ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ SIEGBERT ALBER

της 10ης Απριλίου 2003 [1]

I — Εισαγωγή

1. Η αίτηση του Bundesvergabeamt της Αυστρίας για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως αφορά τον τρόπο αντιμετωπίσεως των εναλλακτικών προσφορών στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως δημοσίου έργου. Διαγωνιζόμενος του οποίου αποκλείστηκε η προσφορά για την ανάληψη κατασκευής οδικού έργου είχε προτείνει, αντί του οδοστρώματος από οπλισμένο σκυρόδεμα, που αποτελούσε το αντικείμενο της προκηρύξεως, ασφαλτικό οδόστρωμα (λιγότερο ακριβό, αλλά, κατά την άποψή του, ισοδύναμο). Η διαφορά αφορά, αφενός, τις προϋποθέσεις καταθέσεως και αξιολογήσεως των εναλλακτικών προσφορών (ερωτήματα 1 έως 3) και, αφετέρου, τις πιθανές επιπτώσεις επί της διαδικασίας συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως εκ της μη συννόμου εξετάσεως των εναλλακτικών προσφορών.

II — Νομικό πλαίσιο

A — *Κοινοτικό δίκαιο: Οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων* [2] *(στο εξής: οδηγία 93/37)*

2. Άρθρο 19

«Όταν η ανάθεση του έργου γίνεται με βάση το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να λαμβάνουν υπόψη τις εναλλακτικές προσφορές που υποβάλλουν οι προσφέροντες, εφόσον οι προσφορές αυτές ανταποκρίνονται στις ελάχιστες απαιτήσεις που έχουν καθορίσει οι εν λόγω αναθέτουσες αρχές.

Στη συγγραφή υποχρεώσεων, οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις ελάχιστες προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούν οι εναλλακτικές προσφορές, καθώς και τον τρόπο υποβολής αυτών των προσφορών. Εάν δεν

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

2 — ΕΕ L 199, σ. 54.

επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικών προσφορών, αυτό πρέπει να αναφέρεται στην προκήρυξη του διαγωνισμού.

[...]»

για την ανάθεση του έργου τα οποία προτίθενται να χρησιμοποιήσουν και, εν δυνατόν, κατά φθίνουσα τάξη σπουδαιότητας.

[...]»

3. Άρθρο 30

«1. Τα κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τα δημόσια έργα είναι τα ακόλουθα:

α) είτε αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή·

β) είτε, αν η ανάθεση γίνεται στον υποβάλλοντα την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, προσφορά, διάφορα κριτήρια, ανάλογα με το αντικείμενο της οικείας συμβάσεως: π.χ. η τιμή, η προθεσμία εκτελέσεως, τα έξοδα λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η τεχνική αξία.

2. Στην περίπτωση που αναφέρεται στην παράγραφο 1 στοιχείο β), οι αναθέτουσες αρχές μνημονεύουν, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη, όλα τα κριτήρια

Β — *Εθνική νομοθεσία: ο Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen του 1997 (ομοσπονδιακός νόμος του 1997 περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων) (στο εξής: BVergG)* [3]

4. Άρθρο 42

«(1) Σε περίπτωση μη εφαρμογής της διαδικασίας διαπραγματεύσεων, ο συμμετέχων στον διαγωνισμό οφείλει να συμμορφωθεί προς τους όρους της προκηρύξεως, προκειμένου να διατυπώσει την προσφορά του. Δεν χωρεί τροποποίηση ή συμπλήρωση της συγγραφής υποχρεώσεων.

[...]

3 — BGBl. I αριθ. 56/1997.

(4) Δεν επιτρέπεται η κατάθεση εναλλακτικής προσφοράς παρά μόνο εφόσον αυτή εγγυάται ποιοτικώς ισοδύναμη παροχή. Το βάρος αποδείξεως της ισοδυναμίας της παροχής φέρει ο υποβάλλων την προσφορά. Η εναλλακτική προσφορά [4] μπορεί να αφορά το σύνολο της παροχής, ορισμένα τμήματα αυτής ή τους νομικούς όρους που διέπουν την εκπλήρωση της παροχής. Οι εναλλακτικές προσφορές πρέπει να φέρουν αυτόν τον χαρακτηρισμό και να υποβάλονται χωριστά.

[...]»

5. Άρθρο 117

«(1) Το Bundesvergabeamt, με απόφαση που λαμβάνει κατόπιν γνωμοδοτήσεως της επιτροπής διακανονισμού εκδοθείσα επί της συγκεκριμένης υποθέσεως, κηρύσσει άκυρη οποιαδήποτε απόφαση της αναθέτουσας αρχής εκδοθείσα στο πλαίσιο μιας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, όταν η απόφαση αυτή:

1. Αντιβαίνει προς τις διατάξεις του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου ή των κανονιστικών αποφάσεων που εκδόθηκαν προς εκτέλεσή του, και,

2. έχει ουσιώδη επίπτωση επί της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως.

[...]

(3) Μετά την ανάθεση της συμβάσεως, το Bundesvergabeamt διαπιστώνει απλώς, υπό τις προϋποθέσεις της παραγράφου 1, αν έχει ή όχι συντελεστεί η προβληθείσα παράβαση του νόμου.»

III — Τα πραγματικά περιστατικά

6. Η κυβέρνηση του ομόσπονδου κράτους της Κάτω Αυστρίας δημοσίευσε, εξ ονόματος και για λογαριασμό της Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (στο εξής: ASFINAG) στις 27 Νοεμβρίου 1997, σε επίπεδο Κοινότητας, προκήρυξη που αφορούσε εργασίες αποκαταστάσεως τμήματος της οδού «Neumarkt, λωρίδα κυκλοφορίας με κατεύθυνση τη Βιέννη, από το 100,2 έως το 108,6 km», υπό μορφή ανοικτής διαδικασίας. Αντικείμενο του έργου ήταν η κατασκευή γεφυρών και η εκτέλεση εργασιών οδοποιίας.

7. Υπό τον τίτλο «επίσημο σχέδιο», στην προκήρυξη οριζόταν ότι το οδόστρωμα, πλην των γεφυρών του αυτοκινητοδρόμου, έπρεπε

4 — Δεν έχει νόημα για την ελληνική μετάφραση.

να αποτελείται από δύο στρώματα οπλισμένου σκυροδέματος ανωτέρας ποιότητας, χωρίς, όμως, να χαρακτηρίζεται η απαίτηση αυτή ως ελάχιστη απαίτηση. Η προκήρυξη δεν περιείχε, εξάλλου, ρητές διατάξεις ως προς τις ελάχιστες τεχνικές απαιτήσεις που έπρεπε να πληρούν, ενδεχομένως, οι εναλλακτικές προσφορές. Κατά την προκήρυξη, επιτρεπόταν η κατάθεση εναλλακτικών προσφορών. Αυτές έπρεπε, πάντως, να συνοδεύονται από πλήρη περιγραφή της παροχής, σύμφωνη προς την προκήρυξη (κύρια προσφορά). Η προκήρυξη δεν περιείχε ειδικά κριτήρια αναθέσεως βάσει των οποίων θα μπορούσε να γίνει η οικονομική και τεχνική αξιολόγηση των προσφορών (ούτε για τις σύμφωνες προς την προκήρυξη προσφορές ούτε για τις εναλλακτικές προσφορές). Η προκήρυξη δεν απαιτούσε, επίσης, να διασφαλίζουν οι εναλλακτικές προσφορές παροχή ισοδύναμη προς το επίσημο σχέδιο (ούτε παρέπεμπε στη διάταξη του άρθρου 42 του BVergG που επιβάλλει μια τέτοια ισοδυναμία) ούτε διευκρίνιζε το περιεχόμενο του όρου «ισοδύναμη παροχή».

8. Η ενάγουσα της κύριας δίκης, η Traunfellner, κατέθεσε μια εναλλακτική προσφορά και μια σύμφωνη προς την προκήρυξη προσφορά. Η εναλλακτική της προσφορά ήταν η πλεονεκτικότερη όλων των προσφορών, η σύμφωνη με την προκήρυξη προσφορά της ήρθε δεύτερη μεταξύ των σύμφωνων προς την προκήρυξη προσφορών μετά την προσφορά του ομίλου Ilbau - LSH Fischer - Heilit & Woerner, στον οποίο και ανατέθηκε η εκτέλεση του έργου.

9. Με την εναλλακτική προσφορά της η Traunfellner πρότεινε την αντικατάσταση του οδοστρώματος από οπλισμένο σκυρόδεμα με οδόστρωμα αποτελούμενο από υλικό που είχε ως βάση την πίσα. Ως τεχνική επεξήγηση, κατέθεσε έκθεση πραγματογνωμόνων κατά την οποία, με βάση τα δεδομένα του κατασκευαστικού τομέα, το οδόστρωμα από άσφαλτο παρείχε επαρκή αντίσταση στις παραμορφώσεις για περίοδο είκοσι ετών.

10. Στην έκθεση τεχνικού ελέγχου που παρήγγειλε η κυβέρνηση του ομόσπονδου κράτους τονίστηκε ότι παρά τα συμπεράσματα της υποβληθείσας το 1989 μελέτης περί της δυνατότητας αντικαταστάσεως των οδοστρωμάτων από άσφαλτο, εκ της εμπειρίας από προηγούμενα έργα προκύπτει ότι, παρά την επιμελή και σύμφωνη προς τη σύμβαση εκτέλεση ασφαλτικών οδοστρωμάτων, μετά σύντομο χρονικό διάστημα εμφανίζονται αυλακώσεις αρκετού βάθους και απαιτείται η εκτέλεση προσθέτων εργασιών αποκαταστάσεως. Στην έκθεση τονίστηκε, επίσης, ότι προς διασφάλιση μιας παροχής σύμφωνης προς τις επίσημες απαιτήσεις, σε περίπτωση αποδοχής της εναλλακτικής προσφοράς της Traunfellner, θα απαιτηθούν συμπληρωματικές παροχές αξίας 2,5 εκατομμυρίων αυστριακών σελινίων (ATS) περίπου, ώστε, από απόψεως τιμής, το πλεονέκτημα να περιορίζεται σε 6,9 εκατομμύρια ATS. Βάσει της ιδίας εκθέσεως, σε περίπτωση κατασκευής οδοστρώματος από οπλισμένο σκυρόδεμα, τα νέα τεχνολογικά δεδομένα διασφαλίζουν την αντοχή του οδοστρώματος αυτού σε παραμορφώσεις για περίοδο τουλάχιστον 30 ετών. Συνεπώς, σε περίπτωση κατασκευής οδοστρώματος από οπλισμένο σκυρόδεμα, όπως προβλέπεται στο επίσημο σχέδιο, η αύξηση ζωής του έργου κατά 50 % συνεπάγεται πρόσθετο κόστος 8,5 %. Εξάλλου, η εναλλακτική πρόταση δεν λαμβάνει υπόψη την επιδίωξη χρησιμοποιήσεως του υφισταμένου παλαιού οπλισμένου σκυροδέματος για την παραγωγή υψηλής ποιότητας υλικού δυνάμενου να χρησιμοποιηθεί στο νέο οδόστρωμα από

