί την ανάθεση μιας σύμβασης δημοσίου θα καθορίζονται από το εθνικό δίκαιο.

Εκτός από την περίπτωση κατά την οποία μια απόφαση πρέπει να ακυρωθεί προτού χορηγηθεί αποζημίωση, ένα κράτος μέλος μπορεί επίσης να προβλέπει ότι, μετά τη σύναψη της σύμβασης που ακολουθεί την ανάθεση της σύμβασης του δημοσίου, οι εξουσίες της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής περιορίζονται στη χορήγηση αποζημίωσης σε κάθε πρόσωπο που υπέστη ζημία από παράβαση.

[...]

8. Όταν οι υπεύθυνες για τις διαδικασίες προσφυγής αρχές δεν ειναι δικαστικές, οι αποφάσεις τους πρέπει πάντοτε να αιτιολογούνται γραπτώς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει επίσης να θεσπίζονται διατάξεις που να εγγυώνται την ύπαρξη διαδικασιών με τις οποίες κάθε μέτρο της βασικής αρμόδιας αρχής που εικάζεται ότι είναι παράνομο ή κάθε εικαζόμενη παράλειψή της κατά την εκτέλεση των εξουσιών που της έχουν ανατεθεί, να μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δικαστικής προσφυγής ή προσφυγής ενώπιον άλλης αρχής η οποία θεωρείται δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου [234] 177 της συνθήκης και είναι ανεξάρτητη από την αναθέτουσα αρχή και τη βασική αρχή.

Ο διορισμός και η λήξη της θητείας των μελών αυτής της ανεξάρτητης αρχής πρέπει να υπόκειται στους ίδιους όρους οι οποίοι εφαρμόζονται στους δικαστές όσον αφορά την υπεύθυνη για το διορισμό τους αρχή, τη διάρκεια της θητείας τους, και τη δυνατότητα ανάκλησής τους. Τουλάχιστον ο πρόεδρος αυτής της ανεξάρτητης αρχής πρέπει να έχει τα ίδια νομικά και επαγγελματικά προσόντα με έναν δικαστή. Η ανεξάρτητη αρχή λαμβάνει τις αποφάσεις της μετά τη διεξαγωγή διαδικασίας κατ' αντιμωλία, οι δε αποφάσεις αυτές έχουν, με τα μέσα που καθορίζει κάθε κράτος μέλος, δεσμευτικά νομικά αποτελέσματα.»

4. Το άρθρο 15, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/36, το οποίο περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο 1 (Κοινοί κανόνες συμμετοχής) του τίτλου IV, ορίζει:

«Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που προβλέπονται στο κεφάλαιο 3 του παρόντος τίτλου, λαμβάνοντας υπόψη τις διατάξεις του άρθρου 16, μετά από έλεγχο της καταλληλότητας των μη αποκλεισθέντων δυνάμει του άρθρου 20 προμηθευτών, τον οποίο διεξάγουν οι αναθέτουσες αρχές σύμφωνα με τα κριτήρια οικονομικής, χρηματοπιστωτικής και τεχνικής ικανότητας που αναφέρονται στα άρθρο 22, 23 και 24.»

5. Το άρθρο 23, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/36, το οποίο περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο 2 (Κριτήρια ποιοτικής επιλογής), του τίτλου IV, έχει ως εξής:

«Η τεχνική ικανότητα του προμηθευτή μπορεί να αποδειχθεί με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους ανάλογα με την φύση, την ποιότητα και το σκοπό των προς προμήθεια προϊόντων:

α) υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων οι οποίες πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με ένδειξη του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του παραλήπτη δημόσιου ή ιδιωτικού τομέα:

— εάν πρόκειται για προμήθειες προς δημόσια αρχή, οι παραδόσεις αποδεικνύονται με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή,

— εάν πρόκειται για προμήθειες προς ιδιωτικούς φορείς, οι παραδόσεις βεβαιώνονται από τον αγοραστή ή, εάν τούτο δεν είναι δυνατόν, γίνεται απλώς δήλωση από τον προμηθευτή ότι έχουν πραγματοποιηθεί·

[...]

δ) δείγματα, περιγραφή ή/και φωτογραφίες των προς προμήθεια προϊόντων, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να βεβαιώνεται εάν το ζητήσει η αναθέτουσα αρχή·

[...]»

6. Βάσει του άρθρου 26, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/36, που περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο 3 (Κριτήρια αναθέσεως της συμβάσεως) του τίτλου IV:

«Τα κριτήρια βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή αναθέτει τις συμβάσεις είναι:

α) είτε αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή·

β) είτε, όταν η σύμβαση ανατίθεται στον υποβάλλοντα την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, διάφορα κριτήρια που μεταβάλλονται ανάλογα με τη συγκεκριμένη σύμβαση, όπως για παράδειγμα, η τιμή, η ημερομηνία παράδοσης, το κόστος λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η ποιότητα, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, τα τεχνικά πλεονεκτήματα, η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική βοήθεια.»

Β — *Το εθνικό δίκαιο*

7. Τόσο η οδηγία 93/36 όσο και η οδηγία 89/665 μεταφέρθηκαν στο αυστριακό δίκαιο με τον Bundesvergabegesetz[4] (ομοσπονδιακό νόμο για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, στο εξής: BVergG).

8. Το άρθρο 113 του νόμου αυτού ορίζει ότι:

«1. Το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο για τις εκδικάσεις προσφυγών, των οποίων επιλαμβάνεται σύμφωνα με τις διατάξεις του ακόλουθου κεφαλαίου.

2. Προκειμένου να θέτει τέρμα στις παραβιάσεις του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου και των σχετικών κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής, το Bundesvergabeamt είναι, μέχρι την ανάθεση της συμβάσεως, αρμόδιο:

1) να εκδίδει διατάξεις για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, καθώς και

2) να ακυρώνει παράνομες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής.

4 — Bundesvergabegesetz 1997, BGBl. I, 1997/56.

3. Μετά την ανάθεση της συμβάσεως ή μετά το πέρας της διαδικασίας αναθέσεως, το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο να αποφαίνεται επί του αν, κατά παράβαση του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου ή των σχετικών κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής, η σύμβαση δεν ανατέθηκε στον υποψήφιο που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά.

[...]»

9. Το άρθρο 115, παράγραφοι 1 και 5, έχει ως εξής:

«1. Ο επιχειρηματίας που επικαλείται συμφέρον για τη σύναψη συμβάσεως, η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου, μπορεί να ασκήσει, κατά των αποφάσεων που έλαβε η αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προσφυγή λόγω παρανομίας, όταν η παρανομία αυτή του προκάλεσε ή απειλεί να του προκαλέσει ζημία.

[...]

5. Η προσφυγή πρέπει να περιλαμβάνει:

1) τον ακριβή προσδιορισμό της σχετικής διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως καθώς και την προσβαλλόμενη απόφαση,

[...]».

10. Σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο c, σημείο 40a, του Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (νόμου του 1991 εισαγωγικού των νόμων περί διοικητικής διαδικασίας, BGBl. 1991/50), ο Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (γενικός νόμος του 1991 περί της διοικητικής διαδικασίας, BGBl. 1991/51, στο εξής: AVG), έχει εφαρμογή στη διοικητική διαδικασία του Bundesvergabeamt.

11. Το άρθρο 39, παράγραφοι 1 και 2, του γενικού νόμου του 1991 περί της διοικητικής διαδικασίας ορίζει ότι:

«1. Η διεξαγωγή της διαδικασίας ελέγχου υπόκειται στις διοικητικές διατάξεις.

2. Στο μέτρο που οι διοικητικές διατάξεις δεν περιέχουν συναφώς οδηγίες, η αρμόδια αρχή

οφείλει να ενεργεί αυτεπαγγέλτως και να καθορίζει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ελέγχου τηρώντας τις διατάξεις του παρόντος τμήματος.

[...]»

III — Τα περιστατικά της κύριας δίκης και η εξέλιξη της διαδικασίας

12. Στις 2 Μαρτίου 2000, η Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau προκήρυξε σε ολόκληρη την Ευρώπη, για λογαριασμό της Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen Aktiengesellschaft, ως αναθέτουσα αρχή, πρόσκληση δημόσιου διαγωνισμού προκειμένου να προμηθευτεί ένα «ειδικό μηχανοκίνητο όχημα: νέο, έτοιμο προς λειτουργία και εγκεκριμένο από τις αρχές μηχανοκίνητο σάρωρθο οδών προοριζόμενο για την υπηρεσία διαχειρίσεως και συντηρήσεως του αυτοκινητόδρομου Kalwang, επί του αυτοκινητόδρομου Phyrn, A9».

13. Το άνοιγμα των προσφορών έγινε στις 25 Απριλίου 2000. Όπως και άλλοι τέσσερις που υπέβαλαν προσφορές, η προσφεύγουσα της κύριας δίκης, δηλαδή η GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (στο εξής: GAT), που είχε τη γενική αντιπροσωπεία στην Αυστρία του Γερμανού κατασκευαστή Bucher-Schörling, υπέβαλε προσφορά στην τιμή των 3 517 020 ATS, χωρίς ΦΠΑ. Η προσφορά που είχε υποβάλει η επιχείρηση ÖAF & Steyr Nutsfahrzeuge OHG ανερχόταν στα 4 174 290 ATS καθαρά· η προσφορά ενός άλλου προσφέροντος ανερχόταν στα 4 168 690 ATS, χωρίς ΦΠΑ.

14. Η συγγραφή υποχρεώσεων ορίζει, στο σημείο Β.1.13 αυτής «Αξιολόγηση των προσφορών»:

«Β.1.13 Αξιολόγηση των προσφορών

Η πλέον συμφέρουσα από τεχνική και οικονομική άποψη προσφορά προσδιορίζεται κατά την αρχή του υποβαλόντος την καλύτερη προσφορά. Βασική προϋπόθεση είναι να αντιστοιχούν τα προσφερόμενα οχήματα στους όρους της προκηρύξεως.

Η αξιολόγηση πραγματοποιείται ως εξής:

Κατά την αξιολόγηση των προσφορών, πρέπει κάθε φορά να λαμβάνεται υπόψη ο υποβαλών την καλύτερη προσφορά και ο αριθμός των μορίων να υπολογίζεται σε σχέση με τον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά.

[...]

2) Άλλα κριτήρια:

Για άλλα κριτήρια δίδονται 100 μόρια κατ' ανώτατο όριο, τα οποία στη συνολική αξιολόγηση λαμβάνονται υπόψη κατά 20 %.

2.1 Κατάλογος συστάσεων πελατών του μηχανοκινήτου σαρώθρου στην περιοχή των Άλπεων και της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (συστάσεις στη γερμανική γλώσσα): βαρύτητα: 20 μόρια.

