ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ SIEGBERT ALBER

της 7ης Φεβρουαρίου 2001 [1]

I — Εισαγωγή

1. Στα πλαίσια της υπό κρίση αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, το Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (στο εξής: αιτούν δικαστήριο) ερωτά αν είναι δυνατόν να μη ληφθεί υπόψη η βασική ισχύς δημόσιας προκηρύξεως συμβάσεως προμηθείας η οποία δεν προσβλήθηκε εντός της προθεσμίας που προβλέπει το εθνικό δίκαιο, προκειμένου να ληφθεί, πάντως, υπόψη, επ' ευκαιρία (μεταγενέστερης) προσφυγής υποψηφίου κατά του αποκλεισμού του από τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως, το γεγονός ότι ρήτρα της προκηρύξεως συνιστά παραβίαση του κοινοτικού δικαίου. Πρόκειται, ειδικότερα, για την απόδειξη της ικανότητας υποψηφίου σύμφωνα με το άρθρο 22 της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών [2] (στο εξής: οδηγία περί συμβάσεων δημοσίων προμηθειών). Το αιτούν δικαστήριο ζητεί να πληροφορηθεί αν η εθνική αρχή της μη εφαρμογής των διοικητικών πράξεων οι οποίες δεν είναι σύμφωνες με τον νόμο (άρθρο 5 του νόμου 2248 της 20ής Μαρτίου 1865) ισχύει και όσον αφορά τις διατάξεις της προκηρύξεως οι οποίες αντιβαίνουν προς το κοινοτικό δίκαιο. Ερωτά περαιτέρω αν η αρχή αυτή απορρέει και από το άρθρο 6 της Συνθήκης ΕΕ, σε συνδυασμό με το δικαίωμα για δίκαιη δίκη και για αποτελεσματική προσφυγή σύμφωνα με τα άρθρα 6 και 13 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Η εξέταση της προδικαστικής παραπομπής καθιστά αναγκαία, επιπλέον, την ερμηνεία της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων [3] (στο εξής: δικονομική οδηγία).

II — Πραγματικά περιστατικά και διαδικασία

2. Στην κύρια δίκη, η Santex SpA (στο εξής: προσφεύγουσα) προσφεύγει κατά της Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia (στο εξής: καθής) λόγω του αποκλεισμού της από τη διαδικασία αναθέσεως προμηθείας. Προς τούτο, βάλλει κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως καθώς και της προκηρύξεως, η οποία, κατά την άποψή της, περιέχει όρο προσβάσεως αντίθετο προς το κοινοτικό δίκαιο.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

2 — ΕΕ L 199, σ. 1.

3 — ΕΕ L 395, σ. 33.

3. Η καθής δημοσίευσε, σύμφωνα με την αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, στις 23 Οκτωβρίου 1996 στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, προκήρυξη για την «απευθείας κατ' οίκον προμήθεια απορροφητικών προϊόντων για την ακράτεια» για ετήσιο προϋπολογιζόμενο ποσό 1 067 372 000 ιταλικών λιρών (ITL). Η προκήρυξη περιέλαμβανε, στη συνέχεια, διάταξη κατά την οποία επιτρεπόταν η συμμετοχή στη διαδικασία μόνον επιχειρήσεων οι οποίες μπορούσαν να αποδείξουν ότι κατά την τελευταία τριετία είχαν πραγματοποιήσει συνολικό κύκλο εργασιών τουλάχιστον τριπλάσιο, για υπηρεσίες της ίδιας φύσεως με τις αποτελούσες αντικείμενο του διαγωνισμού, του ετησίου προϋπολογιζομένου ποσού.

4. Η προσφεύγουσα επισήμανε, με επιστολή της 25ης Νοεμβρίου 1996 προς τον αρμόδιο επίτροπο της καθής, ότι η προαναφερθείσα διάταξη συνιστά αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού. Επειδή τα τοπικά κέντρα υγείας (aziende sanitarie locali) είχαν καθιερώσει λίαν προσφάτως την υπηρεσία αυτή, η ανωτέρω διάταξη αποκλείει πολυάριθμους ανταγωνιστές, μεταξύ των οποίων και την προσφεύγουσα, μολονότι αυτή είχε πραγματοποιήσει το τελευταίο έτος κύκλο εργασιών διπλάσιο του ετησίου προϋπολογιζομένου ποσού της προμήθειας.