οπλισμένο σκυρόδεμα (δυνατότητα ανακύκλωσης), καθόσον το παλαιό οπλισμένο σκυρόδεμα θα χρησιμοποιηθεί, βάσει της εναλλακτικής προσφοράς, μόνο για συμπληρωματικές χωματουργικές εργασίες. Το μεγαλύτερο μέρος του παλαιού οδοστρώματος από οπλισμένο σκυρόδεμα προορίζεται για χρήση που δεν προσδιορίζεται, εκτός του εργοταξίου. Συνεπώς, κρίνεται προτιμότερη η γενική ανακατασκευή της οδού από οπλισμένο σκυρόδεμα, σύμφωνα με την επίσημη προκήρυξη, τουλάχιστον λόγω μακρότερου χρόνου ζωής και της αντιστάσεως αυτού του είδους του οδοστρώματος στις παραμορφώσεις. Η ανάγκη μεταγενέστερων εργασιών συντηρήσεως θα είναι, στην περίπτωση αυτή μικρότερη, και, επομένως, θα είναι μικρότερη η παρακώλυση της κυκλοφορίας και λιγότερες οι αρνητικές επιπτώσεις επί της ευχερούς και ασφαλούς κυκλοφορίας. Συνεπώς, η εναλλακτική προσφορά δεν πρέπει να θεωρηθεί ως ισοδύναμη προς τις απαιτήσεις του επίσημου σχεδίου και πρέπει να αποκλειστεί. Στηριζόμενη στην έκθεση αυτή ελέγχου, η επιτροπή συνάψεως δημοσίων συμβάσεων αποφάσισε, στις 17 Μαρτίου 1998, να προτείνει την ανάθεση του έργου στον όμιλο Ilbau - LSH Fischer - Heillit & Woerner.

11. Η Traunfellner ζήτησε από το αιτούν δικαστήριο, το Bundesvergabeamt, να κηρύξει άκυρο τον αποκλεισμό της εναλλακτικής προσφοράς της. Το αίτημα αυτό απορρίφθηκε στις 21 Απριλίου 1998 με το σκεπτικό ότι δεν είχε βασίμως αποδειχθεί η τεχνική ισοδυναμία της εναλλακτικής προσφοράς. Κατά το Bundesvergabeamt η προσφορά αυτή αποκλίνει από τις προδιαγραφές της προκηρύξεως σε τέτοιο βαθμό ώστε να μη συνιστά παραδεκτώς κατατεθείσα εναλλακτική προσφορά. Επικουρικώς, το αιτούν δικαστήριο υπογράμμισε ότι η εναλλακτική προσφορά δεν ήταν τεχνικώς ισοδύναμη, διότι η αναθέτουσα αρχή είχε το δικαίωμα να προβεί σε επιλογή μεταξύ διαφόρων τεχνικών λύσεων.

12. Κατόπιν αυτής της αποφάσεως, επελέγη η πλεονεκτικότερη προσφορά από τις σύμφωνες προς την προκήρυξη. Έκτοτε, οι εργασίες έχουν εκτελεστεί.

13. Αποφαινόμενο επί προσφυγής της Traunfellner το Verfassungsgerichtshof ακύρωσε την απόφαση του Bundesvergabeamt της 21ης Απριλίου 1998, λόγω ανεπαρκούς αιτιολογίας. Κατά την αυστριακή νομοθεσία, μετά την ακύρωση μιας διοικητικής πράξεως από το Verfassungsgerichtshof (εν προκειμένω, μετά την ακύρωση της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου της 21ης Απριλίου 1998), τα πράγματα επανέρχονται στην προ της εκδόσεως της ακυρωθείσας αποφάσεως κατάσταση. Συνεπώς, το Bundesvergabeamt καλείται να αποφανθεί εκ νέου επί του αιτήματος της Traunfellner, της 17ης Απριλίου 1998, με το οποίο εζητείτο να ακυρωθεί ο αποκλεισμός της εναλλακτικής προσφοράς της. Εντούτοις, λόγω της εν τω μεταξύ αναθέσεως του έργου και σύμφωνα με το άρθρο 117, παράγραφος 3, του BVergG, το αιτούν δικαστήριο έχει απλώς να αποφανθεί επί του ζητήματος αν ο αποκλεισμός αυτός ήταν νόμιμος.

IV — Τα προδικαστικά ερωτήματα

14. Το Bundesvergabeamt ζητεί να διευκρινιστεί πότε συντρέχει «εναλλακτική προ-

σφορά», κατά την έννοια του άρθρου 19 της οδηγίας 93/37, αν το κριτήριο της «ισοδυναμίας» βάσει του οποίου αξιολογούνται οι εναλλακτικές προσφορές, πρέπει να μνημονεύεται στη συγγραφή υποχρεώσεων και πως πρέπει να ενεργεί η αναθέτουσα αρχή αν, εκ των υστέρων, αποδειχθεί ότι η προκήρυξη που είχε εκδώσει ήταν πλημμελής. Προς τούτο, υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Συνιστά η εναλλακτική προσφορά διαγωνιζομένου, με την οποία προτείνεται η ασφαλτόστρωση αντί της προβλεπόμενης στην προκήρυξη του έργου οδοστρώσεως με οπλισμένο σκυρόδεμα "εναλλακτική προσφορά" υπό την έννοια του άρθρου 19, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ;

2) Μπορεί το κριτήριο που θέτουν οι διατάξεις εθνικής νομοθεσίας περί δυνατότητας επιλογής μιας "εναλλακτικής προσφοράς" υπό την έννοια του άρθρου 19, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, κατά το οποίο με την εναλλακτική προσφορά πρέπει να «εξασφαλίζεται μια ποιοτικώς ισοδύναμη παροχή», να θεωρηθεί ως "ελάχιστη απαίτηση" που έχει θέσει και ορίσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 19, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, όταν η προκήρυξη του έργου παραπέμπει μόνο στις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας και δεν διευκρινίζει περαιτέρω βάσει ποιων συγκεκριμένων παραμέτρων συγκρίσεως εξετάζεται το "ισοδύναμο";

3) Απαγορεύει το άρθρο 30, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, σε συνδυασμό με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως, στην αναθέτουσα αρχή να εξαρτήσει την αποδοχή μιας εναλλακτικής προσφοράς, που διαφέρει από τη σύμφωνη με τους όρους της προκηρύξεως προσφορά ως προς την ποιότητα από τεχνικής απόψεως, από την προϋπόθεση της θετικής αξιολογήσεως βάσει κριτηρίου τιθεμένου με διατάξεις του εθνικού δικαίου, ήτοι «την εξασφάλιση μιας ποιοτικώς ισοδύναμης παροχής», όταν η προκήρυξη παραπέμπει, συναφώς, μόνο στις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας και δεν διευκρινίζει περαιτέρω βάσει ποιων συγκεκριμένων παραμέτρων συγκρίσεως εξετάζεται το "ισοδύναμο";

4) α) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο τρίτο ερώτημα: Μπορεί η αναθέτουσα αρχή να ολοκληρώσει τη διαδικασία αναθέσεως του έργου όπως περιγράφεται στο τρίτο ερώτημα;

4) β) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο τρίτο ερώτημα και στο τέταρτο ερώτημα, στοιχείο α': Υποχρεούται η αναθέτουσα αρχή που έχει κινήσει διαδικασία αναθέσεως του έργου υπό την έννοια του τρίτου ερωτήματος να απορρίπτει, εν πάση περιπτώσει, εναλλακτικές προσφορές χωρίς να εξετάζει το περιεχόμενό τους, όταν δεν έχει θέσει κριτήρια για την αξιολόγηση των αποκλίσεων από τεχνικής απόψεως που αυτές εμφανίζουν;

5) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο τρίτο ερώτημα και στο τέταρτο ερώτημα στοιχείο α' και αποφατικής απαντήσεως στο τέταρτο ερώτημα, στοιχείο β': Υποχρεούται η δημόσια αρχή που έχει κινήσει διαδικασία αναθέσεως του έργου υπό την έννοια του τρίτου ερωτήματος να επιλέξει εναλλακτική προσφορά της οποίας τις αποκλίσεις από τεχνικής απόψεως σε σχέση με την προκήρυξη δεν μπορεί να αξιολογήσει βάσει κριτηρίων που δεν περιλαμβάνονται στην προκήρυξη, όταν η εναλλακτική προσφορά είναι η ευνοϊκότερη και δεν έχουν τεθεί άλλα κριτήρια;»

15. Στο σκεπτικό του, το Bundesvergabeamt τονίζει ότι με το πρώτο ερώτημα ζητείται να διευκρινιστεί αν η προσφορά ενός ασφαλτικού οδοστρώματος αντί ενός οδοστρώματος από οπλισμένο σκυρόδεμα όπως προέβλεπε η προκήρυξη συνιστά εναλλακτική προσφορά, κατά την έννοια του άρθρου 19, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37 και αν, κατά συνέπεια, πρέπει επί της προσφοράς αυτής να εφαρμοστούν οι διατάξεις της οδηγίας περί εναλλακτικών προσφορών.

16. Αναφορικά με το δεύτερο ερώτημα, υπογραμμίζει ότι, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 42, παράγραφος 4, του BVergG, η δυνατότητα επιλογής μιας εναλλακτικής προσφοράς εξαρτάται από το αν διασφαλίζεται ποιοτικώς ισοδύναμη παροχή. Στη σχετική με τις δημόσιες συμβάσεις πρακτική έχει ιδιαίτερη σημασία η εξέταση της «ισοδυναμίας». Στην παρούσα υπόθεση, επίσης, η αναθέτουσα αρχή εξέτασε και στη συνέχεια απέκλεισε την ισοδυναμία της εναλλακτικής προσφοράς. Σύμφωνα με πάγια πρακτική των αυστριακών αναθετουσών αρχών, τα κριτήρια επί των οποίων στηρίζονται κατά την εξέταση αυτή οι αναθέτουσες αρχές δεν διευκρινίστηκαν στη συγγραφή υποχρεώσεων και στην προκήρυξη.