Τύπος αξιολογήσεως:

Ο υψηλότερος αριθμός πελατών διαιρούμενος από τον αριθμό πελατών του καταταχθέντος στη δεύτερη θέση, πολλαπλασιαζόμενος επί 20 μόρια.»

15. Στις 16 Μαΐου 2000, η ÖSAG απέρριψε την προσφορά της GAT με το αιτιολογικό ότι η προσφορά δεν ανταποκρινόταν στους όρους της προκηρύξεως, διότι η προσφερόμενη συσκευή καθαρισμού πεζοδρομίων μπορούσε να λειτουργήσει μέχρι τη θερμοκρασία των 0° C, ενώ στην προκήρυξη απαιτείται θερμοκρασία λειτουργίας τουλάχιστον –5°. Επιπλέον, παρά τη σχετική πρόσκληση της ÖSAG, η GAT δεν κατέστησε ευχερή τον απαιτούμενο στην προκήρυξη έλεγχο της συσκευής σε ακτίνα 300 km από την έδρα του οργανισμού που προκήρυξε τον διαγωνισμό, προϋπόθεση που προβλεπόταν στην προκήρυξη. Εξάλλου, η ÖSAG αμφισβήτησε την προταθείσα από την GAT τιμή. Τέλος, παρά τη σχετική πρόσκληση που της απηύθυνε η ÖSAG, η GAT δεν διευκρίνισε επαρκώς το τεχνικό σύστημα καθαρισμού των κατόπτρων της συσκευής που πρότεινε.

16. Σύμφωνα με την πρόταση για την ανάθεση της συμβάσεως της 31ης Ιουλίου 2000, η σύμβαση ανατέθηκε εγγράφως στην επιχείρηση ÖAF & Steyr Nutsfahrzeuge OHG με έγγραφο της 23ης Αυγούστου 2000. Οι λοιποί προσφέροντες ενημερώθηκαν με έγγραφο της 12ης Ιουλίου 2000 για τον υπερθεματιστή. Η GAT ενημερώθηκε για την απόρριψη της προσφοράς της με έγγραφο της 17ης Ιουλίου 2000. Το όνομα του υπερθεματιστή καθώς και το ποσό της συμβάσεως της ανακοινώθηκαν με έγγραφο της 5ης Οκτωβρίου 2000.

17. Στις 17 Νοεμβρίου 2000, η GAT άσκησε προσφυγή ενώπιον του Bundesvergabeamt προκειμένου να διαπιστωθεί ότι η σύμβαση δεν είχε ανατεθεί στον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά και προέβαλε ότι η προσφορά της είχε απορριφθεί παρανόμως. Η επισυναφθείσα στην προσφορά της τεχνική περιγραφή του καθορισμού των κατόπτρων ήταν επαρκής, κατ' αυτήν, για έναν ειδικό. Επιπλέον, κάλεσε την ÖSAG να επισκεφθεί το εργοστάσιο του προμηθευτή της προσφεύγουσας. Εν πάση περιπτώσει, το κριτήριο αναθέσεως σχετικά με τη «δυνατότητα επισκέψεως του αντικειμένου της συμβάσεως σε ακτίνα 300 km από την έδρα του οργανισμού που προκήρυξε τον διαγωνισμό» αντιβαίνει στις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, καθόσον συνιστά έμμεση δυσμενή διάκριση. Η ÖSAG θα έπρεπε να ανα-

γνωρίσει όλα τα αντικείμενα συγκρίσεως που βρίσκονται στην Ευρώπη. Επιπλέον, κατά την GAT, το κριτήριο θα έπρεπε να χρησιμοποιηθεί μόνον ως κριτήριο αναθέσεως και όχι, όπως εσφαλμένως έπραξε εκ των υστέρων η ÖSAG, ως κριτήριο καταλληλότητας. Είναι βεβαίως αληθές ότι το προσφερθέν από τη GAT βασικό μοντέλο του μηχανοκίνητου σαρώθρου οδών μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε θερμοκρασία χαμηλότερη του 0° βαθμών Κελσίου. Η ÖSAG είχε ωστόσο επιφυλαχθεί όσον αφορά τη δυνατότητα πρόσθετης επιλογής. Η επιλογή που πρότεινε η GAT μπορούσε να λειτουργήσει, σύμφωνα με την προκήρυξη, σε θερμοκρασία –5° Κελσίου. Τέλος, η τιμή που πρόσφερε η GAT δεν είναι καθόλου ακατάλληλη. Αντιθέτως, η GAT ήταν σε θέση να εξηγήσει επαρκώς στην ÖSAG γιατί η τιμή που είχε προσφέρει ήταν πολύ συμφέρουσα.

IV — Τα προδικαστικά ερωτήματα

18. Το Bundesvergabeamt, κρίνοντας ότι επιβάλλεται η έκδοση αποφάσεως από το Δικαστήριο, με διάταξη της 11ης Ιουλίου 2001 του υπέβαλε τα εξής προδικαστικά ερωτήματα:

«1) α) Συνάγεται από το άρθρο 2, παράγραφος 8, της οδηγίας 89/665, από άλλη διάταξη της οδηγίας ή από διάταξη του κοινοτικού δικαίου ότι απαγορεύεται στην υπεύθυνη για τις διαδικασίες προσφυγής αρχή υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας, καθώς και στην αρμόδια για την άσκηση των κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας εξουσιών αρχή, να λαμβάνει υπόψη αυτεπαγγέλτως και ανεξαρτήτως των ισχυρισμών των μετεχόντων στη διαδικασία προσφυγής τις περιστάσεις οι οποίες ασκούν επιρροή από απόψεως του δικαίου που διέπει τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων και, κατά την άποψη της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής, έχουν σημασία για την απόφαση επί της διαδικασίας προσφυγής;

β) Αντιβαίνει στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665 σε συνδυασμό εν πάση περιπτώσει με άλλες αρχές του κοινοτικού δικαίου μια απόφαση της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας, καθώς και της αρμόδιας για την άσκηση των εξουσιών του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας αρχής, η οποία απορρίπτει αίτηση του προσφέροντος με την οποία επιδιώκεται έμμεσα η επιδίκαση αποζημιώσεως, όταν η διαδικασία συνάψεως συμβάσεως πάσχει ήδη ουσιώδη πλημμέλεια λόγω άλλης και όχι της προσβαλλομένης από τον εν λόγω προσφέροντα αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, επειδή ο προσφέρων υπέστη ενδεχόμενη ζημία για άλλους λόγους επίσης ανεξαρτήτως της προσβαλλομένης αποφάσεως;

2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο ερώτημα 1α, απαγορεύουν οι διατάξεις της οδηγίας 93/36, ιδίως δε οι

διατάξεις των άρθρων 15 έως 26 της οδηγίας αυτής, στην αναθέτουσα αρχή να λαμβάνει υπόψη, κατά τη διεξαγωγή της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, συστάσεις για τα προϊόντα που προσφέρουν οι προσφέροντες όχι στο πλαίσιο της εξετάσεως της καταλληλότητας των προσφερόντων αλλά να τις προβλέπει ως κριτήριο αναθέσεως, οπότε η αρνητική αξιολόγηση των συστάσεων αυτών να μην έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό του προσφέροντος από τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως, αλλά να καταλήγει απλώς στο ότι μια προσφορά αξιολογείται δυσμενέστερα στο πλαίσιο ενός συστήματος μορίων, στο οποίο, για παράδειγμα, μια κακή αξιολόγηση των συστάσεων μπορεί να αντισταθμιστεί με χαμηλότερη τιμή;

3) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στα ερωτήματα 1α και 2, συνάδει ένα κριτήριο αναθέσεως κατά το οποίο οι συστάσεις για τα προϊόντα αξιολογούνται υπό την έννοια ότι λαμβάνεται υπόψη μόνον ο αριθμός των συστάσεων και δεν ελέγχεται επί της ουσίας αν οι εμπειρίες που έχουν οι αναθέτουσες αρχές με το προϊόν ήσαν καλές ή κακές, επιπλέον δε λαμβάνονται υπόψη μόνον συστάσεις από την περιοχή των Άλπεων και της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, προς τις ασκούσες επιρροή διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, συμπεριλαμβανομένου του άρθρου 26 της οδηγίας 93/36, προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως καθώς και προς τις διεθνούς δικαίου υποχρεώσεις των Κοινοτήτων;

4) Συνάδει ένα κριτήριο αναθέσεως κατά το οποίο μπορεί να αξιολογηθεί θετικά μόνον η δυνατότητα ελέγχου του αντικειμένου της προκηρύξεως εντός ακτίνας 300 km από την έδρα της προκηρύσσουσας αρχής προς τις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, ιδίως δε προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως;

5) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 2 ή αρνητικής απαντήσεως στα ερωτήματα 3 ή 4, έχει το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665, σε συνδυασμό εν πάση περιπτώσει με άλλες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, την έννοια ότι, όταν η παράβαση που διέπραξε η αναθέτουσα αρχή έγκειται στη θέσπιση ενός παρανόμου κριτηρίου αναθέσεως, ο προσφέρων έχει αξίωση αποζημιώσεως μόνον όταν μπορεί να αποδειχθεί συγκεκριμένα ότι χωρίς το παράνομο κριτήριο αναθέσεως ο προσφέρων θα είχε υποβάλει την καλύτερη προσφορά;»

V — Εκτίμηση

19. Στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας, γραπτές παρατηρήσεις στο Δικαστήριο υπέβαλαν η GAT, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Επιτροπή. Τόσο η Επιτροπή όσο και η Αυστριακή Κυβέρνηση αμφισβήτησαν το παραδεκτό των ερωτημάτων. Κατωτέρω, θα εξετάσω πρώτα αυτό το ζήτημα.