5. Στη συνέχεια, η επιτροπή του διαγωνισμού ανέβαλε το άνοιγμα των προσφορών και ζήτησε από τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις να αποστείλουν πλήρη τεκμηρίωση, θεωρώντας ότι η επίμαχη διάταξη μπορούσε να ερμηνευτεί υπό την έννοια ότι αφορά τον συνολικό κύκλο εργασιών των μετεχουσών επιχειρήσεων και ότι, κατά συνέπεια, η προμήθεια προϊόντων ομοίων προς τα ζητούμενα δεν συνιστά προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό, αλλά πρέπει να ληφθεί υπόψη αποκλειστικά για την αξιολόγηση της ποιότητας [4].

6. Στην ερμηνεία αυτή εναντιώθηκε η εταιρία Sca Mölnlycke SpA, στην οποία είχε ανατεθεί η προμήθεια ομοίων προϊόντων για το προηγούμενο χρονικό διάστημα. Με έγγραφο προς την καθής, ζήτησε την ακριβή τήρηση της επίμαχης ρήτρας της προκηρύξεως.

7. Στη συνέχεια, η καθής ζήτησε από τις μετέχουσες επιχειρήσεις να συμπληρώσουν τα ήδη υποβληθέντα δικαιολογητικά με τη δήλωση του κύκλου εργασιών τους του αφορώντος τις προμήθειες ομοίων προϊόντων και να απαριθμήσουν τα κέντρα υγείας στα οποία οι προμήθειες είχαν πραγματοποιηθεί.

8. Η διαδικασία του διαγωνισμού κατέληξε με τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας και δύο περαιτέρω εταιριών και την ανάθεση της προμήθειας στην εταιρία Mölnlycke.

9. Ισχυριζόμενη ότι, αν της είχε επιτραπεί η συμμετοχή, θα είχε αποσπάσει την ανάθεση, η προσφεύγουσα άσκησε προσφυγή τόσο κατά του αποκλεισμού της από τη διαδικα-

4 — Πρωτόκολλο αριθ. 1 της αναθέτουσας επιτροπής, της 12ης Δεκεμβρίου 1996.

σία του διαγωνισμού και την επακολουθήσασα κατακύρωση, καθώς και κατά της ίδιας της προκηρύξεως, λόγω παραβάσεως του νόμου και υπερβάσεως εξουσίας.

10. Η καθής και η εταιρία Mölnlycke, στην οποία ανατέθηκε η προμήθεια, ισχυρίζονται ότι η προσβολή της προκηρύξεως είναι εκπρόθεσμη και, κατά συνέπεια, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

11. Το αιτούν δικαστήριο δέχθηκε το παρεμπίπτον αίτημα της προσφυγής, να ανασταλεί η εφαρμογή των προσβαλλομένων διατάξεων, με το αιτιολογικό ότι υφίσταται παραβίαση των κοινοτικών αρχών περί ανταγωνισμού. Στο μέτρο που η προκήρυξη θέτει το κριτήριο περί ορισμένου ύψους κύκλου εργασιών, η συμμετοχή των ανταγωνιζομένων επιχειρήσεων περιορίζεται παράνομα και δυσανάλογα. Ακόμη και αν θεωρηθεί εκπρόθεσμη η προσβολή της προκηρύξεως, η διάταξη, πάντως, της προκηρύξεως πρέπει να παραμείνει ανεφάρμοστη λόγω παραβιάσεως του κοινοτικού δικαίου.

12. Η διάταξη αυτή ακυρώθηκε με διάταξη του πέμπτου τμήματος του ιταλικού Συμβουλίου της Επικρατείας (Consiglio di Stato) της 29ης Αυγούστου 1997, η οποία όμως εστερείτο πραγματικής ή νομικής αιτιολογίας.

13. Αφού εξαντλήθηκε η διαδικασία λήψεως των προσωρινών μέτρων, η καθής, η οποία είχε εν τω μεταξύ παρατείνει την προηγούμενη υπηρεσία προμηθείας που της εξασφάλιζε η επιχείρηση Mölnlycke, συνήψε οριστικά τη σύμβαση με την εταιρία αυτή για την επόμενη περίοδο.

14. Στα πλαίσια της κύριας δίκης, το αιτούν δικαστήριο υπέβαλε στο Δικαστήριο αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, ερωτώντας αν το άρθρο 22 της οδηγίας 93/36 ή το άρθρο 6, παράγραφος 2, ΕΕ, σε συνδυασμό με τα άρθρα 6 και 13 της ΕΣΔΑ, έχουν την έννοια ότι οι ρήτρες μιας προκηρύξεως, οι οποίες αντιβαίνουν προς το κοινοτικό δίκαιο, πρέπει να παραμείνουν ανεφάρμοστες και στην περίπτωση κατά την οποία δεν προσβλήθηκαν εμπροθέσμως κατά τις εθνικές δικονομικές διατάξεις.