17. Κατά το Bundesvergabeamt η πρακτική αυτή είναι ασυμβίβαστη με το άρθρο 30 της οδηγίας 93/37 και με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως. Θα μπορούσε να αποφευχθεί η ύπαρξη ασυμβιβάστου μόνο αν η σχετική με την ισοδυναμία της παροχής προϋπόθεση, όσον αφορά τις εναλλακτικές προσφορές, μπορούσε να θεωρηθεί ως «ελάχιστη προϋπόθεση», κατά την έννοια του άρθρου 19, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας. Σε μια τέτοια περίπτωση, δεν απαιτείται η αναφορά συγκεκριμένων κριτηρίων συγκρίσεως, βάσει των οποίων γίνεται η ανάθεση του έργου. Κατά την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου, μια τέτοια ερμηνεία θα ήταν αντίθετη προς τις απορρέουσες εκ της οδηγίας αρχές. Κατά το σαφές γράμμα του άρθρου 19, παράγραφος 2, της οδηγίας, απαιτείται οι αναθέτουσες αρχές να αναφέρουν στη συγγραφή υποχρεώσεων ποιες είναι οι ελάχιστες απαιτήσεις. Η εφαρμογή, απλώς, μιας διατάξεως της εθνικής νομοθεσίας που προσδιορίζει το κριτήριο ισοδυναμίας δεν μπορεί να θεωρηθεί ως απαίτηση την οποία η αναθέτουσα αρχή επιβάλλει με τη συγγραφή υποχρεώσεων.

18. Εξάλλου, απλή παραπομπή σε κριτήριο ισοδυναμίας το οποίο δεν προσδιορίζεται λεπτομερέστερα, δεν ανταποκρίνεται στις

απαιτήσεις της διαφάνειας και δεν είναι σύμφωνο προς την έννοια της λέξεως «Erläutern» (η οποία χρησιμοποιείται στην απόδοση στη γερμανική γλώσσα της διατάξεως του άρθρου 19, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας, και η οποία σημαίνει «επεξηγούν» ή «διευκρινίζουν», ενώ στην απόδοση της διατάξεως αυτής στην ελληνική γλώσσα χρησιμοποιείται ο όρος «αναφέρουν»). Με τον όρο «Erläutern» εννοείται ότι παρέχεται μια επεξήγηση ή μια περιγραφή. Κάτι το οποίο δεν έπραξε η αναθέτουσα αρχή.

19. Ως προς το τρίτο ερώτημα, το Bundesvergabeamt υπογραμμίζει ότι η οδηγία παρέχει απλώς τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν μεταξύ του κριτηρίου της χαμηλότερης τιμής και του συστήματος της αναθέσεως στην οικονομικώς πλεονεκτικότερη προσφορά. Στην πρώτη περίπτωση, κατά το άρθρο 19, παράγραφος 1, της οδηγίας αποκλείεται η κατάθεση εναλλακτικών προσφορών. Στη δεύτερη περίπτωση, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται, σύμφωνα με το άρθρο 30, παράγραφος 2, της οδηγίας, να προσδιορίζουν, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη, τα κριτήρια βάσει των οποίων θα γίνει η αξιολόγηση των προσφορών.

20. Από την ανωτέρω έκθεση προκύπτει ότι οι ποιοτικές διαφοροποιήσεις, όταν αυτές προτείνονται, πρέπει να εξετάζονται με βάση τα κριτήρια αναθέσεως που έχει καθορίσει η αναθέτουσα αρχή. Πάντως, στην περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή δεν έχει καθορίσει κριτήρια αναθέσεως, συνάγεται, κατά την άποψη του Bundesvergabeamt, ότι οι εναλλακτικές προσφορές δεν μπορούν να αξιολογηθούν και, επομένως, δεν μπορούν να επιλεγούν. Η ακολουθούμενη στην Αυστρία πρακτική των αναθετουσών αρχών είναι ασυμβίβαστη, στο σημείο αυτό, με την οικονομία της οδηγίας.

21. Επίσης, η πρακτική αυτή αντιβαίνει και προς την αρχή της διαφάνειας. Στην περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει υπόψη της, για την εξέταση των εναλλακτικών προσφορών, μια «ισοδυναμία παροχής», η οποία δεν έχει συγκεκριμενοποιηθεί με τον εκ των προτέρων προσδιορισμό των κριτηρίων συγκρίσεως, είναι ως να χρησιμοποιεί κριτήρια τα οποία δεν έχουν εκ των προτέρων γνωστοποιηθεί. Η πρακτική αυτή έρχεται σε αντίθεση με πάγια νομολογία του Δικαστηρίου [5] και στερεί από τους διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να εκτιμήσουν εκ των προτέρων, βάσει των γνωστοποιηθέντων κριτηρίων, αν τους ενδιαφέρει το έργο ή η κατάθεση εναλλακτικών προσφορών [6]. Στην πράξη, η εφαρμογή της γενικής έννοιας της «ισοδυναμίας», την οποία εκ των υστέρων συγκεκριμενοποιεί η αναθέτουσα αρχή, κατά την εξέταση των εναλλακτικών προσφορών, συνεπάγεται υψηλό βαθμό αβεβαιότητας και δημιουργεί πλήθος δικαστικών διαφορών. Η αναθέτουσα αρχή εμπλέκεται σε διαφορές τόσο με τους διαγωνιζόμενους εκείνους οι οποίοι κατέθεσαν εναλλακτικές προσφορές οι οποίες κρίθηκαν ως μη ισοδύναμες προς τις παραμέτρους της αναθέτουσας αρχής, είτε με τους διαγωνιζόμενους εκείνους οι οποίοι δεν κατέθεσαν εναλλακτικές προσφορές και οι οποίοι αμφισβητούν την ισοδυναμία των εναλλακτικών εκείνων προσφορών την ενδεχόμενη επιλογή των οποίων εξετάζει η αναθέτουσα αρχή. Οι διαγωνιζόμενοι μόνο υποθέσεις μπορούν εκ των προτέρων να

5 — Το Bundesvergabeamt παραπέμπει σχετικώς στις αποφάσεις της 20ής Σεπτεμβρίου 1988 επί της υποθέσεως 31/87, Beentje (Συλλογή 1988, σ. 4635, σκέψεις 35 επ.) και της 25ης Απριλίου 1996 επί της υποθέσεως C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου «Λεωφορεία της Βαλονίας», (Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψεις 57 επ.).

6 — Το Bundesvergabeamt παραπέμπει στις αποφάσεις επί της υποθέσεως Beentjes (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψεις 21 επ.) και της 26ης Σεπτεμβρίου 2000 επί της υποθέσεως C-225/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2000, σ. I-7445, σκέψεις 34 επ.).

διατυπώσουν ως προς το τι θα θεωρήσει ως ισοδύναμο η αναθέτουσα αρχή. Εξ αυτού προκύπτει υψηλός βαθμός ανασφάλειας για τους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι επεξεργάζονται εναλλακτικές προσφορές σχεδόν στην τύχη, καθώς και στους διαγωνιζόμενους εκείνους οι οποίοι δεν καταθέτουν εναλλακτικές προσφορές, αλλά οι οποίοι πρέπει να λαμβάνουν ως ενδεχόμενο την πιθανότητα αποκλεισμού της προσφοράς τους από μια εναλλακτική προσφορά την οποία η αναθέτουσα αρχή θα έκρινε ως ισοδύναμη μετά το άνοιγμα των προσφορών.

22. Η πρακτική αυτή έχει, τελικώς, ως αποτέλεσμα τη δημιουργία ενός τρίτου «μικτού συστήματος» μεταξύ των κριτηρίων αναθέσεως που στηρίζονται αποκλειστικά στην τιμή και του συστήματος της αναθέσεως στην οικονομικώς πλεονεκτικότερη προσφορά. Το αποτέλεσμα αυτό έρχεται σε αντίθεση με τη νομολογία του Δικαστηρίου [7]. Επιπλέον δεν επιτρέπεται η εφαρμογή ενός κριτηρίου το οποίο συνίσταται απλώς στην παραπομπή σε διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας [8].

23. Τέλος, με τα ερωτήματα 4 και 5 το Bundesvergabeamt επιθυμεί να διευκρινιστεί ποια συμπεριφορά πρέπει να ακολουθούν οι αναθέτουσες αρχές όταν αποδεικνύεται, στο πλαίσιο μιας υπό εξέλιξη διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως δημοσίου έργου, ότι είναι παράνομη η ακολουθούμενη στην Αυστρία πρακτική. Αφενός, θα ήταν δυνατόν να μη προχωρήσουν στην ανάθεση του έργου και να ανακαλέσουν την προκήρυξη. Προς στήριξη αυτής της απόψεως μπορεί να προβληθεί το γεγονός ότι η διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως διεξήχθη υπό όρους οι οποίοι είναι παράνομοι και, συνεπώς, δεν μπορούν να εφαρμοστούν. Αφετέρου, είναι δυνατή η συνέχιση της διαδικασίας. Πάντως, σε μια τέτοια περίπτωση, πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι η διαδικασία πρέπει να ολοκληρωθεί υπό περιοριστικούς όρους οι οποίοι δεν είχαν ανακοινωθεί εκ των προτέρων στους διαγωνιζόμενους. Οι διαγωνιζόμενοι, υποθέτοντας ότι επιτρέπεται η κατάθεση εναλλακτικών προσφορών, οι οποίες θα εξεταστούν από την αναθέτουσα αρχή με βάση ένα κριτήριο «ισοδυναμίας» το οποίο δεν έχει συγκεκριμενοποιηθεί, προχώρησαν στην κατάθεση εναλλακτικών προσφορών. Αν, όμως, δεν είναι δυνατή η εφαρμογή του κριτηρίου ισοδυναμίας που δέχεται η εθνική έννομη τάξη, τότε συντρέχει εκ των υστέρων τροποποίηση των ουσιωδών προϋποθέσεων βάσει των οποίων κατατέθηκαν οι προσφορές. Μια τέτοια τροποποίηση των όρων βάσει των οποίων κατατέθηκαν οι προσφορές μπορεί να θεωρηθεί ως παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως [9].

24. Συνεπώς, η μη ανάθεση του έργου και η εκ νέου προκήρυξη είναι, ίσως, η μόνη δυνατότητα νόμιμης ενέργειας. Σε μια τέτοια περίπτωση, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει την εναλλακτική προσφορά της ενάγουσας, ελλείψει ισοδυναμίας, και να αναθέσει το έργο σε άλλο διαγωνιζόμενο είναι, εν πάσει περιπτώσει, παράνομη. Από την άλλη πλευρά, η μη ανάθεση του έργου και η υποχρέωση εκδόσεως νέας προκηρύξεως θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως πολύ σοβαρή συνέπεια για την παραβίαση ορισμένων διατάξεων του κοινοτικού δικαίου, για τον μείζονα λόγο ότι οι απαιτή-

7 — Το Bundesvergabeamt παραπέμπει στις αποφάσεις της 28ης Μαρτίου 1985 επί της υποθέσεως 274/83 (Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1985, σ. 1077, σκέψεις 24 επ.) και της 26ης Απριλίου 1994 επί της υποθέσεως C-272/91, Επιτροπή κατά Ιταλίας, (Συλλογή 1994, σ. I-1409).

8 — Το Bundesvergabeamt παραπέμπει στην απόφαση επί της υποθέσεως Beentjes (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψεις 35 επ.).

9 — Το Bundesvergabeamt παραπέμπει, mutatis mutandis, στην απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993 επί της υποθέσεως C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας (Συλλογή 1993, σ. I-3353).