A — *Η αρμοδιότητα του Bundesvergabeamt προς υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων*

20. Η Επιτροπή διερωτάται ως προς το παραδεκτό των ερωτημάτων, διότι οι αποφάσεις του Bundesvergabeamt δεν έχουν δικαιοδοτικό χαρακτήρα. Παραπέμπει στις παρατηρήσεις που είχε υποβάλει στην υπόθεση C-314/01, Siemens και ARGE Telekom & Partner, η οποία εκκρεμεί ενώπιον του Δικαστηρίου. Στην υπόθεση αυτή, η Επιτροπή παρατηρεί ότι μολονότι το Bundesvergabeamt συγκεντρώνει τα κριτήρια ενός δικαστηρίου κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ, όπως αυτά καθορίστηκαν με τη νομολογία του Δικαστηρίου, αμφιβάλλει ως προς τον δικαιοδοτικό χαρακτήρα των αποφάσεων αυτών. Συναφώς, αναφέρεται στη νομολογία του Δικαστηρίου κατά την οποία τα εθνικά δικαστήρια μπορούν να υποβάλλουν προδικαστικά ερωτήματα στο Δικαστήριο μόνον εφόσον εκκρεμεί ενώπιόν τους διαφορά και εφόσον καλούνται να αποφανθούν στο πλαίσιο διαδικασίας που πρόκειται να καταλήξει στην έκδοση αποφάσεως δικαιοδοτικού χαρακτήρα. Ειδικότερα, αναφέρεται στις υποθέσεις C-134/97, Victoria Film [5] και C-178/99, Salzmann [6]. Η Επιτροπή αμφιβάλλει ως προς τον δικαιοδοτικό χαρακτήρα τους, επειδή το αιτούν δικαστήριο στην υπόθεση Siemens και ARGE Telekom & Partner ανέφερε ότι οι αποφάσεις που εκδίδει το Bundesvergabeamt κατ' εφαρμογήν του άρθρου 113, παράγραφος 2, δεύτερη φράση, του BverG δεν περιλαμβάνει διαταγές προς την αναθέτουσα αρχή που μπορούν να τύχουν εκτελέσεως. Υπό τις περιστάσεις αυτές, η Επιτροπή δεν αποκλείει οι αποφάσεις του Bundesvergabeamt να στερούνται δικαιοδοτικού χαρακτήρα.

5 — Απόφαση της 12ης Νοεμβρίου 1998 (Συλλογή 1998, σ. I-7023, σκέψη 14).

6 — Απόφαση της 14ης Ιουνίου 2001 (Συλλογή 2001, σ. I-4421, σκέψη 14).

B — *Παραδεκτό των προδικαστικών ερωτημάτων*

21. Η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονεί ότι το πρώτο ερώτημα, στοιχείο α', και το πέμπτο ερώτημα δεν είναι παραδεκτά. Φρονεί ότι, από τις ενδείξεις που περιλαμβάνονται στη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι τα ερωτήματα αυτά υποβλήθηκαν στο πλαίσιο διαδικασίας βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BverG, και ότι αυτή δεν αποτελεί διαδικασία προσφυγής κατά την έννοια της οδηγίας 89/665, αλλά απλή διαδικασία διαπιστώσεως. Η Αυστριακή Κυβέρνηση προβάλλει συναφώς ότι ο Αυστριακός νομοθέτης χρησιμοποίησε την ευχέρεια που του προσφέρει το άρθρο 2, παράγραφος 6, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665, προβλέποντας ότι, μετά τη σύναψη της συμβάσεως που ακολουθεί την ανάθεση, μπορεί μόνο να ζητείται αποζημίωση. Η Αυστριακή Κυβέρνηση εξηγεί ότι το Bundesvergabeamt επιλαμβάνεται διαδικασιών προσφυγής κατά την έννοια της οδηγίας, όμως δεν μπορεί να ασκεί τις εξουσίες που αναφέρει το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665. Βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, το Bundesvergabeamt πρέπει να περιορίζεται στη διαπίστωση, μετά την ανάθεση της συμβάσεως, του αν υπάρχει παράβαση του δικαίου περί των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ανάλογη διάταξη του άρθρου 117, παράγραφος 3, του BverG). Η ανάθεση αυτού του καθήκοντος στο Bundesvergabeamt υπαγορεύθηκε από τη μέριμνα οικονομίας της διαδικασίας. Πρώτον, ως ειδικό στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, το Bundesvergabeamt είναι το πλέον κατάλληλο στο πεδίο αυτό. Επιπλέον, τούτο επιτρέπει να αποφεύγονται ενδεχόμενες αποκλίσεις στη νομολογία, άσκοπα έξοδα διαδικασίας και μεγαλύτερη διάρκεια της διαδικασίας. Ωστόσο, για την επιδίκαση αποζημιώσεως, αρμόδια είναι τα πολιτικά δικαστήρια. Η διαδικασία διαπιστώσεως ενώπιον του Bundesvergabeamt πρέπει να

προηγείται της ενδεχόμενης αγωγής αποζημώσεως ενώπιον των αστικών δικαστηρίων επί ποινή απαραδέκτου της αγωγής βάσει του άρθρου 125, παράγραφος 2, του BverG. Το ίδιο άρθρο ορίζει επίσης ότι οι διάδικοι και τα πολιτικά δικαστήρια δεσμεύονται από τις διαπιστώσεις του Bundesvergabeamt. Κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, από τα προεκτεθέντα στοιχεία προκύπτει ότι η διαδικασία διαπιστώσεως δεν είναι διαδικασία προσφυγής κατά την έννοια της οδηγίας 89/665 και, επομένως, η ερμηνεία του πρώτου ερωτήματος, στοιχείο α', και του πέμπτου ερωτήματος δεν χρειάζεται προς έκδοση αποφάσεως στην κύρια δίκη.

Γ — Εκτίμηση

22. Η Επιτροπή δεν αμφισβητεί ότι η αρχή αυτή συγκεντρώνει τα κριτήρια ενός δικαστηρίου, όπως αυτά συνήχθησαν από το Δικαστήριο με την προγενέστερη νομολογία του. Ωστόσο, διερωτάται αν οι αποφάσεις του Bundesvergabeamt καταλήγουν σε απόφαση δικαιοδοτικού χαρακτήρα. Αντιθέτως, η Αυστριακή Κυβέρνηση περιορίζει την ένσταση απαραδέκτου στο πρώτο ερώτημα, στοιχείο α', και στο πέμπτο ερώτημα. Κατά την κυβέρνηση αυτή, το Bundesvergabeamt δεν χρειάζεται τις απαντήσεις αυτές για να λάβει απόφαση. Πράγματι, τα εν λόγω ερωτήματα αναφέρονται σε πτυχές για τις οποίες η αρχή αυτή δεν είναι αρμόδια.

23. Θα εξετάσω αμέσως μετά, πρώτον, την ένσταση που προέβαλε η Επιτροπή, και προς τούτο θα είμαι σύντομος. Αναμφισβήτητα, πρόκειται για δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ. Το Δικαστήριο επανειλημμένως αναγνώρισε ήδη τούτο (σιωπηρά)[7]. Το ζήτημα αν οι αποφάσεις του Bundesvergabeamt έχουν επίσης δικαιοδοτικό χαρακτήρα αποτέλεσε πρόσφατα αντικείμενο των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα J. Mischo στην υπόθεση C-411/00, Felix Swoboda[8]. Ορθώς υπογραμμίζει ότι μια αρχή μπορεί κάλλιστα να εκδίδει αποφάσεις δικαιοδοτικού χαρακτήρα μολονότι δεν διαθέτει την εξουσία να απευθύνει διαταγές που μπορούν να εκτελεστούν. Παίρνει ως παράδειγμα το Δικαστήριο το οποίο, εκτός της περιπτώσεως όπου αποφαίνεται κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, δεν έχει τέτοια εξουσία. Συμμερίζομαι την άποψη αυτή. Όπως παρατηρήθηκε ήδη με τις προπαρατεθείσες προτάσεις, ναι μεν το Bundesvergabeamt δεν διαθέτει μέσα καταναγκασμού προς εκτέλεση της αποφάσεώς του έναντι της αναθέτουσας αρχής, ωστόσο, έχει αρμοδιότητα να απαγγέλει την ακυρότητα και οι αποφάσεις του είναι δεσμευτικές. Στην υπόθεση στην οποία ο γενικός εισαγγελέας J. Mischo ανέπτυξε τις προτάσεις του, το Bundesvergabeamt δεν μπορούσε να ακυρώσει την απόφαση της αναθέτουσας αρχής, διότι η σύμβαση που ακολούθησε την ανάθεση είχε ήδη συναφθεί και, κατά συνέπεια, κατά την αυστριακή νομοθεσία, ήταν δυνατό μόνο να ζητηθεί αποζημίωση. Στην περίπτωση αυτή, το Bundesvergabeamt έχει αρμοδιότητα να κρίνει, βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BverG, αν η σύμβαση καλώς ανατέθηκε στη χαμηλότερη

7 — Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 15ης Ιανουαρίου 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ. (Συλλογή 1998, σ. I-73)· της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, C-76/97, Tögel (Συλλογή 1998, σ. I-5357)· της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, C-111/97, EvoBus Austria (Συλλογή 1998, σ. I-5411)· της 16ης Σεπτεμβρίου 1999, C-27/98, Fracasso και Leitschutz (Συλλογή 1999, σ. I-5697)· της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98, Alcatel Austria κ.λπ. (Συλλογή 1999, σ. I-7671)· της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telaustria και Telefonadress (Συλλογή 2000, σ. I-10745), και της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-94/99, ARGE (Συλλογή 2000, σ. I-11037).

8 — Προτάσεις της 18ης Απριλίου 2002 (απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 2002, Συλλογή 2002, σ. I-10567, σ. I-10570).

προσφορά. Μια τέτοια απόφαση δεν στερείται σημασίας. Πρώτον, από το άρθρο 125, παράγραφος 2, του BverG προκύπτει ότι μια τέτοια διαδικασία ενώπιον του Bundesvergabeamt είναι αναγκαία επί ποινή απαραδέκτου της μεταγενέστερης αγωγής αποζημιώσεως ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων. Δεύτερον, οι διάδικοι και το πολιτικό δικαστήριο δεσμεύονται από την απόφαση του Bundesvergabeamt. Επομένως, συμμερίζομαι το συμπέρασμα του γενικού εισαγγελέα J. Mischo, κατά το οποίο το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο, ως δικαστήριο, να υποβάλλει προδικαστικά ερωτήματα.

24. Εν συνεχεία πρέπει να εξεταστεί επίσης αν το σύνολο των υποβληθέντων ερωτημάτων είναι παραδεκτά, πράγμα που αμφισβητεί η Αυστριακή Κυβέρνηση. Η Δημοκρατία της Αυστρίας ισχυρίζεται ότι οι διαδικασίες περί διαπιστώσεως δεν συνιστούν διαδικασίες προσφυγής κατά την έννοια της οδηγίας 89/665. Δεν συμμερίζομαι την άποψη αυτή.

25. Από την οικονομία της αυστριακής νομοθεσίας προκύπτει ότι οι εξουσίες που αναφέρει το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας απονεμήθηκαν στο Bundesvergabeamt, και εκείνες του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', στα πολιτικά δικαστήρια. Γι' αυτή την κατανομή των καθηκόντων, ο αυστριακός νομοθέτης έκανε χρήση του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας. Εν συνεχεία, η Δημοκρατία της Αυστρίας χρησιμοποίησε την ευχέρεια που προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφος 6, της οδηγίας. Κατά την οδηγία, τα κράτη μέλη μπορούν να επιλέγουν, μετά τη σύναψη της συμβάσεως που έπεται της αναθέσεως, να περιορίσουν τις εξουσίες της αρμόδιας για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής στη χορήγηση αποζημιώσεως σε κάθε πρόσωπο που ζημιώνεται λόγω παραβάσεως.