15. Στην έγγραφη διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου έλαβαν μέρος η Ιταλική, η Γαλλική και η Αυστριακή Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή.

III — Η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως

16. Στα πλαίσια της αιτιολογίας της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, το αιτούν δικαστήριο εκθέτει ότι έχει σημασία για την απόφασή του το γεγονός ότι η προκήρυξη περιλαμβάνει παράνομη κατά το κοινοτικό δίκαιο και τις αντίστοιχες εθνικές

εκτελεστικές διατάξεις ρήτρα [5]. Ειδικότερα, η προϋπόθεση συμμετοχής, κατά την οποία κατά την τελευταία τριετία πρέπει να έχει επιτευχθεί, για υπηρεσίες της ίδιας φύσεως με τις αποτελούσες αντικείμενο της προκηρύξεως, συνολικός κύκλος εργασιών τουλάχιστον τριπλάσιος του ποσού που ορίστηκε στην προκήρυξη, συνιστά παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας και της απαγορεύσεως των διακρίσεων μεταξύ των μετεχουσών επιχειρήσεων. Σύμφωνα, πάντως, με το εθνικό δικονομικό δίκαιο, πρέπει να ληφθεί προηγουμένως απόφαση επί της ενστάσεως περί εκπρόθεσμης ασκήσεως της προσφυγής.

17. Η ένσταση στηρίζεται στο γεγονός ότι η ρήτρα της προκηρύξεως έχει ήδη εμποδίσει τη συμμετοχή της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, η ρήτρα αυτή έθιξε άμεσα και απευθείας το συμφέρον της προσφεύγουσας να μετάσχει στον διαγωνισμό και, επομένως, η προσφεύγουσα έπρεπε να την προσβάλει, αφότου έλαβε γνώση αυτής, εντός της αποκλειστικής προθεσμίας των εξήντα ημερών, σύμφωνα με το άρθρο 36 του βασιλικού διατάγματος 1054, της 6ης Ιουνίου 1924 [6].

18. Εντούτοις, κατά το αιτούν δικαστήριο, τα δικαιώματα και τα συμφέροντα των ανταγωνιστών σε διαδικασίες για την κατακύρωση δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, τόσο στον τομέα της εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου όσο και της εφαρμογής της εθνικής έννομης τάξεως, πρέπει να προστατεύονται αποτελεσματικά. Κατά συνέπεια, οι διατάξεις των προκηρύξεων πρέπει να παραμένουν ανεφάρμοστες, εφόσον περιορίζουν άνευ λόγου το κριτήριο της μέγιστης συμμετοχής στους δημόσιους διαγωνισμούς.

19. Προς τούτο, εφαρμόζονται, κατά κανόνα, δύο αρχές του δικαίου. Αφενός, η αυτόματη ενσωμάτωση δεσμευτικών κανόνων στην προκήρυξη, κατ' αναλογία προς το άρθρο 1339 του ιταλικού Αστικού Κώδικα [7], η οποία δεν μπορεί να εφαμοστεί στην προκειμένη περίπτωση και, αφετέρου, η αρχή της μη εφαρμογής, σύμφωνα με το πάντοτε εν ισχύι άρθρο 5 του νόμου 2248, της 20ής Μαρτίου 1865, παράρτημα Ε [8].

20. Ως προς την αρχή αυτή, το ιταλικό Consiglio di Stato δέχθηκε γενικώς ότι και ο διοικητικός δικαστής δύναται να μην εφαρμόσει, όπως ακριβώς τα τακτικά δικαστήρια, κανονιστική διάταξη η οποία αντιβαίνει προς κανόνα ανώτερης τυπικής ισχύος και θίγει δικαίωμα. Εντούτοις, το Consiglio di Stato δεν συμμερίστηκε την άποψη αυτή, ελλείψει δικαιώματος όσον αφορά τις προκηρύξεις διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Κατά συνέπεια, η προκήρυξη έπρεπε να προσβληθεί εντός εξήντα ημερών, οπότε μετά την εκπνοή της προθεσμίας οι διατάξεις της προκηρύξεως πρέπει να εφαρμόζονται υποχρεωτικά.

5 — Το αιτούν δικαστήριο φρονεί ότι υπάρχει παράβαση τόσο του άρθρου 22 της οδηγίας 93/36 όσο και του άρθρου 3, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του διατάγματος 358, της 24ης Ιουλίου 1992.