σεις του κοινοτικού δικαίου μπορούν να ικανοποιηθούν και αν απλώς δεν χωρίσει εφαρμογή, πράγμα που θα συνιστούσε παραβίαση του κοινοτικού δικαίου, ενός μη συγκεκριμενοποιημένου κριτηρίου «ισοδυναμίας».

25. Αντιθέτως, αν θα έπρεπε να συνεχιστεί η διαδικασία, τίθεται το ερώτημα βάσει ποίων κριτηρίων πρέπει να γίνει η ανάθεση του έργου. Κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής δύο είναι οι δυνατότητες: είτε η αναθέτουσα αρχή αποκλείει την εναλλακτική πρόταση και αναθέτει το έργο είτε βάσει του συστήματος της χαμηλότερης τιμής είτε βάσει του συστήματος της οικονομικώς πλεονεκτικότερης προσφοράς, εφαρμόζοντας απλώς τα κριτήρια που έχει καθορίσει η αναθέτουσα αρχή. Η δυνατότητα αυτή θα ήταν σύμφωνη προς τους σκοπούς της οδηγίας, δεδομένου ότι, κατά το σύστημα του άρθρου 30 της οδηγίας, οι ποιοτικές διαφοροποιήσεις που μπορεί να προταθούν πρέπει, ακριβώς, να αξιολογούνται βάσει των κριτηρίων αναθέσεως. Το ότι δεν είναι δυνατό να γίνει αξιολόγηση των ποιοτικών διαφοροποιήσεων βάσει τέτοιων κριτηρίων, έχει ως συνέπεια το ότι η προσφορά δεν είναι συγκρίσιμη με τις προσφορές των ανταγωνιστών. Αν, όμως, μια προσφορά δεν είναι συγκρίσιμη, πρέπει να αποκλειστεί με βάση την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως.

26. Είναι, πάντως, δυνατό να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να επιλέξει την εναλλακτική προσφορά και να μη λάβει υπόψη της τις ποιοτικές διαφοροποιήσεις που αυτή συνεπάγεται. Μια τέτοια ενέργεια, όμως, δεν θα ήταν ενδεδειγμένη, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή θα ήταν έτσι υποχρεωμένη να επιλέξει μια προσφορά η οποία δεν ανταποκρίνεται στις ποιοτικές απαιτήσεις που η ίδια έθεσε, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να αξιολογήσει τις ποιοτικές διαφοροποιήσεις βάσει ενός οποιουδήποτε κριτηρίου. Το γεγονός αυτό θα αντέβαινε στους σκοπούς της οδηγίας, όπως αυτοί διευκρινίστηκαν από το Δικαστήριο, καθ' ότι η αναθέτουσα αρχή δεν θα είχε, σε μια τέτοια περίπτωση, τη δυνατότητα να συγκρίνει τις διάφορες προσφορές και να επιλέξει την πλεονεκτικότερη, βάσει αντικειμενικών κριτηρίων [10].

V — Ισχυρισμοί των διαδίκων και αξιολόγηση

A — *Επί του παραδεκτού*

27. Στις γραπτές της παρατηρήσεις η Επιτροπή αμφισβητεί το παραδεκτό της παρούσας αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως. Παραπέμπει στις απόψεις που διατύπωσε στην υπόθεση C-314/01, όπου αμφισβήτησε τη δικαιοδοτική ιδιότητα του Bundesvergabeamt, με βάση το άρθρο 234 ΕΚ, με το αιτιολογικό ότι οι αποφάσεις του δεν έχουν δεσμευτικό χαρακτήρα. Πάντως, κατά τη διάρκεια της προφορικής διαδικασίας, απέσυρε την ένστασή της αυτή, ενόψει της εκδοθείσας εν τω μεταξύ αποφά-

10 — Το Bundesvergabeamt παραπέμπει στην υπόθεση της 16ης Σεπτεμβρίου 1999 επί της υποθέσεως C-27/98, Metalmeccanica (Συλλογή 1999, σ. I-5697, σκέψη 31).

σεως στην υπόθεση Swoboda [11]. Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως είναι παραδεκτή.

Β — *Επί του πρώτου ερωτήματος*

1. Επιχειρήματα των διαδίκων

28. Η Traunfellner, η ASFINAG και οι κυβερνήσεις της Αυστρίας και της Γαλλίας υποστηρίζουν ότι η προσφορά ενός οδοστρώματος από άσφαλτο συνιστά, σε σχέση με το οδόστρωμα από οπλισμένο σκυρόδεμα που αποτελεί το αντικείμενο της προκηρύξεως, εναλλακτική προσφορά κατά την έννοια του άρθρου 19 της οδηγίας 93/37.

29. Η Traunfellner υποστηρίζει ότι υφίσταται εναλλακτική προσφορά όταν η πρόταση αφορά μια νέα μέθοδο κατασκευής, μια διαφορετική δομή, ένα διαφορετικό υλικό ή άλλες εναλλακτικές λύσεις οι οποίες διασφαλίζουν παροχή περισσότερο πρακτική και λιγότερο δαπανηρή. Η άσφαλτος συνιστά, από τεχνικής απόψεως, εναλλακτική προσφορά σε σχέση με το οπλισμένο σκυρόδεμα. Συνεπώς, η εξέταση πρέπει να περιοριστεί στην αξιολόγηση της τεχνικής ισοδυναμίας της προσφοράς, την ικανότητα φορτίου, τη δυνατότητα εγκάρσιας διαμορφώσεως και τον βαθμό πρόσφυσης.

30. Η ASFINAG εξετάζει από γενικότερη σκοπιά το ζήτημα και υποστηρίζει ότι υφίσταται εναλλακτική προσφορά όταν αντικαθίστανται ορισμένα τμήματα της παροχής που αποτελεί το αντικείμενο της προκηρύξεως.

31. Η Αυστριακή Κυβέρνηση αναφέρεται στο ιστορικό θεσπίσεως της εν λόγω διατάξεως. Στο σχέδιο τροποποιήσεως της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων, η Επιτροπή όρισε ότι μπορούσε να προταθεί μόνο τροποποίηση του σχεδίου κατασκευής ή των υλικών κατασκευής [12].

32. Η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι η έννοια της εναλλακτικής προσφοράς πρέπει να ερμηνευτεί διασταλτικώς. Στην προκήρυξη περί της οποίας πρόκειται στην κύρια δίκη δεν ορίζεται ότι το οπλισμένο σκυρόδεμα αποτελεί μια υποχρεωτική τεχνική προδιαγραφή. Συνεπώς, το ασφαλτικό οδόστρωμα μπορεί να θεωρηθεί ως εναλλακτική προσφορά.

33. Η Επιτροπή παρατηρεί ότι το υποβληθέν στο Δικαστήριο ερώτημα συνιστά πραγματικό ζήτημα το οποίο, κατ' αρχήν, είναι απαράδεκτο. Δεν μπορεί να δοθεί απάντηση στο ερώτημα αυτό παρά μόνον αν αναδιατυπωθεί. Κατά την άποψή της, στο ερώτημα πρέπει να προσδοθεί η έννοια ότι ζητείται δι' αυτού να διευκρινιστούν οι προϋποθέσεις

11 — Απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 2002 στην υπόθεση C-411/00, Felix Swoboda (Συλλογή 2002, σ. I-10567, σκέψεις 27 επ.). Υπό την αυτή έννοια οι προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Mischo, της 25ης Φεβρουαρίου 2003, στην υπόθεση C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner κ.λπ., απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, Συλλογή 2003, σ. I-6415, σκέψεις 20 έως 23). Βλ., επίσης, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Geelhoed, της 10ης Οκτωβρίου 2002, στην υπόθεση C-315/01, GAT, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH, απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, Συλλογή 2003, σ. I-6354, σκέψεις 22 επ.).

12 — COM(86) 679 τελικό της 23ης Δεκεμβρίου 1986.

υπό τις οποίες μπορεί μια προσφορά να θεωρηθεί ως εναλλακτική προσφορά. Στο υπ' αυτή την έννοια αναδιατυπωμένο ερώτημα δίνει την απάντηση ότι πρέπει να πρόκειται για διαδικασία στο πλαίσιο της οποίας η δημόσια σύμβαση συνάπτεται με βάση το κριτήριο της οικονομικώς πλεονεκτικότερης προσφοράς, στην οποία δεν αποκλείεται η κατάθεση εναλλακτικών προσφορών και στην οποία η προσφορά πρέπει να ανταποκρίνεται στις προαναφερθείσες ελάχιστες απαιτήσεις.

2. Εκτίμηση

34. Με το πρώτο του ερώτημα, το Bundesvergabeamt ζητεί να διευκρινιστεί αν η πρόταση κατασκευής οδοστρώματος από άσφαλτο συνιστά εναλλακτική προσφορά σε σχέση με την κατασκευή οδοστρώματος από οπλισμένο σκυρόδεμα, όπως προβλέπει η προκήρυξη.

35. Το ερώτημα αυτό έχει ως αντικείμενο τον χαρακτηρισμό ενός συγκεκριμένου πραγματικού στοιχείου σε σχέση με την κοινοτική έννοια της «εναλλακτικής προσφοράς», όπως αυτή χρησιμοποιείται στο άρθρο 19 της οδηγίας 93/37. Εντούτοις, στο εθνικό δικαστήριο απόκειται, στο πλαίσιο της κατά το άρθρο 234 ΕΚ κατανομής αρμοδιοτήτων, να προβεί στην εφαρμογή των κανόνων του κοινοτικού δικαίου επί μιας συγκεκριμένης υποθέσεως. Πράγματι, η εφαρμογή των κανόνων του κοινοτικού δικαίου δεν μπορεί να γίνει χωρίς εκτίμηση του συνόλου των πραγματικών περιστατικών της υποθέσεως [13]. Συνεπώς, το πρώτο ερώτημα, κατά τον τρόπο που έχει διατυπωθεί, είναι απαράδεκτο.

36. Εντούτοις, το Δικαστήριο μπορεί να παράσχει στο εθνικό δικαστήριο τα ερμηνευτικά εκείνα στοιχεία του κοινοτικού δικαίου που θα του επιτρέψουν να επιλύσει το νομικό πρόβλημα του οποίου έχει επιληφθεί [14]. Επικουρικώς, για την περίπτωση κατά την οποία το Δικαστήριο κρίνει ότι πρέπει να αναδιατυπωθεί το πρώτο ερώτημα, έχω να διατυπώσω τις ακόλουθες παρατηρήσεις.