26. Η οδηγία επιβάλλει στα κράτη μέλη να προβλέπουν δεσμευμένες αρμοδιότητες για τις διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων, ακυρωτικές και αποζημιώσεως. Το γεγονός ότι ο Αυστριακός νομοθέτης προέβλεψε στην εσωτερική του έννομη τάξη ένδικο μέσο επιδικάσεως αποζημιώσεως σε δύο στάδια (τη διαδικασία που η Αυστριακή Κυβέρνηση αποκαλεί προσφυγή προς διαπίστωση ενώπιον του Bundesvergabeamt και την αγωγή αποζημιώσεως ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων) δεν αποκλείει την αρμοδιότητα του Bundesvergabeamt να υποβάλλει προδικαστικά ερωτήματα. Τούτο είναι ακόμη περισσότερο αληθές καθόσον τα πολιτικά δικαστήρια δεσμεύονται από την απόφαση του Bundesvergabeamt. Επομένως, οι διαδικασίες αυτές συνδέονται στενά. Θα ήταν αντίθετο προς την πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας αν το Bundesvergabeamt δεν μπορούσε να υποβάλλει προδικαστικά ερωτήματα στο πλαίσιο αυτού που η Αυστριακή Κυβέρνηση αποκαλεί προσφυγή περί διαπιστώσεως.

27. Πράγματι, από το αυστριακό νομικό σύστημα προκύπτει ότι το Bundesvergabeamt εξακριβώνει αν οι επιταγές που απορρέουν από τις οδηγίες περί των δημοσίων συμβάσεων τηρήθηκαν. Όπως ανέφερα στα προηγούμενα σημεία, η διαπίστωση αυτή αναπτύσσει έννομα αποτελέσματα, διότι με βάση τη διαπίστωση αυτή μπορεί να ασκηθεί αγωγή αποζημιώσεως ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων. Δεδομένου ότι οι αποφάσεις του Bundesvergabeamt αναπτύσσουν έννομα αποτελέσματα, τα προδικαστικά ερωτήματα κάλλιστα μπορούν να υποβληθούν στο πλαίσιο της διαδικασίας περί διαπιστώσεως η οποία, ας μην το ξεχνάμε, χρησιμεύει στο να εξακριβωθεί αν το κοινο-

τικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων ή οι εθνικές διατάξεις που θέτουν σε εφαρμογή αυτό το κοινοτικό δίκαιο παραβιάστηκαν.

28. Δεν μπορώ, επομένως, να συμμεριστώ την άποψη της Αυστριακής Κυβερνήσεως, ότι δηλαδή το πρώτο υποβληθέν ερώτημα είναι αλυσιτελές. Ακριβώς, πρόκειται για την κατ' εξοχή αρχή που οφείλει να εκτιμήσει την ύπαρξη παραβάσεως. Προέχει γι' αυτήν να γνωρίζει αν μπορεί επίσης να θέσει αυτεπαγγέλτως τα στοιχεία τα οποία δεν προέβαλαν οι διάδικοι. Το ίδιο ισχύει και για το πέμπτο ερώτημα. Αυτό αναφέρεται στο ζήτημα πότε ο υποβαλών προσφορά δικαιούται αποζημιώσεως. Κατά το αυστριακό δίκαιο, το ζήτημα αυτό είναι αρμοδιότητας των πολιτικών δικαστηρίων. Το ζήτημα αν υπάρχει εν προκειμένω δικαίωμα αποζημιώσεως πρέπει, επομένως, να επιλυθεί από τα δικαστήρια αυτά, σύμφωνα με το εθνικό τους δίκαιο.

29. Καταλήγω, επομένως, στο ότι το αυστριακό Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο να υποβάλλει προδικαστικά ερωτήματα και όλα τα ερωτήματα που υποβλήθηκαν από το δικαστήριο αυτό είναι παραδεκτά, πλην του πέμπτου.

VI — Επί της ουσίας

Α — *Το πρώτο ερώτημα, στοιχείο α'*

30. Με το ερώτημα αυτό, το αιτούν δικαστήριο επιθυμεί να πληροφορηθεί αν το άρθρο 2, παράγραφος 8, της οδηγίας ή οποιαδήποτε άλλη διάταξη της οδηγίας ή του κοινοτικού δικαίου εμποδίζει να εγείρονται αυτεπαγγέλτως οι περιστάσεις που ασκούν επιρροή στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεων.

31. Το Bundesvergabeamt εξηγεί με τη διάταξή του περί παραπομπής ότι, βάσει του άρθρου 39, παράγραφος 2, του γενικού νόμου του 1991 περί της διοικητικής διαδικασίας, υποχρεούται να αποφαίνεται αυτεπαγγέλτως και οφείλει, κατά συνέπεια, να εξετάζει αν άλλα κριτήρια αναθέσεως, πλην εκείνων που αμφισβητεί η προσφεύγουσα, είναι νόμιμα. Αν αποδειχθεί ότι άλλα κριτήρια είναι επίσης παράτυπα, μπορεί να προκύψει απ' αυτό απόρριψη της προσφυγής. Το Bundesvergabeamt φρονεί ότι η συνέπεια αυτή της διατυπώσεως του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BverG, σε συνδυασμό με την αρχή της αυτεπάγγελτης ενέργειας στις διοικητικές διαδικασίες, συμβιβάζεται κατ' αρχήν προς το κοινοτικό δίκαιο. Ωστόσο, ενόψει του πνεύματος της διατάξεως του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BverG, μπορεί να αναρωτηθεί κανείς αν αυτή η συνέπεια συμβιβάζεται επίσης προς την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας.

32. Το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί επιπλέον ότι δεν διακρίνει, κατ' αρχήν, καμιά διάταξη του κοινοτικού δικαίου η οποία να εμποδίζει την αυτεπάγγελτη ενέργεια, χωρίς ωστόσο να αρνείται την ύπαρξη μιας κάποιας τριβής μεταξύ της αυτεπάγγελτης ενέργειας στις διοικητικές διαδικασίες και την αρχή του κατ' αντιμωλίαν δικάζεσθαι.

33. Πάντως, το Bundesvergabeamt υποχρεούται βάσει του άρθρου 234, τρίτο εδά-

φιο, ΕΚ να υποβάλει σχετικά προδικαστικά ερωτήματα. Τούτο προκύπτει ευθέως από την απόφαση της 8ης Μαρτίου 2001 του Bundesverfassungsgericht (Συνταγματικού δικαστηρίου) (Αυστρία). Το τελευταίο ασχολήθηκε με ζητήματα συμβιβαστού της αυτεπάγγελτης ενέργειας προς την αρχή της κατ' αντιμωλία προσφυγής, που προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφος 8, της οδηγίας 89/665. Το Bundesverfassungsgericht ακύρωσε ορισμένες αποφάσεις του Bundesvergabeamt με το αιτιολογικό ότι το τελευταίο ήγειρε αυτεπαγγέλτως τις παρατυπίες στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεων.

34. Η Επιτροπή παρατηρεί ότι η οδηγία δεν επιβάλλει όπως η εξέλιξη της διαδικασίας προσφυγής ενώπιον μιας ανεξάρτητης αρχής, κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 8, της οδηγίας 89/665 βασίζεται αποκλειστικά στους λόγους που προβάλλουν οι διάδικοι και, επομένως, δεν αποκλείει το ότι η αρχή αυτή εξετάζει αυτεπαγγέλτως τις ασκούσες επιρροή περιστάσεις, εφόσον οι διάδικοι έχουν το δικαίωμα να ακουστούν. Η Αυστριακή Κυβέρνηση επίσης, η οποία παραπέμπει προς τούτο στις παρατηρήσεις της στην υπόθεση Primetzhofer Stahl- und Fahrzeugbau [9], φρονεί ότι η αυτεπάγγελτη ενέργεια δεν αντιβαίνει προς το πρώτο τμήμα της τελευταίας φράσεως του άρθρου 2, παράγραφος 8, της οδηγίας.

35. Με τις παρατηρήσεις της GAT, οι οποίες ειδικότερα επικεντρώνονται στις συνέπειες της αυτεπάγγελτης ενέργειας, προβάλλεται κατ' ουσίαν ότι το ότι λαμβάνονται αυτεπαγγέλτως υπόψη οι περιστάσεις που δεν προβλήθηκαν από τους διαδίκους είναι αντίθετο προς την οδηγία.

36. Πρέπει πρωτίστως να παρατηρηθεί ότι το Bundesvergabeamt είναι δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ. Το Δικαστήριο διευκρίνισε ήδη ότι, βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 8, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 89/665, τα κράτη μέλη μπορούν να επιλέξουν μεταξύ δύο λύσεων στην οργάνωση του συστήματος ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων. Είτε απονέμεται αρμοδιότητα σε ένα δικαιοδοτικό όργανο είτε σε ένα «βασικό όργανο», το οποίο δεν είναι δικαιοδοτικό όργανο, και στην περίπτωση αυτή πρέπει να είναι δυνατή η άσκηση προσφυγής ενώπιον δικαιοδοτικού ή άλλου οργάνου, το οποίο πρέπει επομένως να πληροί τις ιδιαίτερες επιταγές που προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφος 8, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665 προκειμένου να διασφαλίζει την ενδεδειγμένη προσφυγή [10]. Δεδομένου ότι το Bundesvergabeamt πρέπει να θεωρηθεί δικαιοδοτικό όργανο («πρώτη επιλογή»), η διασφάλιση αυτή δεν έχει εφαρμογή. Κατά συνέπεια, οι παρατηρήσεις της Αυστριακής Κυβερνήσεως, αλλά και της Επιτροπής, κατά τις οποίες η αυτεπάγγελτη ενέργεια δεν συγκρούεται προς το πρώτο μέρος της τελευταίας φράσεως του άρθρου 2, παράγραφος 8, της οδηγίας, δεν ασκούν εν προκειμένω επιρροή. Ωστόσο, το ερώτημα είναι λυσιτελές, διότι το αιτούν δικαστήριο το θέτει επίσης ενόψει της παρεμβάσεώς του ως «δικαιοδοτικού οργάνου». Επιπλέον, το γεγονός ότι η απόφαση εκδίδεται κατόπιν μιας κατ' αντιμωλία δια-

9 — Η υπόθεση αυτή περατώθηκε στο μεταξύ· βλ. διάταξη της 11ης Ιουλίου 2002, C-464/00 (μη δημοσιευθείσα στη Συλλογή).

10 — Απόφαση της 4ης Φεβρουαρίου 1999, C-103/97, Köllensperger και Atzwanger (Συλλογή 1999, σ. I-551, σκέψεις 27 έως 30). Βλ. επίσης απόφαση της 4ης Μαρτίου 1999, C-258/97, HI (Συλλογή 1999, σ. I-1405, σκέψεις 14 έως 19).