6 — Βασιλικό διάταγμα 1054, της 6ης Ιουνίου 1924, που περιλαμβάνει το κωδικοποιημένο κείμενο των νόμων περί του ιταλικού Consiglio di Stato, η οποία ισχύει, σύμφωνα με το άρθρο 19 του νόμου 1034, της 6ης Δεκεμβρίου 1971, και για τα διοικητικά πρωτοδικεία της περιφέρειας.

7 — «Οι επιβαλλόμενες από τον νόμο ρήτρες και τιμές αγαθών ή υπηρεσιών περιλαμβάνονται αυτοδικαίως στη σύμβαση, αντικαθιστώντας, εν ανάγκη, κάθε αντίθετη ρήτρα συνομολογουμένη υπό των μερών».

8 — «Οι δικαστικές αρχές εφαρμόζουν τις πράξεις της διοικήσεως και τις γενικής και τοπικής ισχύος διατάξεις, εφόσον συνάδουν προς τους νόμους».

21. Το ιταλικό δίκαιο διακρίνει μεταξύ εννόμων συμφερόντων, τα οποία απαιτούν πάντοτε την εμπρόθεσμη προσβολή του μέτρου που τα πλήττει, και δικαιωμάτων, τα οποία μπορούν να προστατευθούν με τον νομικό μηχανισμό της μη εφαρμογής. Η συνήθης αυτή εθνικής προελεύσεως διάκριση φαίνεται ότι δεν μπορεί να προβληθεί στο πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου.

22. Το αιτούν δικαστήριο παραπέμπει στην απόφαση Simmenthal [9], με την οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι ο δικαστής που καλείται να εφαρμόσει τις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου έχει την υποχρέωση να εξασφαλίζει την πλήρη αποτελεσματικότητα αυτών των κανόνων του, καθιστώντας — και αυτεπαγγέλτως εν ανάγκη — ανεφάρμοστη κάθε αντίθετη διάταξη της εθνικής νομοθεσίας, χωρίς να υποχρεούται να ζητήσει ή να αναμένει την προηγούμενη κατάργησή της.

23. Περαιτέρω, κατά το αιτούν δικαστήριο που στηρίζεται στη νομολογία του Δικαστηρίου επί των υποθέσεων Van Schijndel και Van Veen [10] καθώς και Eco Swiss [11], πρέπει να ελεγχθεί αν, ενόψει της ιδιαίτερης εξελίξεως της διοικητικής διαδικασίας που οδηγεί στη σύναψη της επίμαχης συμβάσεως προμηθειών, η εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής ή αδύνατη, οπότε πλήττεται η αποτελεσματικότητα της έννομης προστασίας σε συνάρτηση προς την εφαρμογή των κανόνων του ευρωπαϊκού δικαίου.

24. Με τη στάση που υιοθέτησε αρχικώς, προτιμώντας συσταλτική ερμηνεία ή τροποποίηση της επίδικης ρήτρας, η καθής δημιούργησε στην προσφεύγουσα την εντύπωση ότι δεν είναι αναγκαία η προσβολή της προκηρύξεως. Με τη συμπεριφορά της, η καθής δημιούργησε εξ αντικειμένου μια κατάσταση αβεβαιότητας για την προσφεύγουσα. Κατά συνέπεια, πρέπει, εν προκειμένω, να ισχύουν οι ίδιες αρχές με αυτές τις οποίες διαμόρφωσε το Δικαστήριο στην υπόθεση Peterbroeck [12].

25. Το δημόσιο συμφέρον απαιτεί, εν προκειμένω, τη διαπίστωση του παρανόμου χαρακτήρα του προσβαλλομένου αποκλεισμού και, μάλιστα, αφενός, προς αποτελεσματική εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου και, αφετέρου, προς το συμφέρον της δημοσίας διοικήσεως για το άνοιγμα του διαγωνισμού στον ευρύτερο ανταγωνισμό, ως μέσο για την επιλογή του καλυτέρου από ποιοτικής απόψεως προϊόντος στην προσφορότερη τιμή.

26. Είναι δικαιολογημένη η αυτεπάγγελτη επέμβαση του δικαστηρίου κράτους μέλους. Πράγματι, το Δικαστήριο έκρινε, στην υπόθεση Océano Grupo Editorial [13], που αφορούσε τον τομέα των συμβάσεων καταναλωτών, ότι το εθνικό δικαστήριο δύναται, όταν εξετάζει το παραδεκτό αγωγής ασκηθείσας ενώπιόν του, να εκτιμά αυτεπαγγέλτως τη νομιμότητα των προσβαλλομένων συμβατικών ρητρών.