37. Ενόψει της ακυρώσεως εκ μέρους του αυστριακού Verfassungsgerichtshof της πρώτης αποφάσεως που εξέδωσε το αιτούν δικαστήριο στις 21 Απριλίου 1998 επί της παρούσας υποθέσεως, το πρώτο ερώτημα πρέπει να νοηθεί υπό την έννοια ότι ζητείται να διευκρινιστούν τα όρια της έννοιας της «εναλλακτικής προσφοράς», όπως αυτή χρησιμοποιείται στο άρθρο 19 της οδηγίας. Σε ποιες προϋποθέσεις μπορεί να γίνεται λόγος για «εναλλακτική προσφορά» και πότε μια εναλλακτική προσφορά διαφοροποιείται τόσο πολύ από το αντικείμενο της προκηρύξεως ώστε να καθίσταται απαράδεκτη;

38. Αναδιατυπωμένο υπ' αυτή την έννοια το πρώτο ερώτημα θέτει ένα νομικό ζήτημα στο οποίο το Δικαστήριο έχει, κατ' αρχήν, τη δυνατότητα να απαντήσει. Εν τούτοις, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η ενώπιον του Bundesvergabeamt διαδικασία αφορά το

13 — Αποφάσεις της 8ης Φεβρουαρίου 1990 στην υπόθεση C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe (Συλλογή 1990, σ. I-285, σκέψη 11) και της 18ης Νοεμβρίου 1999 στην υπόθεση C-107/98, Teckal (Συλλογή 1999, σ. I-8121, σκέψη 31).

14 — Απόφαση της 4ης Μαΐου 1993 στην υπόθεση C-17/92, Distribuidores Cinematográficos (Συλλογή 1993, σ. I-2239, σκέψη 8)· απόφαση στην υπόθεση Teckal (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 13, σκέψη 33).

στάδιο της συνάψεως της συμβάσεως και όχι το στάδιο της εξετάσεως του παραδεκτού των εναλλακτικών προσφορών. Σύμφωνα με τις επεξηγήσεις της διατάξεως παραπομπής, η αναθέτουσα αρχή δεν απέκλεισε την εναλλακτική προσφορά ως απαράδεκτη, αλλά ως μη ισοδύναμη. Συνεπώς, αυστηρώς λογικά, η απάντηση στο πρώτο ερώτημα δεν είναι αναγκαία για την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης· και μπορεί, συνεπώς, να θεωρηθεί ως υποθετικό ερώτημα, κατά πάγια νομολογία απαράδεκτο [15]. Το ίδιο ισχύει για το δεύτερο ερώτημα.

39. Τα δύο πρώτα ερωτήματα αποκτούν νόημα μόνο εφόσον γίνει δεκτή η άποψη του Bundesvergabeamt κατά την οποία είναι απαράδεκτη η άσκηση προσφυγής κατά των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής αν η διαδικασία συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως βαρύνεται με πλημμέλεια αναγόμενη σε προγενέστερο στάδιο (εν προκειμένω, στο στάδιο εκθέσεως των ελαχίστων απαιτήσεων στην προκήρυξη και στο στάδιο εξετάσεως του παραδεκτού των εναλλακτικών προσφορών), χωρίς η πλημμέλεια αυτή να έχει προβληθεί (στην παρούσα υπόθεση, η προσφυγή ασκήθηκε στο στάδιο συνάψεως της συμβάσεως). Κατά πόσον η άποψη αυτή συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο, ειδικότερα με την οδηγία 86/665/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 [16], αποτελεί αντικείμενο της υποθέσεως C-315/01 (GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH). Ο γενικός εισαγγελέας Geelhoed στις προτάσεις του της 10ης Οκτωβρίου 2002 έκρινε ότι η πρακτική αυτή είναι αντίθετη προς την οδηγία για τις δυνατότητες προσφυγής [17]. Η απόφαση επί της υποθέσεως αυτής δεν έχει ακόμα εκδοθεί. Δεν χρειάζεται να δοθεί απάντηση επί του ζητήματος αυτού, στην παρούσα υπόθεση, καθόσον δεν έγινε ανάλυσή του.

40. Επικουρικώς, επιβάλλεται, επομένως, να τονιστεί ότι, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 19, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37, οι εναλλακτικές προσφορές είναι απαράδεκτες όταν αυτές δεν πληρούν τις ελάχιστες απαιτήσεις που έθεσε η αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς, η απάντηση στο ερώτημα πότε υφίσταται εναλλακτική προσφορά εξαρτάται από τις ελάχιστες απαιτήσεις που έχει στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση θέσει η αναθέτουσα αρχή και οι οποίες πρέπει να περιλαμβάνονται στην προκήρυξη.

41. Οι παρατηρήσεις που διατύπωσαν οι μετέχοντες στη διαδικασία επί του πρώτου ερωτήματος επιβεβαιώνουν το συμπέρασμα ότι το κύριο στοιχείο είναι τα δεδομένα της συγκεκριμένης περιπτώσεως. Η Επιτροπή υπογραμμίζει τις διαδικαστικές πτυχές, όπως είναι η ανάθεση βάσει του κριτηρίου της οικονομικώς πλεονεκτικότερης προσφοράς και η έλλειψη διατάξεως αποκλείουσας την κατάθεση εναλλακτικών προσφορών. Κατά τα λοιπά, στηρίζει και η ίδια την ανάλυσή της στην τήρηση των ως άνω ελαχίστων απαιτήσεων. Οι λοιποί μετέχοντες της διαδικασίας υπογραμμίζουν διάφορες ειδικές πτυχές της παροχής που αποτελεί το αντικείμενο της

15 — Αποφάσεις της 13ης Μαρτίου 2001 στην υπόθεση C-379/98, PreussenElektra (Συλλογή 2001, σ. I-2099, σκέψη 39) και της 22ας Ιανουαρίου 2002 στην υπόθεση C-390/99, Canal Satélite Digital (Συλλογή 2002, σ. I-607, σκέψη 19).

16 — ΕΕ L 395, σ. 33.

17 — Προτάσεις στην υπόθεση C-315/01, GAT (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 11, σκέψεις 45 επ.).

προκηρύξεως, όπως οι νέες μέθοδοι εκτελέσεως (και κατασκευής) και τα νέα υλικά.

42. Το άρθρο 19 της οδηγίας οφείλεται σε πρωτοβουλία της Επιτροπής. Η πρότασή της για τροποποίηση της οδηγίας 71/305 προέβλεπε ότι οι εναλλακτικές προσφορές μπορούν να αφορούν είτε την ουσιαστική τροποποίηση του σχεδίου κατασκευής ή των υλικών κατασκευής, είτε τροποποίηση της προβλεπόμενης μεθόδου εργασίας ή των τεχνικών εργασίας [18]. Έπρεπε να δοθεί στους επιχειρηματίες η δυνατότητα να προτείνουν περισσότερο προωθημένες τεχνικές λύσεις [19]. Στη συνέχεια, η Επιτροπή επεξέτεινε την πρόταση αυτή, στο πλαίσιο της νομοθετικής διαδικασίας, υπό την έννοια ότι μια εναλλακτική προσφορά θα έπρεπε, απλώς, να ανταποκρίνεται στις ελάχιστες απαιτήσεις που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή [20]. Η πρόταση αυτή απετέλεσε, κατόπιν το άρθρο 20α της οδηγίας 89/440/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουλίου 1989, για την τροποποίηση της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων [21]. Το άρθρο αυτό είναι ταυτόσημο με το άρθρο 19 της οδηγίας 93/37. Από το εκτεθέν ανωτέρω ιστορικό θεσπίσεως προκύπτει ότι, κατ' αρχήν, αντικείμενο μιας εναλλακτικής προσφοράς μπορεί να αποτελέσει οποιοδήποτε τμήμα της προκηρύξεως. Σκοπός της συγκεκριμένης διατάξεως, όπως τελικώς έχει διαμορφωθεί σήμερα, είναι η προώθηση της τεχνικής προόδου στον κατασκευαστικό τομέα. Έχει σκοπίμως διατυπωθεί κατά τρόπο ευρύ και επαφίει στην αναθέτουσα αρχή την επιλογή της εγκρίσεως ή της απαγορεύσεως καταθέσεως εναλλακτικών προσφορών και του καθορισμού του τύπου των εναλλακτικών προσφορών που σκοπεύει να λάβει υπόψη της [22]. Η μόνη απαίτηση που θέτει το άρθρο 19 αφορά την προϋπόθεση του παραδεκτού με κριτήριο την ισοδυναμία της εναλλακτικής προσφοράς σε σχέση με την παροχή που αποτελεί το αντικείμενο της προκηρύξεως. Η ισοδυναμία πρέπει να εξετάζεται σε σχέση με τις ελάχιστες απαιτήσεις που μπορεί να θέτει η αναθέτουσα αρχή.

43. Από τις ανωτέρω παρατηρήσεις προκύπτει ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να κρίνει αν πρόκειται, σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, για εναλλακτική προσφορά ή για προσφορά η οποία πρέπει να αποκλειστεί ως απαράδεκτη. Ο δικαστικός έλεγχος πρέπει να περιοριστεί στην εξέταση του αν συντρέχουν οι δικονομικές προϋποθέσεις που θέτει η οδηγία 93/37 και αν πληρούνται οι ελάχιστες απαιτήσεις που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, τέλος δε, από το αν η αναθέτουσα αρχή υπερέβη προδήλως, κατά την εξέταση των προσφορών, το περιθώριο εκτιμήσεως που διαθέτει, καθώς και από αν καθοδηγήθηκε, κατά την εξέταση της ισοδυναμίας, από κριτήρια άσχετα προς το ζήτημα αυτό. Η ουσιαστική αξιολόγηση του αν η προτεινόμενη παροχή είναι σύμφωνη προς την προκήρυξη απόκειται αποκλειστικώς στην αναθέτουσα αρχή, η οποία και μόνον είναι σε θέση, λόγω της γνώσεως του σχετικού τομέα, να εκτιμήσει την ισοδυναμία της προτεινόμενης παροχής σε σχέση με εκείνη που αποτελεί το αντικείμενο της προκηρύξεως.

18 — COM (86) 679 τελικό (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 12), σ. 43, νέο άρθρο 20α, παράγραφος 2.

19 — COM (86) 679 τελικό (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 12), σ. 12.

20 — COM (88) 354 τελικό της 21ης Ιουνίου 1988, σ. 13 και 22, άρθρο 22α.

21 — ΕΕ L 210, σ. 1.

22 — Βλ. τον οδηγό της Επιτροπής επί των κανόνων που εφαρμόζονται στις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων, σ. 53, σημείο 6.4.1, διαθέσιμο στη διαδικτυακή διεύθυνση της γενικής διευθύνσεως εσωτερικής αγοράς της Επιτροπής, www.europa/comm/internal_market.

44. Συνεπώς, προτείνω, επικουρικώς, στο πρώτο ερώτημα να δοθεί η απάντηση ότι, στο πλαίσιο μιας ανοιχτής διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, στηριζόμενης στο κριτήριο της οικονομικώς πλεονεκτικότερης προσφοράς, υφίσταται εναλλακτική προσφορά, κατά την έννοια του άρθρου 19 της οδηγίας 93/37, όταν δεν αποκλείεται η κατάθεση εναλλακτικών προσφορών και όταν η συγκεκριμένη πρόταση αντικαθιστά τμήμα της παροχής που αποτελεί αντικείμενο της προκηρύξεως, ενώ παράλληλα πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις που έχουν τεθεί.