δικασίας συνιστά έναν από τους παράγοντες τους οποίους το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη προκειμένου να κρίνει αν πρόκειται για δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ.

37. Για τους λόγους που εκτίθενται κατωτέρω, φρονώ ότι μια κατ' αντιμωλία διαδικασία δεν αποκλείει την αυτεπάγγελτη ενέργεια του αρμοδίου δικαστηρίου σε διοικητική διαδικασία. Μια κατ' αντιμωλία διαδικασία συνεπάγεται στην πράξη ότι κάθε διάδικος μπορεί να αντιδρά στα επιχειρήματα του άλλου προτού το όργανο το οποίο επιλαμβάνεται αποφανθεί και ότι, αν αυτό εγείρει αυτεπαγγέλτως ορισμένα στοιχεία, οι διάδικοι πρέπει επίσης να μπορούν να αντιδράσουν ως προς αυτά. Επιπλέον, η οδηγία προβλέπει ότι τα κράτη μέλη οφείλουν να οργανώνουν προσβάσιμες διαδικασίες, ταχείες και αποτελεσματικές. Όσον αφορά την οργάνωσή τους, τα κράτη μέλη είναι ωστόσο ελεύθερα. Επομένως, μπορούν να προβλέπουν ότι ένας δικαστής μπορεί να εγείρει αυτεπαγγέλτως τις ασκούσες επιρροή περιστάσεις για την εκτίμηση της υποθέσεως. Στο μέτρο που το Bundesvergabeamt υποχρεούται να εγείρει αυτεπαγγέλτως οποιοδήποτε γεγονός ασκεί επιρροή και, επομένως, ανεξάρτητα από τους λόγους που προβάλλουν οι διάδικοι, αποτελεί επίσης αντικείμενο του επόμενου ερωτήματος. Κατά συνέπεια, φρονώ ότι η αυτεπάγγελτη έγερση, ανεξάρτητα από τους λόγους που προβάλλουν οι διάδικοι στη διαδικασία προσφυγής, των περιστάσεων που ασκούν επιρροή στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεων δεν αντιβαίνει προς την οδηγία, εφόσον, στο πλαίσιο αυτό, ο σκοπός που επιδιώκεται με την οδηγία, δηλαδή η αποτελεσματική νομική προστασία, διασφαλίζεται.

B — *Το πρώτο ερώτημα, στοιχείο β'*

38. Με το πρώτο ερώτημα, στοιχείο β', το Bundesvergabeamt επιθυμεί να πληροφορηθεί αν το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας, ενδεχομένως σε συνδυασμό με άλλες αρχές του κοινοτικού δικαίου, απαγορεύει στην [αρμόδια] για την προσφυγή αρχή να απορρίπτει αίτηση του προσφέροντος με την οποία επιδιώκεται έμμεσα η επιδίκαση αποζημιώσεως αν η διαδικασία συνάψεως συμβάσεως ήταν ήδη παράτυπη για άλλους λόγους που ο προσφέρων δεν είχε προβάλει.

39. Με τη διάταξή του περί παραπομπής, το Bundesvergabeamt διευκρίνισε, στο πλαίσιο του πρώτου ερωτήματος, στοιχεία α' και β', ότι από τα άρθρα 113, παράγραφος 3, και 115, παράγραφος 1, του BverG προκύπτει ότι σε διαδικασία προσφυγής μεταγενέστερη της αναθέσεως της συμβάσεως, πρέπει να εξακριβώνεται το κύρος της προσβαλλομένης αποφάσεως κατακυρώσεως, δεν μπορεί όμως να δεχθεί την προσφυγή παρά μόνον αν η προσβαλλομένη παράνομη απόφαση είχε ως αποτέλεσμα ότι η σύμβαση δεν ανατέθηκε στον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά κατά την έννοια του νόμου. Επομένως, είναι αδύνατο να γίνει δεκτή η προσφυγή όταν η διαδικασία κατακυρώσεως πάσχει ήδη ουσιώδη πλημμέλεια λόγω άλλης (ίσως προγενέστερης) και όχι της προσβαλλομένης από τον εν λόγω προσφέροντα αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, την οποία ακριβώς ο προσφεύγων δεν αμφισβήτησε με τη διαδικασία προσφυγής. Επομένως, ο προσφέρων ο οποίος αμφισβητεί απόφαση της αναθέτουσας αρχής της οποίας η ακυρότητα αποδεικνύεται δεν μπορεί ωστόσο να κινήσει αγωγή αποζημιώσεως, τούτο δε με το αιτιολογικό ότι η ακυρότητα της διαδικασίας κατακυρώσεως προκύπτει ήδη από άλλη απόφαση της αναθέτουσας αρχής η οποία δεν προσβλήθηκε. Σε μια

τέτοια περίπτωση, πράγματι, ο προσφεύγων δεν «ζημιώθηκε», κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665, λόγω της παραβάσεως την οποία προσβάλλει, διότι η ζημία, για παράδειγμα των εξόδων στα οποία αδίκως υποβλήθηκε για την προσφορά του, προκύπτει από άλλη (προγενέστερη) παράβαση της αναθέτουσας αρχής.

40. Η GAT φρονεί ότι η προπαρατεθείσα νομολογιακή πρακτική του Bundesvergabeamt είναι αντίθετη προς την αρχή της πραγματικής νομικής προστασίας που καθιερώνει το κοινοτικό δίκαιο περί των δημοσίων συμβάσεων. Συναφώς, αναφέρεται στην απόφαση του Verfassungsgerichtshof που καταλήγει, εκκινώντας από τη νομολογία του Δικαστηρίου, ότι το δικαίωμα περί κινήσεως της διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 πρέπει να αποτελεί αντικείμενο ευρείας ερμηνείας, που θα αναγνωρίζει τη νομιμοποίηση αυτή σε οποιονδήποτε επέδειξε ενδιαφέρον, υποβάλλοντας προσφορά, να του ανατεθεί η σύμβαση αυτή. Η GAT προβάλλει ότι, με την απόφαση αυτή, το Verfassungsgerichtshof κατέληξε στο συμπέρασμα ότι, αν ληφθεί υπόψη αυτή η ευρύτατη νομική προστασία των υποψηφίων και των υποβαλλόντων προσφορά, φαίνεται αμφίβολο αν η άποψη του Bundesvergabeamt, κατά την οποία η προσφυγή ενός προσφέροντος δεν μπορεί να γίνει δεκτή διότι η οικεία διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως είναι ήδη παράτυπη για άλλο λόγο, συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο.

41. Προς περαιτέρω διευκρίνιση, η GAT υπογραμμίζει ότι, στη διαδικασία της κύριας δίκης, το Bundesvergabeamt σύγκρινε αυτή την πρακτική με την άποψή του κατά την οποία, αν η διαδικασία είχε διεξαχθεί νομότυπα, η πρόσκληση προς υποβολή προσφορών έπρεπε να ακυρωθεί διότι το κριτήριο αναθέσεως σχετικά με τον κατάλογο συστάσεων δεν είναι νόμιμο ούτε κατά το εθνικό ούτε κατά το κοινοτικό δίκαιο. Υπογραμμίζει ότι το κριτήριο αυτό δεν αποτελεί αντικείμενο της διαδικασίας που αυτή κίνησε. Κατά την άποψη του Bundesvergabeamt, προκύπτει ωστόσο απ' αυτό ότι η προσφεύγουσα απώλεσε το δικαίωμά της προς αποζημίωση. Κατά την GAT, μια τέτοια νομική πρακτική, με την οποία το Bundesvergabeamt διαπιστώνει αυτεπαγγέλτως ότι η διαδικασία είναι παράτυπη, μπορεί να είναι νόμιμη πριν την ανάθεση της συμβάσεως. Στην περίπτωση αυτή, μπορεί να προκηρυχθεί νέος διαγωνισμός αφού παραμερισθεί το παράνομο κριτήριο. Πάντως, μετά την ανάθεση της συμβάσεως, δεν υπάρχει πλέον καμιά δυνατότητα θεραπείας. Επιπλέον, οι υποβαλόντες προσφορά αξιολόγησαν τη νομική τους κατάσταση με βάση μόνον τη συγκεκριμένη διαδικασία. Κατά την GAT, επομένως, σ' αυτήν πρέπει να στηρίζεται η διαδικασία προσφυγής.

42. Η GAT παρατηρεί ότι η νομολογία αυτή του Bundesvergabeamt έχει ως αποτέλεσμα η ευθύνη για την καλή διεξαγωγή της διαδικασίας αναθέσεως να βαρύνει τους υποβάλλοντες προσφορές, ενώ η αναθέτουσα αρχή δεν υφίσταται τις συνέπειες της παράτυπης διαδικασίας. Δεν απόκειται στον υποβάλλοντα προσφορά να καταδείξει το σύνολο των διαπραχθεισών παραβάσεων στο πλαίσιο μιας διαδικασίας αναθέσεως, έστω και αν αυτές είναι απλώς δυνητικές. Πράγματι, η νομιμοποίησή του συνδέεται με τα δικαιώματά του, ειδικότερα όταν αυτός υφίσταται ζημία ή υπάρχει κίνδυνος να υποστεί ζημία κατόπιν παραβάσεως του δικαίου που έχει εφαρμογή.

43. Τόσο η Επιτροπή όσο και η Αυστριακή Κυβέρνηση προτείνουν να δοθεί στο ερώτημα αυτό καταφατική απάντηση. Η Επιτροπή παρατηρεί ότι το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 προβλέπει ότι οι διαδικασίες προσφυγής πρέπει να μπορούν να κινηθούν από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση. Όσον αφορά το περιεχόμενο των διαδικασιών προσφυγής κατά των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών, η Επιτροπή παραπέμπει στις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα A. Tizzano στην υπόθεση HI [11]. Φρονεί ότι οι σκέψεις που περιλαμβάνονται σ' αυτές έχουν εφαρμογή όχι μόνο στις προσφυγές που στρέφονται κατά των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, αλλά επίσης στις αγωγές αποζημιώσεως βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', πολλώ μάλλον που η οδηγία δεν προβλέπει τη δυνατότητα περιορισμού αυτού του είδους των μέσων ένδικης προστασίας.