9 — Απόφαση της 9ης Μαρτίου 1978, 106/77 (Συλλογή τόμος 1978, σ. 239).

10 — Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 1995, C-430/93 και C-431/93 (Συλλογή 1995, σ. I-4705).

11 — Απόφαση της 1ης Ιουνίου 1999, C-126/97 (Συλλογή 1999, σ. I-3055).

12 — Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 1995, C-312/93 (Συλλογή 1995, σ. I-4599).

13 — Απόφαση της 27ης Ιουνίου 2000, C-240/98 έως C-244/98 (Συλλογή 2000, σ. I-4941).

27. Η συνέπεια που απορρέει από την υπόθεση Eco Swiss [14], κατά την οποία, σε περίπτωση μη τηρήσεως ορισμένων διατάξεων του εθνικού δικονομικού δικαίου, δεν επιβάλλεται η αυτεπάγγελτη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου, δεν ισχύει στην πραγματική και νομική κατάσταση της υπό κρίση υποθέσεως.

28. Το αιτούν δικαστήριο υποβάλλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα ερωτήματα για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως:

«1) Έχει το άρθρο 22 της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ, της 14ης Ιουνίου 1993, την έννοια ότι τα αρμόδια εθνικά δικαστήρια υποχρεούνται να προστατεύουν τους πολίτες της Ενώσεως, που θίγονται από πράξεις που έχουν εκδοθεί κατά παράβαση του κοινοτικού δικαίου, χρησιμοποιώντας τη δυνατότητα να αφήσουν ανεφάρμοστες, όπως προβλέπει το άρθρο 5 του ιταλικού νόμου της 20ής Μαρτίου 1865, και τις ρήτρες προκηρύξεως διαγωνισμού που προσκρούουν μεν στο κοινοτικό δίκαιο, δεν έχουν προσβληθεί όμως εντός της τασσομένης από το εθνικό δικονομικό δίκαιο σύντομης αποσβεστικής προθεσμίας, για να εφαρμόσουν αυτεπαγγέλτως το κοινοτικό δίκαιο, κάθε φορά που ενδέχεται αφενός μεν η εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου να εμποδίζεται ή τουλάχιστον να δυσχεραίνεται, αφετέρου δε να συντρέχει δημόσιο συμφέρον κοινοτικής ή εθνικής εμπνεύσεως δικαιολογούν την εφαρμογή αυτή;

2) Άγει στο ίδιο συμπέρασμα το άρθρο 6, παράγραφος 2, της Συνθήκης [15], το οποίο, κωδικοποιώντας τον εκ μέρους της Ενώσεως σεβασμό των θεμελιωδών δικαιωμάτων τα οποία κατοχυρώνει η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προστασία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών, υιοθετεί την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, την οποία διατυπώνουν τα άρθρα 6 και 13 της εν λόγω Συμβάσεως;»

IV — Το νομικό πλαίσιο

A — *Το κοινοτικό δίκαιο*

29. Η οδηγία 93/36 (οδηγία περί συμβάσεων δημοσίων προμηθειών) ορίζει στο άρθρο 22 τα εξής:

«1. Η χρηματοπιστωτική και οικονομική ικανότητα του προμηθευτή μπορεί, κατά γενικό κανόνα, να αποδειχθεί με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά:

[...]

14 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 11.

15 — Εννοείται η Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση (σημείωση του συντάκτη).

γ) δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών του και περί του κύκλου εργασιών όσον αφορά τα προϊόντα που αποτέλεσαν αντικείμενο της σύμβασης προμηθειών κατά τα προηγούμενα τρία οικονομικά έτη.

2. Οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ποιο ή ποια δικαιολογητικά, που αναφέρονται στην παράγραφο 1, επιλέγουν και ποια άλλα δικαιολογητικά, πλην των αναφερομένων στην παράγραφο 1, πρέπει να προσκομισθούν.

3. Εάν για οποιονδήποτε βάσιμο λόγο ο προμηθευτής αδυνατεί να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή, είναι δυνατόν να αποδείξει τη χρηματοπιστωτική και οικονομική ικανότητά του με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο.»