Γ — *Επί του δευτέρου και τρίτου ερωτήματος*

45. Η ASFINAG και οι κυβερνήσεις της Αυστρίας και της Γαλλίας εξετάζουν από κοινού το δεύτερο και τρίτο ερώτημα. Ουσιαστικώς, τα ερωτήματα αυτά αφορούν την υποχρέωση δημοσιοποιήσεως των κριτηρίων εκτιμήσεως που εφαρμόζει η αναθέτουσα αρχή. Την ίδια προσέγγιση θα υιοθετήσω και εγώ.

1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

46. Η Traunfellner υποστηρίζει ότι καθόσον η προκήρυξη δεν θέτει ελάχιστες απαιτήσεις, η απαίτηση της ισοδυναμίας που θέτει το άρθρο 42, παράγραφος 4, του BVergG, πρέπει να θεωρηθεί ως ελάχιστη απαίτηση, κατά την έννοια του άρθρου 19 της οδηγίας. Το αντικείμενο της παροχής, το οποίο περιγράφεται στην προκήρυξη και το οποίο, κατά συνέπεια γνωρίζουν όλοι οι διαγωνιζόμενοι, αποτελεί το κεντρικό στοιχείο για την εξέταση αυτής της ισοδυναμίας.

47. Ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία η προκήρυξη δεν προσδιορίζει κριτήρια, απαιτείται η αξιολόγηση των εναλλακτικών προσφορών. Στις περιπτώσεις αυτές η αναθέτουσα αρχή σκοπεί, απλώς, στη διασφάλιση μιας ποιοτικώς ισοδύναμης παροχής.

48. Η ASFINAG και η Αυστριακή Κυβέρνηση υπογραμμίζουν ότι είναι, στην πράξη, δύσκολο να καθοριστούν οι ελάχιστες απαιτήσεις. Η ASFINAG υπογραμμίζει ότι ιδίως οι συμβάσεις δημοσίων έργων αποτελούνται από πολλά κεφάλαια. Η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να γνωρίζει εκ των προτέρων για ποια από τα κεφάλαια αυτά θα κατατεθούν εναλλακτικές προσφορές. Εξάλλου, δεν απαιτείται ο καθορισμός συγκεκριμένων κριτηρίων για όλα τα κεφάλαια, δεδομένου ότι αρκεί το γενικό κριτήριο της ισοδυναμίας της παροχής. Δεν συντρέχει παραβίαση της αρχής της διαφάνειας εφόσον διασφαλίζεται ότι όλες οι προσφορές θα αξιολογηθούν βάσει των ιδίων κριτηρίων αναθέσεως. Το άρθρο 30 της οδηγίας δεν απαγορεύει το να εξαρτηθεί η αποδοχή μιας εναλλακτικής προσφοράς από το γεγονός ότι θα διασφαλίζει ποιοτικώς ισοδύναμη παροχή.

49. Η Αυστριακή Κυβέρνηση υπογραμμίζει, κατ' αρχάς, ότι κατά την άποψή της το αιτούν δικαστήριο συγχέει τις δύο πτυχές που συνιστούν, αφενός, οι ελάχιστες απαιτήσεις του άρθρου 19 της οδηγίας και, αφετέρου, τα κριτήρια αναθέσεως του άρθρου 30. Οι πρώτες αφορούν το παραδεκτό μιας εναλλακτικής προσφοράς, ενώ τα δεύτερα την αξιολόγηση των παραδεκτών προσφορών. Η Επιτροπή συντάσσεται προς αυτήν την επιχειρηματολογία.

50. Η υποχρέωση καθορισμού ελαχίστων απαιτήσεων υφίσταται ανεξαρτήτως από το αν επιτρέπονται οι εναλλακτικές προσφορές. Είναι αναγκαία η μνεία των ελαχίστων απαιτήσεων, πράγμα που σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διευκρινίσει ποιες απαιτήσεις θεωρεί ως απαραίτητες και ποιες θα χρησιμοποιήσει ως κριτήρια για την αξιολόγηση της ισοδυναμίας μιας προσφοράς.

51. Εξάλλου, η Αυστριακή Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι εφόσον έχουν καθοριστεί οι ελάχιστες απαιτήσεις είναι δυνατή η παραπομπή, με την προκήρυξη, σε γενικής ισχύος κανόνες εφαρμογής τους οποίους γνωρίζει το κοινό. Το άρθρο 31, παράγραφος 2, του BVergG ρητώς επιβάλλει την υποχρέωση να αναφέρεται στις προκηρύξεις ότι αυτές διέπονται από τον εν λόγω νόμο. Όσοι από τους διαγωνιζόμενους ενδιαφέρονται μπορούν να ενημερωθούν σχετικά με τους κανόνες αυτούς. Η παραπομπή σε εφαρμοστέες διατάξεις περιορίζει τον όγκο των προς δημοσίευση προκηρύξεων. Εξάλλου, το άρθρο 23 της οδηγίας επιτρέπει, επίσης, τον καθορισμό μιας αρχής η οποία θα ενημερώνει σχετικά με τις υποχρεώσεις τις απορρέουσες από το εργατικό δίκαιο. Η παραπομπή σε μια δημοσιευμένη διάταξη γενικής ισχύος είναι παρόμοια προς ένα τέτοιο μηχανισμό.

52. Η Γαλλική Κυβέρνηση και η Επιτροπή υποστηρίζουν ότι η παραπομπή σε διατάξεις γενικής ισχύος δεν πληροί, κατά τη νομολογία, τις απαιτήσεις διαφάνειας [23].

53. Η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι, στην κύρια δίκη, η διαδικασία που ακολουθήθηκε κατέληξε σε δυσμενή διάκριση εις βάρος των μη εγκατεστημένων στην Αυστρία διαγωνιζομένων. Εξάλλου, οι διαγωνιζόμενοι που είχαν την πρόθεση καταθέσεως εναλλακτικών προσφορών περιήλθαν σε δυσμενέστερη θέση, διότι δεν εγνώριζαν τα κριτήρια βάσει των οποίων θα γινόταν αξιολόγηση των προσφορών τους.

54. Η Επιτροπή προσθέτει ότι απλή μνεία ότι η παροχή πρέπει να είναι ισοδύναμη δεν αρκεί, όταν απαιτείται χρησιμοποίηση ειδικών υλικών. Αντιθέτως, είναι αναγκαία η μνεία κριτηρίων όπως η διάρκεια ζωής ή η αντοχή στις παραμορφώσεις.

23 — Παραπέμπουν στην απόφαση επί της υποθέσεως Beentjes (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 5) και στην απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 6).

55. Κατά την άποψή της, δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές όταν δεν έχουν καθοριστεί ελάχιστες απαιτήσεις. Στις περιπτώσεις αυτές, η προκήρυξη παραβιάζει το κοινοτικό δίκαιο, διότι δεν υφίσταται ούτε απαγόρευση καταθέσεως εναλλακτικών προσφορών, ούτε μνεία των προς τήρηση ελαχίστων απαιτήσεων. Συνεπώς, υπό τις προϋποθέσεις αυτές, είναι αδύνατη η συνέχιση της διαδικασίας συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως.

2. Εκτίμηση

56. Με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα ζητείται να διευκρινιστεί αν το άρθρο 42 του BVergG μπορεί να θεωρηθεί, λόγω του γεγονότος ότι η συγγραφή υποχρεώσεων παραπέμπει στη διάταξη αυτή, ως καθορίζον τις απαραίτητες ελάχιστες απαιτήσεις κατά την έννοια του άρθρου 19 της οδηγίας, στην περίπτωση που δεν προσδιορίζεται βάσει ποιων συγκριτικών στοιχείων θα εκτιμηθεί η ισοδυναμία της παροχής. Το ερώτημα αυτό περιλαμβάνει δύο σκέλη: αφενός, αν η παραπομπή σε διάταξη της εθνικής νομοθεσίας ικανοποιεί την απαίτηση της διαφάνειας, και, αφετέρου, αν το σύστημα που προβλέπει το άρθρο 42, παράγραφος 4, του BVergG μπορεί να θεωρηθεί ως ελάχιστη απαίτηση κατά την έννοια του άρθρου 19 της οδηγίας 93/37.

57. Με το τρίτο ερώτημα ζητείται να διευκρινιστεί αν το άρθρο 30 της οδηγίας αποκλείει ρύθμιση της εθνικής νομοθεσίας κατά την οποία επιτρέπεται η κατάθεση εναλλακτικής προσφοράς μόνο εφόσον αυτή ανταποκρίνεται στο κριτήριο της ισοδύναμης παροχής, όταν το κριτήριο αυτό δεν αναφέρεται στην προκήρυξη, αλλά προκύπτει απλώς από διάταξη στην οποία παραπέμπει η προκήρυξη. Από την άποψη αυτή, επίσης, τίθεται το ζήτημα του συμβιβαστού ενός τέτοιου μηχανισμού με την απαίτηση της διαφάνειας. Από αυτής της απόψεως, το ερώτημα αυτό τέμνεται με το δεύτερο ερώτημα. Συνεπώς, επιβάλλεται κατ' αρχάς να εξεταστούν οι πτυχές εκείνες οι οποίες αφορούν την απαίτηση της διαφάνειας.

58. Στις αποφάσεις Beejtjes και Επιτροπή κατά Γαλλίας, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι στην περίπτωση που οι αναθέτουσες αρχές στηρίζονται σε διάφορα κριτήρια για την ανάθεση του έργου στον υποβαλόντα την οικονομικώς πλεονεκτικότερη προσφορά, υποχρεούνται να εκθέτουν τα κριτήρια αυτά είτε στην προκήρυξη είτε στη συγγραφή υποχρεώσεων. Μια γενικής φύσεως παραπομπή σε διάταξη της εθνικής νομοθεσίας δεν ικανοποιεί την απαίτηση της δημοσιότητας [24].

59. Οι αποφάσεις αυτές, οι οποίες αφορούν το άρθρο 30 της οδηγίας 93/37, στηρίζονται στις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως. Πρόκειται για δύο θεμελιώδεις αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, από τις οποίες διαπνέται και η οδηγία 93/37, όπως προκύπτει από την δέκατη και ενδέκατη αιτιολογική της σκέψη. Συνεπώς, επί των δύο αυτών αρχών πρέπει να στηριχτεί και η ερμηνεία του άρθρου 19 της οδηγίας. Επομένως, μια γενικής φύσεως παραπομπή σε διάταξη της εθνικής νομοθεσίας δεν αρκεί ως προσδιορισμός των ειδικών απαιτήσεων.

24 — Αποφάσεις στις υποθέσεις Beentjes (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψη 35) και Επιτροπή κατά Γαλλίας (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 6, σκέψη 73).