44. Η Αυστριακή Κυβέρνηση υπογραμμίζει ότι η αρνητική απάντηση θα είχε ως συνέπεια ότι, παρά το ότι είναι βάσιμη, η προσφυγή κατά της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να απορριφθεί επειδή η ζημία που υπέστη ο ενδιαφερόμενος προκλήθηκε από άλλες παρατυπίες της διαδικασίας αναθέσεως πλην εκείνων που αυτός επικαλείται. Ο προσφεύγων σε διαδικασία προσφυγής είναι έτσι υποχρεωμένος να προβάλλει συστηματικά όλες τις παρατυπίες της διαδικασίας αναθέσεως προκειμένου να προβάλλει το δικαίωμά του. Η αντίληψη αυτή μπορεί να είναι αντίθετη προς την οδηγία 89/665, η οποία επιβάλλει όπως κάθε παρατυπία που επικαλείται ο προσφεύγων να αποτελεί αντικείμενο ταχείας και αποτελεσματικής αποφάσεως. Η απόρριψη προσφυγής παρά το ότι αυτή είναι βάσιμη μπορεί να αποτελέσει αρνησιδικία. Εξάλλου, η Αυστριακή Κυβέρνηση παρατηρεί ότι δεν είναι επίσης δυνατό η απάντηση στο ερώτημα αυτό να αναζητηθεί αποκλειστικά στο εθνικό δίκαιο, αφού η οδηγία δεν περιλαμβάνει ρητές διατάξεις ως προς το ζήτημα αυτό.

45. Το Δικαστήριο επανειλημμένως έκρινε ότι η οδηγία 89/665 έχει ως σκοπό να ενισχύσει τους υφιστάμενους μηχανισμούς, τόσο σε εθνικό όσο και σε κοινοτικό επίπεδο, προκειμένου να διασφαλίζει την πραγματική εφαρμογή των κοινοτικών οδηγιών περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας επιβάλλει στα κράτη μέλη να προβλέπουν τις δυνατότητες προς άσκηση ταχείας και αποτελεσματικής προσφυγής. Επομένως, πρόκειται για τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής κατά των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής χωρίς κανένα περιορισμό όσον αφορά τη φύση και το περιεχόμενο των αποφάσεων αυτών [12]. Αυτό το περιεχόμενο της οδηγίας εμποδίζει την ερμηνεία της και την εφαρμογή της κατά τρόπο που περιορίζει άμεσα ή έμμεσα τις δυνατότητες προσφυγής των προσφερόντων. Αυτό ισχύει επίσης, κατ' εμέ, για τις αγωγές αποζημιώσεως. Το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας ορίζει ότι οι διαδικασίες προσφυγής (περιλαμβανομένων και των αγωγών αποζημιώσεως) πρέπει να μπορούν να ασκούνται από κάθε πρόσωπο που έχει ή

11 — Βλ. σημεία 23 και 24 των προτάσεων (απόφαση της 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, Συλλογή 2002, σ. I-5553).

12 — Απόφαση Alcatel Austria κ.λπ. (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7) · βλ. επίσης απόφαση της 18ης Ιουνίου 2002, HI (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 11).

είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζομένη παράβαση. Η οδηγία δεν προβλέπει καμιά δυνατότητα περιορισμού στην άσκηση προσφυγής. Αντιθέτως, η μόνη ευχέρεια που διαθέτουν τα κράτη μέλη συνίστανται στο να προβλέπουν ότι, μετά τη σύναψη που ακολουθεί την ανάθεση της συμβάσεως, οι διαδικασίες προσφυγής περιορίζονται *στις* αγωγές αποζημιώσεως, οι οποίες ωστόσο μπορούν πάντοτε να ασκούνται «από οποιοδήποτε πρόσωπο το οποίο υπέστη ζημία από παράβαση». Ούτε από τη διατύπωση του άρθρου 1, παράγραφος 3, ούτε από τη διατύπωση του άρθρου 2, παράγραφος 6, προκύπτει ότι αυτή η ευχέρεια του ενδιαφερομένου προσφέροντος μπορεί να περιοριστεί.

46. Από την πρακτική που περιγράφει το αιτούν δικαστήριο προκύπτει ότι οι προσφέροντες οι οποίοι ζημιώθηκαν λόγω παρανομίας που διέπραξε η αναθέτουσα αρχή δεν μπορούν ωστόσο να απαιτήσουν αποζημίωση. Ο υποβαλών προσφορά ο οποίος θεωρεί ότι κακώς δεν του ανατέθηκε η σύμβαση, πράγματι, δεν μπορεί να θεωρείται ότι γνώριζε ότι είχε ήδη εφαρμοστεί παράνομο κριτήριο κατά τη φάση επιλογής των υποψηφίων, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι ο ίδιος πληρούσε αυτό το παράνομο κριτήριο και, επομένως, δεν υπέστη ζημία. Ειδικότερα, αν είχε ήδη αποκλειστεί κατ' αυτή τη φάση με βάση ένα παράνομο κριτήριο, θα μπορούσε να ενεργήσει στο στάδιο αυτό.

47. Θα αποτελούσε παράβαση του κοινοτικού δικαίου στον τομέα αυτό αν ο αυτεπάγγελτος έλεγχος του Bundesvergabeamt εμπόδιζε τον προσφέροντα έναντι του οποίου διεπράχθη η παρανομία να κινήσει αγωγή αποζημιώσεως. Τούτο είναι ακόμη περισσότερο αληθές αφού, μετά τη σύναψη της συμβάσεως που ακολουθεί την ανάθεση, η σύμβαση δεν μπορεί να αμφισβητηθεί.

Γ — *Το δεύτερο ερώτημα*

48. Με το ερώτημα αυτό, το αιτούν δικαστήριο επιθυμεί να πληροφορηθεί αν η οδηγία 93/36 εμποδίζει να λαμβάνεται υπόψη ο κατάλογος συστάσεων σχετικά με τα προσφερόμενα από τους υποβάλλοντες προσφορά προϊόντα ως κριτήριο αναθέσεως.

49. Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή χορηγεί μόρια για τον κατάλογο αυτόν, χωρίς να λαμβάνει υπόψη την πείρα των αγοραστών που έχουν σχέση με το προϊόν αυτό. Εξάλλου, ο κατάλογος πρέπει να αφορά αγοραστές εντός των περιοχών των Άλπεων της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, σημείο στο οποίο αναφέρεται επίσης εν μέρει το επόμενο ερώτημα. Το τελευταίο αυτό ερώτημα έχει ως αντικείμενο το ζήτημα αν ένας τέτοιος κατάλογος μπορεί να ληφθεί υπόψη προκειμένου να αποφασιστεί η ανάθεση της αγοράς, μάλλον παρά να χρησιμεύσει ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής.

50. Κατ' ουσίαν, τόσο η Επιτροπή όσο και η Αυστριακή Κυβέρνηση παρατηρούν ότι πρόκειται περισσότερο για κριτήριο ικανότητας παρά για κριτήριο αναθέσεως και είναι αντίθετο προς την οικονομία της οδηγίας 93/36 να λαμβάνεται υπόψη ο κατάλογος συστάσεων που αφορά τα προτεινόμενα από

τον υποβάλλοντα προσφορά προϊόντα όχι στο πλαίσιο της ικανότητάς του, αλλά στο πλαίσιο της αποφάσεως αναθέσεως της συμβάσεως.

51. Μέχρι τώρα, το Δικαστήριο διατήρησε μια αυστηρή διάκριση μεταξύ, αφενός, των κριτηρίων ικανότητας (επιλογή των προσφερόντων) και, αφετέρου, της αναθέσεως της συμβάσεως (επιλογή των προσφορών) [13]. Πρόκειται για δύο χωριστές πράξεις στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, οι οποίες υπόκεινται σε διαφορετικούς κανόνες. Η επιλογή του προσφέροντος γίνεται με βάση την οικονομική ή και χρηματοπιστωτική ικανότητα και την τεχνική του ικανότητα. Τα άρθρα 22, 23 και 24 της οδηγίας 93/36 προσδιορίζουν — όχι περιοριστικά — τις συστάσεις και τα αποδεικτικά μέσα που επιτρέπουν να αποδειχθεί η τεχνική ικανότητα και η καταλληλότητα των προσφερόντων. Όσον αφορά την τεχνική ικανότητα, το άρθρο 23 της οδηγίας προβλέπει ότι αυτή μπορεί να αποδειχθεί βάσει καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων. Όσον αφορά την ανάθεση της συμβάσεως, η επιλογή μπορεί να γίνει είτε με βάση τη χαμηλότερη τιμή, είτε με βάση κριτήρια που επιτρέπουν να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά. Το άρθρο 26, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/36 αναφέρει ορισμένο αριθμό παραδειγμάτων τέτοιων κριτηρίων. Μολονότι η απαρίθμηση αυτή δεν είναι περιοριστική και μολονότι είναι θεμιτό για την αναθέτουσα αρχή να λάβει και άλλα κριτήρια υπόψη, η επιλογή αυτή μπορεί να αφορά μόνον κριτήρια που τείνουν να προσδιορίσουν την πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά [14]. Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι ο κατάλογος συστάσεων χρησιμοποιήθηκε εν προκειμένω ως κριτήριο αναθέσεως. Όπως παρατήρησε τόσο η Επιτροπή όσο και η Αυστριακή Κυβέρνηση, ο κατάλογος αναφορών από τον οποίο εξαρτάται η χορήγηση ορισμένων μορίων, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η πείρα των προγενέστερων αναθετουσών αρχών που μνημονεύνται στον κατάλογο, είναι καθ' όλα έγκυρος ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής, όχι όμως ως κριτήριο αναθέσεως της συμβάσεως. Συμμερίζομαι την άποψη αυτή. Είναι δυνατόν, ο εν λόγω κατάλογος συστάσεων να ασκεί επιρροή ως προς την πείρα και την τεχνογνωσία του προσφέροντος, αλλά ένας τέτοιος κατάλογος δεν είναι πρόσφορος για να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά. Ένας τέτοιος κατάλογος συστάσεων δεν παρέχει ειδικότερα την ελάχιστη ένδειξη όσον αφορά τις παρασχεθείσες υπηρεσίες, τη συντήρηση, το κόστος χρησιμοποιήσεως ή άλλα κριτήρια ικανά να προσδιορίσουν ποια προσφορά θα αποδειχθεί τελικά η πλέον συμφέρουσα, με οικονομικούς όρους, για την αναθέτουσα αρχή.

52. Τα προεκτεθέντα στοιχεία οδηγούν στο συμπέρασμα ότι η δυνατότητα προσκομίσεως ενός καταλόγου όπως εν προκειμένω ως κριτήριο αναθέσεως είναι ασυμβίβαστο προς τη διάταξη του άρθρου 26 της οδηγίας 93/36. Ως εκ περισσού, παρατηρώ ακόμη ότι δεν προκύπτει από τη διάταξη περί παραπομπής ποιο είδος συστάσεων οι ενδιαφερόμενοι προσφέροντες είχαν προσκομίσει για να αποδείξουν τη τεχνική τους ικανότητα. Το γεγονός ότι η απαίτηση αυτή δεν μπορούσε να αποτελέσει κριτήριο ανα-

13 — Απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87, Beentjes (Συλλογή 1988, σ. 4635). Η υπόθεση αυτή αφορούσε την οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 185, σ. 5)· η οδηγία 93/36 έχει ανάλογη συστηματική.