30. Περαιτέρω, ασκούν επιρροή, εν προκειμένω, τα άρθρα 1, παράγραφοι 1 και 3, καθώς και τα άρθρα 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', και 6 της οδηγίας 89/665 (δικονομική οδηγία)· τα άρθρα αυτά ορίζουν τα εξής:

«Άρθρο 1

1. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίζεται, όσον αφορά τις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων του δημοσίου που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 71/305/ΕΟΚ και 77/62/ΕΟΚ, ότι οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στα παρακάτω άρθρα, και ιδίως στο άρθρο 2 παράγραφος 7, για το λόγο ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν είτε το κοινοτικό δίκαιο περί συμβάσεων του δημοσίου είτε τους εθνικούς κανόνες που μεταγράφουν το δίκαιο αυτό.

2. [...]

3. Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες προσφυγής μπορούν να κινηθούν, σύμφωνα με προϋποθέσεις που μπορούν να καθορίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση. Ειδικότερα, τα κράτη μέλη μπορούν να απαιτούν από το πρόσωπο που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία αυτή να ενημερώνει προηγουμένως την αναθέτουσα αρχή για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει προσφυγή.

Άρθρο 2

1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται όσον αφορά τις διαδικα-

σίες προσφυγής που ορίζονται στο άρθρο 1 να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου:

α) να λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με την επείγουσα διαδικασία, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της εν λόγω σύμβασης του δημοσίου ή της εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνεται από τις αναθέτουσες αρχές·

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.

2.-5.[...]

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.

7.-8.[...]

Άρθρο 3

1. Η Επιτροπή μπορεί να επικαλείται τη διαδικασία που προβλέπεται στο παρόν άρθρο εφόσον, πριν από τη σύναψη συμβάσεως, θεωρήσει ότι, κατά τη διαδικασία σύναψης συμβάσεως του δημοσίου η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 71/305/ΕΟΚ και 77/62/ΕΟΚ, έχει διαπραχθεί σαφής και κατάφωρη παράβαση των κοινοτικών διατάξεων περί συμβάσεων του δημοσίου.

2.-5.[...]»

B — *Το ιταλικό δίκαιο*

31. Το άρθρο 13 του νομοθετικού διατάγματος 358, της 24ης Ιουλίου 1992, που φέρει τον τίτλο «Κωδικοποιημένο κείμενο των διατάξεων περί συμβάσεων δημοσίων προμηθειών για τη μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο των οδηγιών 77/62/ΕΟΚ, 80/767/ΕΟΚ και 88/295/ΕΟΚ», μεταφέρει στο εσωτερικό δίκαιο το άρθρο 22 της οδηγίας 93/36 και ορίζει τα εξής:

«Άρθρο 13

1. Η χρηματοπιστωτική και οικονομική ικανότητα των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων μπορεί να αποδειχθεί με ένα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά:

α)-β) [...]

γ) δήλωση περί του συνολικού κύκλου τους εργασιών και περί του κύκλου εργασιών που αφορά τα προϊόντα που αποτέλεσαν αντικείμενο της συμβάσεως κατά τα προηγούμενα τρία οικονομικά έτη.

2. Οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ποια από τα έγγραφα που αναφέρονται στην παράγραφο 1 πρέπει να προσκομιστούν και, ενδεχομένως, ποια δικαιολογητικά πρέπει να προσκομιστούν [...]

3. Εάν για οποιοδήποτε βάσιμο λόγο ο προμηθευτής αδυνατεί να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδείξει την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητά του με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο.»

32. Περαιτέρω, το άρθρο 36, παράγραφος 1, του βασιλικού διατάγματος 1054, της 26ης Ιουνίου 1924, το οποίο κωδικοποιεί τους νόμους σχετικά με το Consiglio di Stato, οι οποίοι, βάσει του άρθρου 19 του νόμου 1034, της 6ης Δεκεμβρίου 1971, ισχύουν και για την ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων διαδικασία, έχει επίσης εφαρμογή στην υπό κρίση διαφορά (στο εξής: άρθρο 36 του νόμου της 26ης Ιουνίου 1924)· το άρθρο αυτό ορίζει τα εξής:

«Άρθρο 36

1. Εκτός από τις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι προθεσμίες τάσσονται με ειδικούς νόμους, σχετικούς με τον τομέα τον οποίο αφορά η προσφυγή, η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής ενώπιον του Consiglio di Stato, ως δικαιοδοτικού οργάνου, είναι εξήντα ημέρες από της ημερομηνίας της νομότυπης κοινοποιήσεως της διοικητικής αποφάσεως ή από της ημερομηνίας κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος έλαβε προφανώς πλήρη γνώση της εν λόγω αποφάσεως [...]».