60. Προτείνω, κατά συνέπεια, στο δεύτερο και τρίτο ερώτημα να δοθεί η ακόλουθη απάντηση: η παραπομπή σε διάταξη της εθνικής νομοθεσίας δεν αρκεί ούτε ως καθορισμός των ελαχίστων απαιτήσεων, κατά την έννοια του άρθρου 19, ούτε ως καθορισμός των κριτηρίων αναθέσεως κατά την έννοια του άρθρου 30 της οδηγίας 93/37.

61. Από αυστηρώς λογικής απόψεως παρέλκει, επομένως, να δοθεί απάντηση στο δεύτερο σκέλος του πρώτου ερωτήματος, με το οποίο ζητείται να διευκρινιστεί αν το σύστημα του άρθρου 42, παράγραφος 4, του BVergG μπορεί να θεωρηθεί ως ελάχιστη απαίτηση. Επικουρικώς και μόνο, για την περίπτωση που το Δικαστήριο θα έκρινε διαφορετικά ως προς την απαίτηση της δημοσιότητας, διατυπώνω την άποψή μου επί του ζητήματος αυτού.

62. Η κατά το άρθρο 19 έννοια των ελαχίστων απαιτήσεων δεν διευκρινίζεται στην οδηγία. Όπως ήδη υπογράμμισα, στο πλαίσιο της εξετάσεως του πρώτου ερωτήματος, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει ένα περιθώριο εκτιμήσεως κατά τον καθορισμό των ελαχίστων απαιτήσεων. Οι απαιτήσεις αυτές αφορούν τα χαρακτηριστικά ή τα αποτελέσματα της παροχής που αποτελεί το αντικείμενο της προκηρύξεως και στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται η προσφορά.

63. Όπως έχω, επίσης, τονίσει στο πλαίσιο της εξετάσεως του πρώτου ερωτήματος, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να αποφασίσει αν επιτρέπει ή απαγορεύει την κατάθεση εναλλακτικών προσφορών. Αν τις απαγορεύσει, οφείλει ρητώς να το υπογραμμίσει στην προκήρυξη, σύμφωνα με το άρθρο 19, παράγραφος 2, εδάφιο 1, της οδηγίας 93/37. Αντιθέτως, δεν απαιτείται ρητή μνεία στην προκήρυξη ότι επιτρέπεται η κατάθεση εναλλακτικών προσφορών [25].

64. Όπως, όμως προκύπτει από το άρθρο 19, παράγραφος 2, εδάφιο 1, της οδηγίας, σε περίπτωση που επιτραπεί η κατάθεση εναλλακτικών προσφορών, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αναφέρει στη συγγραφή υποχρεώσεων τις ελάχιστες απαιτήσεις που πρέπει αυτές να πληρούν [26]. Η υποχρέωση αυτή προκύπτει από τη χρησιμοποίηση της οριστικής («αναφέρουν τις ελάχιστες προϋποθέσεις»). Αν οι αναθέτουσες αρχές είχαν τη δυνατότητα να θέτουν ή όχι ελάχιστες απαιτήσεις, θα είχε ασφαλώς χρησιμοποιηθεί η έκφραση: «μπορούν να αναφέρουν τις ελάχιστες προϋποθέσεις».

65. Η ερμηνεία αυτή, η οποία στηρίζεται στο γράμμα της εν λόγω διατάξεως, είναι, επίσης, σύμφωνη προς το πνεύμα αυτής. Αν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να γνωρίζουν βάσει ποιων κριτηρίων θα τις αξιολογήσει η αναθέτουσα αρχή. Η αξιολόγηση αυτή γίνεται με βάση τις ελάχιστες απαιτήσεις με τις οποίες η

25 — Βλ. τον οδηγό για τις συμβάσεις δημοσίων έργων (προαναφερθέντα στην υποσημείωση 22, σ. 53, σημείο 6.4.1).

26 — Βλ. τον οδηγό για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (προαναφερθέντα στην υποσημείωση 22, σ. 53, σημείο 6.4.1).

αναθέτουσα αρχή συγκεκριμενοποιεί τις παραμέτρους του προκηρυσσόμενου έργου. Μόνο όταν οι εναλλακτικές προσφορές είναι σύμφωνες προς τις εκ των προτέρων καθορισθείσες απαιτήσεις — αρχή της ίσης μεταχειρίσεως — και δημοσιευθείσες στην προκήρυξη — αρχή της διαφάνειας — θεωρούνται ως παραδεκτώς υποβληθείσες οι εναλλακτικές προσφορές [27]. Συνεπώς, προκήρυξη η οποία, εφόσον δεν τις αποκλείει ρητώς, επιτρέπει την κατάθεση εναλλακτικών προσφορών, χωρίς ωστόσο να καθορίζει τις ελάχιστες απαιτήσεις, δεν είναι σύμφωνη προς τις επιταγές της οδηγίας 93/37.

66. Συνεπώς, δεν ευσταθεί η αντίρρηση ότι είναι πρακτικώς αδύνατον να καθοριστούν εκ των προτέρων όλα τα κριτήρια, επειδή δεν είναι γνωστό για ποια τμήματα του έργου θα κατατεθούν εναλλακτικές προσφορές. Η αναθέτουσα αρχή πρέπει να είναι σε θέση να προσδιορίσει τις απαιτήσεις που έχει από το προκηρυσσόμενο έργο, καθώς και τις ειδικότερες απαιτήσεις της για τις διάφορες συνιστώσες του έργου, όπως τη φέρουσα ισχύ μιας γέφυρας ή την ικανότητα φορτίου και τη διάρκεια ζωής ενός οδοστρώματος. Με την προκήρυξη ενός δημοσίου έργου πρέπει, κυρίως, να προσδιορίζεται το αποτέλεσμα το οποίο προσδοκά η αναθέτουσα αρχή. Το αν μια προσφορά διασφαλίζει αυτό το αποτέλεσμα πρέπει να εξετάζεται τόσο ως προς τις σύμφωνες προς την προκήρυξη προσφορές όσο και ως προς τις ελλακτικές προσφορές, βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, τα οποία πρέπει να είναι γνωστά στους διαγωνιζόμενους. Δεν έχει σημασία αν πρόκειται για κριτήρια παραδεκτού, στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 19 της οδηγίας 93/37, ή για κριτήρια αναθέσεως, στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 30 της εν λόγω οδηγίας. Οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας ισχύουν και για τις δυο αυτές διατάξεις.

67. Το σύστημα του άρθρου 42, παράγραφος 4, του BVergG επιβάλλει η εναλλακτική προσφορά να είναι ισοδύναμη με τη σύμφωνη προς την προκήρυξη προσφορά. Το κριτήριο αυτό δεν αφορά τα χαρακτηριστικά και τα αποτελέσματα της σύμφωνης προς την προκήρυξη προσφοράς. Αντιθέτως, πρόκειται για την εκτίμηση της προσφοράς σε σχέση με την αποτελούσα το αντικείμενο της προκηρύξεως προσφορά.

68. Το κριτήριο της ισοδυναμίας απαντάται και στο άρθρο 19, παράγραφος 1, όπου τονίζεται ότι οι εναλλακτικές προσφορές λαμβάνονται υπόψη «[...] εφόσον αυτές ανταποκρίνονται στις ελάχιστες απαιτήσεις που έχουν καθορίσει οι εν λόγω αναθέτουσες αρχές». Στην πρόταση της Επιτροπής του 1986 προβλεπόταν: «οι εναλλακτικές προσφορές λαμβάνονται υπόψη εφόσον η ποιότητά τους είναι τουλάχιστον σύμφωνη προς τις προβλεπόμενες απαιτήσεις» [28]. Η διατύπωση αυτή, η οποία τροποποιήθηκε με την οδηγία 89/440, αντικατασταθείσα με τη σημερινή διατύπωση, αντιστοιχεί σε μεγάλο βαθμό με τη διάταξη του άρθρου 42, παράγραφος 4, του BVergG. Η διάταξη αυτή προβλέπει, ότι δεν λαμβάνεται υπόψη μια εναλλακτική προσφορά παρά μόνο όταν «διασφαλίζει ποιοτικώς ισοδύναμη παροχή».

27 — Απόφαση στην υπόθεση Επιτροπή κατά Δανίας (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 9, σκέψεις 37 έως 40)· απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001 στην υπόθεση C-19/00, SIAC (Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 40 επ.).

28 — COM(86) 679 τελικό (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 12), σ. 43, άρθρο 20α, παράγραφος 3.

69. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το κριτήριο της ισοδυναμίας δεν μπορεί να αποτελέσει «ελάχιστη απαίτηση» κατά την έννοια του άρθρου 19 της οδηγίας 93/37. Αντιθέτως, η ισοδυναμία αυτή αφορά το αποτέλεσμα που πρέπει να διασφαλίζει μια εναλλακτική προσφορά. Το αν επιτυγχάνεται ένα τέτοιο αποτέλεσμα πρέπει να εξετάζεται με βάση τις ελάχιστες απαιτήσεις με τις οποίες η αναθέτουσα αρχή προσδίορισε τις απαιτήσεις της ως προς την αποτελούσα το αντικείμενο της προκηρύξεως παροχή. Αυτή καθεαυτή η ισοδυναμία δεν αποτελεί κριτήριο εκτιμήσεως, αλλά απλώς προσδιορίζει το επίπεδο στο οποίο πρέπει να ανταποκρίνεται μια εναλλακτική προσφορά.

70. Συνεπώς, αν το Δικαστήριο το κρίνει αναγκαίο, προτείνω να δοθεί στο σκέλος αυτό του δευτέρου ερωτήματος η ακόλουθη απάντηση: το κριτήριο της ισοδυναμίας βάσει του οποίου γίνεται η εκτίμηση του παραδεκτού μιας εναλλακτικής προσφοράς δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, επιβαλλόμενη από την αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια του άρθρου 19 της οδηγίας 93/37.

Δ — *Επί του τετάρτου και πέμπτου ερωτήματος*

1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

71. Η ASFINAG και η Αυστριακή Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι το τέταρτο και πέμπτο ερώτημα είναι απαράδεκτα ως υποθετικά. Το έργο στο οποίο αναφέρεται η κύρια δίκη έχει ήδη ανατεθεί και οι εργασίες έχουν εκτελεστεί. Το μόνο ζήτημα επί του οποίου καλείται να αποφανθεί το αιτούν δικαστήριο είναι το αν νομίμως αποκλείστηκε η κατάθεση της εναλλακτικής προσφοράς.

72. Επικουρικώς, υποστηρίζουν, όσον αφορά το τέταρτο ερώτημα στοιχείο α', ότι η διαδικασία μπορεί να ολοκληρωθεί. Η ASFINAG στηρίζεται, σχετικώς, στο άρθρο 2 της οδηγίας 89/665 [29]. Η Αυστριακή Κυβέρνηση προβάλλει, σχετικώς, ότι δεν υφίσταται υποχρέωση αναθέσεως [30], συνάγουσα, εξ αντιδιαστολής, ότι η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να ολοκληρώσει τη διαδικασία.