14 — Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, SIAC Construction (Συλλογή 2001, σ. I-7725), και Beentjes (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 13).

θέσεως δεν σημαίνει ωστόσο ότι ο κατάλογος ήταν έγκυρος ως κριτήριο καταλληλότητας του προσφέροντος.

Δ — *Το τρίτο ερώτημα*

53. Το ερώτημα αυτό αποτελεί προέκταση του προηγουμένου. Υπό αυστηρή έννοια, δεν είναι αναγκαίο να δοθεί απάντηση σ' αυτό, εφόσον τέθηκε μόνο για την περίπτωση που θα είχε δοθεί αρνητική απάντηση στο πρώτο ερώτημα, στοιχείο α', και στο δεύτερο ερώτημα. Από την εξέταση του προηγουμένου ερωτήματος προκύπτει ότι ο κατάλογος, ο οποίος δεν παρέχει καθαυτό κανένα καθοριστικό στοιχείο για την αξιολόγηση της πλέον συμφέρουσας οικονομικώς προσφοράς, δεν μπορεί να χρησιμεύσει ως κριτήριο αναθέσεως. Επομένως, θα εξετάσω εν συνεχεία ειδικότερα το ερώτημα αν το ότι λαμβάνονται αποκλειστικά υπόψη οι συστάσεις που προέρχονται από τις περιοχές των Άλπεων της Ευρωπαϊκής Ενώσεως συμβιβάζεται προς το κοινοτικό δίκαιο.

54. Κατά την Επιτροπή, το ότι λαμβάνονται αποκλειστικά υπόψη συστάσεις προερχόμενες από τις περιοχές των Άλπεων της Ευρωπαϊκής Ενώσεως μπορεί να αποτελεί δυσμενή διάκριση ως κριτήριο καταλληλότητας. Αυτή είναι και η γνώμη της Αυστριακής Κυβερνήσεως.

55. Συμμερίζομαι την άποψη αυτή. Από την εξέταση του προηγουμένου ερωτήματος προκύπτει ήδη ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εφαρμόζει μόνον κριτήρια αναθέσεως που τείνουν να προσδιορίσουν την πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά, η δε χρήση ενός καταλόγου συστάσεων δεν είναι κατάλληλη προς τούτο. Αυτό ασφαλώς συμβαίνει και στην περίπτωση κατά την οποία οι συστάσεις αυτές των αγοραστών δεν μπορούν να προέρχονται παρά μόνον από τις περιοχές των Άλπεων της Ευρωπαϊκής Ενώσεως. Ανεξάρτητα από το ζήτημα αν ο κατάλογος πρέπει να χαρακτηριστεί κριτήριο αναθέσεως ή κριτήριο ποιοτικής επιλογής, εισάγει οπωσδήποτε δυσμενή διάκριση. Όπως επίσης παρατήρησε η Αυστριακή Κυβέρνηση, η σύγκριση μπορεί επίσης να γίνει με τις εμπειρίες σε άλλες ορεινές περιοχές, οι οποίες εμφανίζουν ανάλογα κλιματικά και τοπογραφικά χαρακτηριστικά. Επομένως, ένας προσφέρων μπορούσε ενδεχομένως να στερηθεί τα αναγκαία μόρια επειδή μεγάλο μέρος της πελατείας του βρίσκεται στις ελβετικές Άλπεις ή, για παράδειγμα, στα Πυρηναία. Πάντως, θα μπορούσε να αντιταχθεί ότι τούτο συμβαίνει ανεξάρτητα από το γεγονός ότι οι προσφέροντες έχουν την αυστριακή ιθαγένεια, την ιθαγένεια ενός των κρατών της Ευρωπαϊκής Ενώσεως ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή ενός κράτους με το οποίο έχει συναφθεί διεθνής σύμβαση. Πάντως, στην πράξη, η απαίτηση ότι ο κατάλογος αγοραστών πρέπει να αναφέρεται στις περιοχές των Άλπεων της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, επομένως, στις αυστριακές Άλπεις ή στη σχετικά μικρή περιοχή των Άλπεων που βρίσκεται στην Ιταλία και στη Γαλλία, έχει ως πρακτική συνέπεια ότι η γεωγραφική θέση των επιχειρήσεων που είναι εγκατεστημένες στην Αυστρία τους διασφαλίζει μια προνομούχα θέση.

56. Επομένως, καταλήγω στο ότι η υιοθέτηση ενός κριτηρίου που περιλαμβάνει γεωγραφικούς περιορισμούς οδηγεί καθαυτό σε

περιορισμό του κύκλου των προσφερόντων ανάλογα με τις γεωγραφικές παραμέτρους και, επομένως, ένα τέτοιο κριτήριο εισάγει εκ φύσεως δυσμενή διάκριση έναντι των υποψηφίων οι οποίοι δεν συγκεντρώνουν τις εν λόγω γεωγραφικές παραμέτρους.

Ε — *Το τέταρτο ερώτημα*

57. Το ερώτημα αυτό αφορά το κριτήριο αναθέσεως βάσει του οποίου η θετική εκτίμηση δεν είναι δυνατή παρά μόνον αν το αντικείμενο της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως μπορεί να εξεταστεί με επιτόπιο έλεγχο σε ακτίνα 300 χιλιομέτρων από τον τόπο της αναθέσεως. Η Επιτροπή παρατηρεί συναφώς ότι, βάσει του άρθρου 23, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας 93/36, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει δείγματα, περιγραφή και/ή φωτογραφίες, προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας. Κατά συνέπεια, η απαίτηση ως προς τη δυνατότητα επιτοπίου ελέγχου εντός ακτίνας 300 χιλιομέτρων συνιστά κριτήριο ικανότητας. Η Δημοκρατία της Αυστρίας προέβαλε επίσης ότι επρόκειτο για κριτήριο ικανότητας και όχι κριτήριο αναθέσεως. Εξάλλου, ένα τέτοιο κριτήριο εισάγει διακρίσεις, σύμφωνα με την Αυστριακή Κυβέρνηση, διότι ευνοεί τους επιχειρηματίες οι οποίοι βρίσκονται πλησίον της αναθέτουσας αρχής, γενικά τους επιχειρηματίες του ενδιαφερόμενου κράτους μέλους ή εκείνους που είναι εγκατεστημένοι κοντά στα σύνορα.

58. Η GAT παρατήρησε συναφώς ότι το άρθρο 60 του BverG διευκρινίζει πως η τεχνική ικανότητα μπορεί να αποδειχθεί. Κατά γενικό κανόνα, τούτο γίνεται με πιστοποιητικά, φωτογραφίες και δείγματα. Ο άμεσος έλεγχος μπορεί να επιτρέπεται μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις, ειδικότερα όταν τα προς παράδοση αντικείμενα εμφανίζουν σύνθετο χαρακτήρα (άρθρο 60, παράγραφος 2, του BverG). Προκύπτει επίσης από τη διάταξη αυτή ότι η απαίτηση για επιτόπιο έλεγχο δεν μπορεί να διατυπωθεί οπότε το σχετικό αντικείμενο πρέπει να βρίσκεται πλησίον της αναθέτουσας αρχής. Μια τέτοια απαίτηση είναι αντίθετη προς τον σκοπό του ευρωπαϊκού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, καθόσον περιορίζει τη δυνατότητα για τους κατασκευαστές και προμηθευτές άλλων κρατών μελών να συμμετέχουν στη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο το άρθρο 60, παράγραφος 2, του BverG ορίζει ότι ο επιτόπιος έλεγχος μπορεί να διασφαλιστεί είτε από την ίδια την αναθέτουσα αρχή είτε, για λογαριασμό της, από την αρμόδια αρχή της χώρας καταγωγής του προσφέροντος. Βάσει του BverG, στο μέτρο που η περιπλοκότητα του προς παράδοση αντικειμένου δικαιολογεί τον άμεσο έλεγχο, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει επομένως να δεχθεί ως αναφορά, προκειμένου να εκτιμήσει την τεχνική ικανότητα, το σύνολο των προϊόντων που βρίσκονται στην Ευρώπη. Η GAT διευκρινίζει εξάλλου ότι ο προσδιορισμός της πλέον συμφέρουσας οικονομικώς προσφοράς δεν αποτελεί αντικείμενο ανάλογης κανονιστικής ρυθμίσεως. Πάντως, κατά τη δεσπόζουσα αντίληψη στην Αυστρία, η πρόσκληση υποβολής προσφορών μπορεί να προβλέπει, προκειμένου να εκτιμηθεί η πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά, τη δυνατότητα επιτοπίου ελέγχου ή ανάλογη απόδειξη αν οι ιδιαιτερότητες του αντικειμένου της συμβάσεως το απαιτούν. Η GAT προβάλλει ότι δεν υπάρχει κανένας λόγος να γίνει διάκριση αναλόγως του αν η δυνατότητα επιτοπίου ελέγχου απαιτείται ως κριτήριο καταλληλότητας ή ως κριτήριο αναθέσεως της συμβάσεως. Η αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να απαιτεί επιτόπιο έλεγχο πλησίον της έδρας της συνιστά συγκεκαλυμένη δυσμενή διάκριση διότι, γενικώς, μόνον οι αυστριακές

επιχειρήσεις μπορούν να ανταποκριθούν. Διαφορετική θα ήταν η περίπτωση μόνον αν επρόκειτο για προϊόντα που παρασκευάζονται μαζικά ή προϊόντα μικρότερου μεγέθους, όπου η αποστολή δείγματος αρκεί κατά γενικό κανόνα. Πάντως, στην προκειμένη περίπτωση πρέπει να προσκομιστεί ένα συγκεκριμένο «αντίτυπο» του οποίου η μεταφορά έχει γενικώς υψηλό κόστος. Σε μια τέτοια περίπτωση, το συμφέρον του κατασκευαστή υπερισχύει και η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να απαιτεί όπως η επιτόπια εξέταση γίνεται αποκλειστικά πλησίον της έδρας της.