33. Τέλος, στα πλαίσια της υπό κρίση διαφοράς, πρέπει να παρατεθεί το άρθρο 5 του νόμου 2248, της 20ής Μαρτίου 1865:

«Άρθρο 5

Οι δικαστικές αρχές εφαρμόζουν τις διοικητικές πράξεις και τις γενικής και τοπικής ισχύος κανονιστικές πράξεις εφόσον συνάδουν προς τους νόμους.»

V — Παρατηρήσεις των μετεχόντων στη διαδικασία

34. Η *Ιταλική Κυβέρνηση* επισημαίνει ότι το αιτούν δικαστήριο θεωρεί ότι οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου έχουν άμεση ισχύ και, κατά συνέπεια, η προστασία της κοινοτικής έννομης τάξεως απαιτεί από τον δικαστή των κρατών μελών να εξασφαλίζει την αποτελεσματική εφαρμογή των διατάξεων αυτών ανεξαρτήτως της τηρήσεως των εθνικών διαδικαστικών διατάξεων.

35. Όμως, το ιταλικό Consiglio di Stato επιβεβαίωσε προσφάτως, με την απόφαση της 7ης Απριλίου 1998, τη νομολογία του σε σχέση με τους διαγωνισμούς και έκρινε ότι μια πράξη η οποία περιορίζει το δικαίωμα υποψηφίου να μετάσχει σε διαδικασία διαγωνισμού πρέπει να προσβληθεί εντός της συνήθους προθεσμίας των εξήντα ημερών. Μετά την εκπνοή της προθεσμίας αυτής, η διοικητική πράξη δεν μπορεί πλέον να παραμείνει ανεφάρμοστη. Η διοικητική πράξη καθίσταται απρόσβλητη και κάθε προσφυγή που ασκείται κατ' αυτής είναι απαράδεκτη, ενώ όλοι οι λόγοι ακυρώσεως που στηρίζονται στον παράνομο χαρακτήρα της πρέπει να απορρίπτονται.

36. Το απρόσβλητο της διοικητικής πράξεως αποτελεί κύρωση της παθητικής στάσεως του προσώπου το οποίο θεωρεί ότι θίγονται τα δικαιώματά του και ενισχύει την εμπιστοσύνη στη νομιμότητα της δράσεως των διοικητικών αρχών. Το απρόσβλητο της διοικητικής πράξεως αποτελεί επίσης, όπως οι νομικοί θεσμοί της παραγραφής και του δεδικασμένου, επιταγή της ασφαλείας δικαίου. Αν η προκήρυξη μπορούσε να προσβληθεί περαιτέρω, θα προσβάλλονταν η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη και τα οικονομικά συμφέροντα των ανταγωνιστών.

37. Η επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης δεν εξαρτάται τόσο από τη νομική φύση του άρθρου 2 της οδηγίας 93/36 όσο από το αν οι περιλαμβανόμενες στην προκήρυξη απαιτήσεις που αφορούν τη χρηματοπιστωτική και οικονομική ικανότητα είναι νόμιμες. Κατά την άποψη της Ιταλικής Κυβερνήσεως, δεν υπάρχει αμφιβολία περί τούτου. Άλλωστε, το άρθρο 22 της οδηγίας δεν έχει άμεση εφαρμογή.

38. Ενόψει της γενικής υποχρεώσεως συνεργασίας των κρατών μελών κατά την εκτέλεση του κοινοτικού δικαίου, σύμφωνα με το άρθρο 10 ΕΚ, η οποία αφορά και τα δικαστήρια των κρατών μελών, ανακύπτει το ερώτημα της σχέσεως της υποχρεώσεως αυτής προς τις αρχές του εθνικού δικονομικού δικαίου.

39. Η Ιταλική Κυβέρνηση παραπέμπει στην πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, κατά την οποία, ελλείψει διατάξεων του κοινοτικού δικαίου στον τομέα αυτόν, η διαμόρφωση των διαδικασιών που αποσκοπούν στην προστασία των δικαιωμάτων που απορρέουν υπέρ του πολίτη από τις αμέσου ισχύος διατάξεις του κοινοτικού δικαίου εμπίπτει στην εσωτερική έννομη τάξη των κρατών μελών. Συναφώς, οι διαδικασίες αυτές δεν πρέπει να διαμορφώνονται κατά τρόπο λιγότερο ευνοϊκό από τα αντίστοιχα ένδικα βοηθήματα τα οποία αφορούν το εσωτερικό μόνο δίκαιο και δεν μπορούν να καταστήσουν αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απονέμει η κοινοτική έννομη τάξη.