73. Η Traunfellner και η Επιτροπή υποστηρίζουν, όσον αφορά το τέταρτο ερώτημα, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να ολοκληρώσει τη διαδικασία, αλλά οφείλει να την κινήσει εκ νέου, στην περίπτωση που η προκήρυξη δεν είναι σύμφωνη προς το κοινοτικό δίκαιο. Μόνο υπό πολύ αυστηρές προϋποθέσεις είναι δυνατόν να αποκλείεται η κατάθεση εναλλακτικών προσφορών.

29 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 16.

30 — Παραπέμπει στην απόφαση επί της υποθέσεως Metalmeccanica (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 10).

74. Επί του τετάρτου ερωτήματος, στοιχείο β', η Traunfellner υποστηρίζει ότι αν η αναθέτουσα αρχή επιτρέψει την κατάθεση εναλλακτικών προσφορών, οφείλει, επίσης, να επιτρέψει την εκτίμηση της ισοδυναμίας. Ενόψει της μεγάλης δυνατότητας καταθέσεως εναλλακτικών προσφορών, δεν θα ήταν ορθό να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να τις απορρίψει χωρίς εξέταση. Η ASFINAG τάσσεται, επικουρικώς, υπέρ αυτής της απόψεως.

75. Επί του τετάρτου ερωτήματος, στοιχείο β', και επί του πέμπτου ερωτήματος, η Επιτροπή υποστηρίζει, αντιθέτως, ότι πρέπει να απορρίπτονται οι εναλλακτικές προσφορές όταν δεν έχουν καθοριστεί κριτήρια αναθέσεως για την εκτίμηση των τεχνικών διαφορών.

76. Η Traunfellner υποστηρίζει, όσον αφορά το πέμπτο ερώτημα, ότι υποχρέωση επιλογής της φθηνότερης προσφοράς θα ήταν ασυμβίβαστη προς το πνεύμα της οδηγίας. Στην κύρια δίκη, ο έλεγχος της ισοδυναμίας της εναλλακτικής προσφοράς απαιτούσε εκτίμηση των τεχνικών διαφορών. Επιπλέον, η οδοποιία συνιστά τομέα για τον οποίο υπάρχει επαρκής εμπειρία και, επομένως, δεν απαιτείται ο καθορισμός κριτηρίων αναθέσεως για την εξέταση της λειτουργικής τεχνικής ισοδυναμίας.

2. Εκτίμηση

77. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, απόκειται αποκλειστικώς στο εθνικό δικαστήριο, το οποίο έχει επιληφθεί της διαφοράς και φέρει την ευθύνη της μέλουσας να εκδοθεί δικαστικής αποφάσεως, να εκτιμά, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιομορφίες της υποθέσεως, τόσο την αναγκαιότητα μιας προδικαστικής αποφάσεως για την έκδοση της δικής του αποφάσεως όσο και το λυσιτελές των ερωτημάτων που υποβάλλει στο Δικαστήριο. Συνεπώς, όταν τα ερωτήματα αφορούν ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου, το Δικαστήριο υποχρεούται, κατ' αρχήν, να απαντήσει [31].

78. Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει επίσης αποφανθεί ότι, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, πρέπει να εξετάζει τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες το εθνικό δικαστήριο υποβάλλει τα ερωτήματά του, προκειμένου να ελέγξει την αρμοδιότητά του να απαντήσει. Μπορεί να προβάλει άρνηση απαντήσεως σε προδικαστικό ερώτημα εθνικού δικαστηρίου όταν προδήλως προκύπτει ότι η ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου την οποία ζητεί το εθνικό δικαστήριο δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης, όταν το πρόβλημα είναι υποθετικής φύσεως ή ακόμα όταν το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα πραγματικά ή νομικά στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δώσει χρήσιμη απάντηση στα ερωτήματα που του υποβλήθηκαν [32].

79. Όπως ορθώς υπογραμμίζουν η ASFINAG και η Αυστριακή Κυβέρνηση, το

31 — Απόφαση της 15ης Δεκεμβρίου 1995 στην υπόθεση C-415/93, Bosman (Συλλογή 1995, σ. I-4921, σκέψη 59)· απόφαση στην υπόθεση Preussen Elektra (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 15, σκέψη 38)· απόφαση στην υπόθεση Canal Satélite Digital (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 15, σκέψη 18).

32 — Βλ. την παρατιθέμενη στην υποσημείωση 15 νομολογία.

τέταρτο ερώτημα, στοιχεία α' και β', καθώς και το πέμπτο ερώτημα, δεν τίθενται πλέον στο πλαίσιο της κύριας δίκης. Όπως το ίδιο το αιτούν δικαστήριο τονίζει, το έργο κατασκευής των γεφυρών και των οδών έχει ανατεθεί και οι εργασίες έχουν εκτελεστεί. Συνεπώς, το Bundesvergabeamt καλείται πλέον να αποφανθεί περί του αν είναι ή όχι νόμμος ο αποκλεισμός της εναλλακτικής προσφοράς της Traunfellner. Δεν απαιτείται, πλέον, στο πλαίσιο της κύριας δίκης η επίλυση του ζητήματος του αν και πως πρέπει να γίνει η σύναψη της συμβάσεως δημοσίου έργου. Συνεπώς, το τέταρτο και πέμπτο ερώτημα δεν έχουν, προφανώς, καμία σχέση με το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης και είναι υποθετικής φύσεως. Κατά πάγια νομολογία, παρέλκει η απάντηση σε τέτοια ερωτήματα [33].

80. Επικουρικώς, για την περίπτωση που το Δικατήριο κρίνει ότι τα ερωτήματα είναι παραδεκτά, προτείνω να δοθεί η ακόλουθη απάντηση.

81. Τέταρτο ερώτημα, στοιχείο α': Δεν μπορεί να ολοκληρωθεί, δια της αναθέσεως του έργου, διαδικασία συνάψεως συμβάσεως δημοσίου έργου η προκήρυξη της οποίας δεν διευκρινίζει βάσει ποιων κριτηρίων συγκρίσεως θα εκτιμηθεί η ισοδυναμία. Κατ' εφαρμογήν του άρθρου 30, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/37, όλα τα κριτήρια αναθέσεως τη χρησιμοποίηση των οποίων προβλέπει η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μνημονεύονται στην προκήρυξη. Όπως τονίζεται αναφορικά με το δεύτερο και τρίτο ερώτημα, η διάταξη αυτή διαπνέεται από τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας. Η χρησιμοποίηση, για τη συνέχιση της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, κριτηρίων αναθέσεως που δεν έχουν δημοσιευθεί στην προκήρυξη συνιστά παραβίαση αυτών των αρχών. Στο ίδιο, εξάλλου, συμπέρασμα καταλήγει ο γενικός εισαγγελέας Mischo στις προτάσεις της 27ης Φεβρουαρίου 2003 επί της υποθέσεως EVN AG και Wienstrom GmbH [34].

82. Τέταρτο ερώτημα, στοιχείο β': το ερώτημα αυτό τέθηκε μόνο για την περίπτωση που κριθεί ότι μπορεί να ολοκληρωθεί η διαδικασία συνάψεως της δημόσιας συμβάσεως. Βάσει των ανωτέρω σκέψεων, παρέλκει η απάντηση στο ερώτημα αυτό. Για λόγους, απλώς, πληρότητας, τονίζεται ότι οι εναλλακτικές προσφορές δεν μπορούν να εκτιμηθούν αν δεν έχουν δημοσιοποιηθεί με την προκήρυξη κριτήρια εκτιμήσεως. Η εκτίμηση εναλλακτικών προσφορών θα συνιστούσε παραβίαση των διατάξεων της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας.

83. Πέμπτο ερώτημα: σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή έχει αποφασίσει να αναθέσει το έργο στην οικονομικώς πλεονεκτικότερη προσφορά, δεν μπορεί, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να αποφασίσει ανάθεση του έργου βάσει του κριτηρίου της χαμηλότερης τιμής. Αλλαγή των κριτηρίων αναθέσεως κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως συνιστά παραβίαση της υποχρεώσεως διαφάνειας [35]. Συνεπώς, εναλλακτική προσφορά τα

33 — Απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 1981 στην υπόθεση 244/80, Foglia (Συλλογή 1981, σ. 3045, σκέψεις 18 έως 21) απόφαση της 16ης Ιουλίου 1992 στην υπόθεση C-83/91, Meilicke (Συλλογή 1992, σ. I-4871, σκέψη 25) απόφαση της 21ης Ιανουαρίου 2003 στην υπόθεση C-318/00, Bacardi (Συλλογή 2003, σ. I-905, σκέψη 43).

34 — Προτάσεις στην υπόθεση C-448/01 (απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, που δεν έχουν ακόμα δημοσιευθεί στη συλλογή, σημεία 122 επ.)

35 — Απόφαση επί της υποθέσεως SIAC (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 27, σκέψη 43) απόφαση στην υπόθεση Επιτροπή κατά Βελγίου (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψεις 88 επ.).

τεχνικά χαρακτηριστικά της οποίας δεν μπορούν να εκτιμηθούν σε σχέση με την προκήρυξη, βάσει κριτηρίων αναθέσεως, ελλείψει προσδιορισμού ειδικών κριτηρίων στην προκήρυξη, δεν μπορεί να επιλεγεί όταν αποτελεί την προσφορά με το χαμηλότερο τίμημα και δεν έχουν καθοριστεί κριτήρια αναθέσεως. Σε περίπτωση που το έργο ανατίθεται βάσει του κριτηρίου της οικονομικώς πλεονεκτικότερης προσφοράς, απαιτείται να μνημονεύονται, σύμφωνα με το άρθρο 30, παράγραφος 2, της οδηγίας 93/37, τα κριτήρια αναθέσεως. Προκήρυξη που δεν πληροί την προϋπόθεση αυτή είναι παράνομη.

VI — Πρόταση

84. Βάσει των ανωτέρω σκέψεων προτείνω:

1. να κριθούν απαράδεκτα το πρώτο, τέταρτο και πέμπτο ερώτημα·

2. να δοθεί στο δεύτερο και τρίτο ερώτημα η ακόλουθη απάντηση: η παραπομπή σε διάταξη της εθνικής νομοθεσίας δεν αρκεί ούτε ως καθορισμός των ελαχίστων απαιτήσεων, κατά την έννοια του άρθρου 19, ούτε ως καθορισμός των κριτηρίων αναθέσεως κατά την έννοια του άρθρου 30 της οδηγίας 93/37.

   Το κριτήριο της ισοδυναμίας βάσει του οποίου γίνεται η εκτίμηση του παραδεκτού μιας εναλλακτικής προσφοράς δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, επιβαλλόμενη από την αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια του άρθρου 19 της οδηγίας 93/37.