59. Όπως ανέφερα ήδη στο πλαίσιο της απαντήσεως στα προηγούμενα ερωτήματα, το κριτήριο αναθέσεως κατά το οποίο «η πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά» συμβιβάζεται μόνο με κριτήρια ικανά να την προσδιορίσουν. Δεν βλέπω σε τι το κριτήριο της «δυνατότητας εξετάσεως του αντικειμένου της αγοράς εντός ακτίνας 300 χιλιομέτρων» μπορεί να συμβάλει σε τούτο. Επομένως, πρόκειται περισσότερο για κριτήριο καταλληλότητας παρά για κριτήριο αναθέσεως. Ακόμη και στην περίπτωση αυτή, το κριτήριο αυτό είναι ωστόσο απαράδεκτο, διότι μια ακτίνα 300 χιλιομέτρων συνιστά πραγματικό περιορισμό. Πράγματι, λειτουργεί υπέρ των προσφερόντων των οποίων οι πελάτες και/ή εμπορική εγκατάσταση βρίσκονται πλησίον της αναθέτουσας αρχής και, επομένως, έχουν γενικά την ίδια ιθαγένεια με την αναθέτουσα αρχή. Επομένως, εισάγει δυσμενή διάκριση ανάλογα με τη χώρα καταγωγής των εμπορευμάτων και/ή των σχετικών υπηρεσιών και ανάλογα με την ιθαγένεια του προμηθευτή. Ανεξαρτήτως τούτου, δεν βλέπω ούτε την ανάγκη περιορισμού των δυνατοτήτων επιτόπιου ελέγχου του αντικειμένου σε ακτίνα 300 χιλιομέτρων από τον τόπο της αναθέσεως της συμβάσεως. Όπως επίσης ανέφερε η GAT, υπάρχουν εναλλακτικές λύσεις αν ο επιτόπιος έλεγχος του αντικειμένου είναι επιθυμητός.

ΣΓ — *Το πέμπτο ερώτημα*

60. Κατέληξα στο συμπέρασμα, στο σημείο 29 ανωτέρω, ότι το ερώτημα αυτό είναι απαράδεκτο διότι, μετά την ανάθεση της συμβάσεως, το Bundesvergabeamt έχει αρμοδιότητα μόνο στο να διαπιστώνει αν η διαδικασία συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως εξελίχθηκε κανονικά και αν η σύμβαση ανατέθηκε στην καλύτερη προσφορά, όχι όμως να επιδικάζει αποζημίωση. Στην περίπτωση κατά την οποία το Δικαστήριο δεν συμμερίζεται την άποψή μου επί του σημείου αυτού, θα εξετάσω ωστόσο το ερώτημα αυτό.

61. Εκκινώ από το προκαταρκτικό ζήτημα ότι υπάρχει παρανομία και ότι αυτή έγκειται στον ορισμό ενός παράνομου κριτηρίου αναθέσεως της συμβάσεως. Επομένως, το ζήτημα είναι αν ο προσφέρων δικαιούται αποζημιώσεως αν μπορεί συγκεκριμένα να αποδείξει ότι, χωρίς το παράνομο κριτήριο αναθέσεως, θα είχε θεωρηθεί ως ο καλύτερος προσφέρων.

62. Το αιτούν δικαστήριο διευκρινίζει στο πλαίσιο του ερωτήματος αυτού ότι το κοινοτικό δίκαιο δεν ορίζει σαφώς σε ποια περίπτωση πρέπει να θεωρηθεί ότι ο προσφέρων ζημιώθηκε συγκεκριμένα από παράβαση που διέπραξε η αναθέτουσα αρχή. Υπογραμμίζει ότι είναι συχνά δυσχερές να αποδειχθεί στην πράξη ποια θα ήταν η προσφορά του προσφέροντος αν δεν υπήρχε το παράνομο κριτήριο. Εξάλλου, η πρακτική αποτελεσματικότητα της διαπιστώσεως των παραβάσεων στο πλαίσιο των διαδικασιών συνάψεως των συμβάσεων αυξάνει στην πράξη αν εκκινεί κανείς από την αρχή ότι οι προσφέροντες ζημιώνονται από κάθε παρά-

νομο κριτήριο αναθέσεως το οποίο μπορεί να έχει επίπτωση στο περιεχόμενο των προσφορών τους.

63. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665 αφορά την επιδίκαση αποζημιώσεως στα πρόσωπα τα οποία ζημιώνονται από την παράβαση. Ανάλογη διάταξη περιλαμβάνεται στο άρθρο 2, στοιχείο δ', της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ [15]. Η Επιτροπή ορθώς υπογραμμίζει ότι, αντίθετα προς την τελευταία αυτή οδηγία η οποία προβλέπει ότι, όταν ένα πρόσωπο ασκεί αγωγή αποζημιώσεως για τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκε για την ετοιμασία της προσφοράς ή τη συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, υποχρεούται αποκλειστικά να αποδείξει την παράβαση του δικαίου περί των συμβάσεων και ότι όντως είχε τη δυνατότητα να αναλάβει τη σύμβαση [16], η οδηγία 89/665 δεν περιλαμβάνει παρόμοια διάταξη. Επ' ευκαιρία, παρατηρώ ότι η οδηγία αυτή δεν περιλαμβάνει ούτε διατάξεις για τις περιπτώσεις στις οποίες ζητείται αποζημίωση για άλλα έξοδα.

64. Ελλείψει σχετικής διατάξεως στην οδηγία, από πάγια νομολογία του Δικαστηρίου [17] προκύπτει ότι το ζήτημα αυτό διέπεται από το εθνικό δίκαιο, λαμβανομένων υπόψη των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται η αρχή της ισοτιμίας και η αρχή της αποτελεσματικότητας. Επομένως, η αγωγή αποζημιώσεως ασκείται σύμφωνα με τις ουσιαστικές και τυπικές προϋποθέσεις που προβλέπει η σχετική αυστριακή νομοθεσία. Πάντως, οι προϋποθέσεις αυτές δεν μπορούν να είναι λιγότερο ευνοϊκές απ' ό,τι για παρόμοιες προσφυγές βάσει του εσωτερικού δικαίου (αρχή στην οποία στηρίζεται επίσης η ίδια η οδηγία) ούτε να καθιστά στην πράξη αδύνατη ή εξαιρετικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχει η κοινοτική έννομη τάξη.

65. Συναφώς, παρατηρώ ακόμη ότι το να εξαρτάται το δικαίωμα αποζημιώσεως του προσφέροντος από την προϋπόθεση ότι αυτός μπορεί όντως να αποδείξει ότι, χωρίς το παράνομο κριτήριο αναθέσεως, θα του είχε ανατεθεί η σύμβαση μπορεί να καταστήσει την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών αδύνατη στην πράξη ή να την περιορίσει σοβαρά.

66. Στην περίπτωση αυτή, που θα ισοδυναμούσε με παραμερισμό κάθε επανορθώσεως για τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκε αδίκως ο προσφέρων προκειμένου να μετάσχει σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως η οποία διεξήχθη παράτυπα, οι ενδεχόμενοι υποψήφιοι σε διαδικασία συνάψεως συμβάσεως μπορούσαν να αποτραπούν να συμμετάσχουν σ' αυτήν. Φρονώ ότι τούτο είναι αντίθετο προς τον σκοπό των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και προς το περιεχόμενο της οδηγίας 89/665, η οποία αποβλέπει ακριβώς στο να ενισχύσει τις δυνατότητες προσφυγών κατά των παραβάσεων των εν

15 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 76, σ. 14).

16 — Βλ., συναφώς, άρθρο 2, παράγραφος 7, της οδηγίας 92/13.

17 — Βλ., την πλέον πρόσφατη, απόφαση της 11ης Ιουλίου 2002, C-62/00, Marks & Spencer (Συλλογή 2002, σ. I-6325) και την παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία.

λόγω οδηγιών. Καταλήγω στο ότι το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας δεν μπορεί να ερμηνευθεί κατά τρόπο τόσο στενό ώστε ο προσφέρων να έχει δικαίωμα αποζημιώσεως μόνον αν είναι σε θέση να αποδείξει ότι, χωρίς το παράνομο κριτήριο αναθέσεως, θα μπορούσε να είχε αναλάβει τη σύμβαση. Είναι αληθές ότι το εύρος του δικαιώματος αποκαταστάσεως της ζημίας εμπίπτει κατ' αρχήν στο εθνικό δίκαιο, η εφαρμογή του όμως δεν μπορεί στην πράξη να καταστήσει αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχει η κοινοτική έννομη τάξη.

VII — Πρόταση

67. Ενόψει των προεκτεθέντων στοιχείων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει ως εξής στα προδικαστικά ερωτήματα του Bundesvergabeamt:

«1) α) Η οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών [εκδικάσεως] προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, δεν εμποδίζει την αρμόδια για τις διαδικασίες προσφυγής αρχή κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας, περιλαμβανομένης και της αρχής στην οποία ανατέθηκε η αρμοδιότητα του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας, να εγείρει αυτεπαγγέλτως, και ανεξάρτητα από τα αιτήματα των διαδίκων, τα ασκούντα επιρροή πραγματικά περιστατικά.

β) Το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665 εμποδίζει την αρμόδια για τις διαδικασίες προσφυγής αρχή κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας, περιλαμβανομένης και της αρχής στην οποία ανατέθηκε η αρμοδιότητα του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας, να απορρίπτει αίτημα του προσφέροντος με το οποίο ζητεί έμμεσα την επιδίκαση αποζημιώσεως με το αιτιολογικό ότι η διαδικασία αναθέσεως ήταν ήδη παράτυπη, διότι έφερε το στίγμα άλλων πλημμελειών πλην εκείνων που προέβαλε η προσφεύγουσα.

2) Οι διατάξεις της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή, κατά την εφαρμογή διαδικασιών αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, να λαμβάνει υπόψη συστάσεις σχετικά με τα προϊόντα που προσφέρουν οι υποβάλλοντες προσφορές ως κριτήριο αναθέσεως.

3) Κριτήριο βασιζόμενο στις συστάσεις, βάσει του οποίου μόνον ο αριθμός των συστάσεων λαμβάνεται υπόψη, χωρίς ουσιαστική εξέταση του ζητήματος ποια ήταν η πείρα των αγοραστών σε σχέση με το προϊόν, δεν συνιστά κριτήριο αναθέσεως κατά την έννοια του άρθρου 26 της οδηγίας 93/36. Το να λαμβάνονται αποκλειστικά υπόψη συστάσεις προερχόμενες από τις περιοχές των Άλπεων της Ευρωπαϊκής Ενώσεως συνιστά εξάλλου δυσμενή διάκριση ανάλογα με την καταγωγή των σχετικών προϊόντων και υπηρεσιών, απαγορευόμενη από τη Συνθήκη ΕΚ.

4) Κριτήριο βάσει του οποίου οι υποψήφιοι λαμβάνονται υπόψη μόνον αν το αντικείμενο του διαγωνισμού μπορεί να εξεταστεί με επιτόπιο έλεγχο εντός ακτίνας 300 χιλιομέτρων από τον τόπο του διαγωνισμού δεν συνιστά κριτήριο αναθέσεως. Το κριτήριο αυτό είναι εξάλλου παράνομο, καθόσον εισάγει δυσμενή διάκριση.

5) Από το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665 δεν προκύπτει ότι ο προφέρων δικαιούται αποζημιώσεως μόνον αν μπορεί συγκεκριμένα να αποδείξει ότι, χωρίς το παράνομο κριτήριο αναθέσεως, η προσφορά του θα ήταν η καλύτερη.»