40. Το ιταλικό δίκαιο προβλέπει ότι οι διοικητικές πράξεις πρέπει να προσβληθούν εντός προθεσμίας εξήντα ημερών. Κάθε παράβαση τόσο του εσωτερικού όσο και του κοινοτικού δικαίου μπορεί να έχει ως συνέπεια την ακύρωση της διοικητικής πράξεως. Επομένως, δεν υφίσταται δυσμενής διάκριση και τίποτα δεν εμποδίζει την αποτελεσματική εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Αν δινόταν στον δικαστή η δυνατότητα, σε περίπτωση παραβιάσεως άμεσα εφαρμοστέου κοινοτικού δικαίου, να μην εφαρμόσει το εθνικό δικονομικό δίκαιο, τούτο θα κατέληγε σε αδικαιολόγητη διάκριση σε βάρος των εσωτερικών διατάξεων παρεμφερούς περιεχομένου.

41. Η αρχή της αποτελεσματικής έννομης προστασίας που απορρέει από τα άρθρα 6 και 13 της ΕΣΔΑ ισχύει μόνο για πράξεις του κοινοτικού δικαίου και για εθνικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται για την εφαρμογή του· δεν μπορεί να εφαρμοστεί σε βάρος των δικονομικών διατάξεων των κρατών μελών.

42. Κατά συνέπεια, η Ιταλική Κυβέρνηση προτείνει να δοθούν στα προδικαστικά ερωτήματα οι ακόλουθες απαντήσεις:

Εφόσον κανένας αντικειμενικός λόγος δεν δικαιολογεί διαφορετική δικονομική μεταχείριση των ενδίκων βοηθημάτων τα οποία στηρίζονται, αφενός, σε αμέσου εφαρμογής διατάξεις του κοινοτικού δικαίου και, αφετέρου, σε εσωτερικούς κανόνες παρεμφερούς περιεχομένου, δεν είναι δυνατόν να μην εφαρμοστούν οι δικονομικές διατάξεις των κρατών μελών οι οποίες αποσκοπούν στην έννομη προστασία των δικαιωμάτων τα οποία φέρονται ως προσβαλλόμενα.

43. Η *Αυστριακή Κυβέρνηση* φρονεί ότι το πρώτο ερώτημα σκοπεί στη διευκρίνιση του κατά πόσον το ισχύον κοινοτικό δίκαιο στον τομέα των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων εμποδίζουν την εφαρμογή των διατάξεων περί παραγραφής που απορρέουν από το εθνικό δίκαιο. Κατά συνέπεια, το νομικό πλαίσιο προσδιορίζεται από τη δικονομική οδηγία 89/665 που έχει εφαρμογή στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

44. Η Δημοκρατία της Αυστρίας υποστηρίζει την άποψη ότι είναι θεμιτό να υπόκειται σε προθεσμίες η υποβολή αιτημάτων στο αρμόδιο για τις προσφυγές όργανο στα πλαίσια των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, εφόσον κατά τον τρόπο αυτό δεν καταστρατηγούνται οι στόχοι της δικονομικής οδηγίας και δεν παραβιάζονται οι απορρέουσες από τη ΣΕΚ επιταγές της αποτελεσματικότητας και της ίσης μεταχειρίσεως. Η ίδια η οδηγία δεν περιέχει καμία διάταξη που να διέπει την οργάνωση των αρμόδιων για τις προσφυγές αρχών και τη διαδικασία που πρέπει να τηρηθεί ενώπιον των αρχών αυτών. Κατά συνέπεια, η διαμόρφωση των διαδικασιών αυτών εμπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών.

45. Η αποκλειστική προθεσμία των εξήντα ημερών για την προσβολή των διοικητικών αποφάσεων που αποτελεί το αντικείμενο της υπό κρίση υποθέσεως δεν θίγει την έννομη προστασία των λοιπών υποψηφίων και προσφερόντων. Αντιθέτως, είναι, προς το συμφέρον των υποψηφίων και προσφερόντων, αλλά και προς το δημόσιο συμφέρον για χρηστή διοίκηση, καθώς και προς το συμφέρον του ιδίου του προσφεύγοντος, ότι οι παράνομες αποφάσεις, μόλις καταστούν γνωστές, εντοπίζονται και καταργούνται όσο το δυνατόν νωρίτερα.

46. Κατά συνέπεια, η Δημοκρατία της Αυστρίας προτείνει να δοθεί στο προδικαστικό ερώτημα η ακόλουθη απάντηση:

Η οδηγία 89/665 δεν εμποδίζει την εφαρμογή εθνικής διατάξεως η οποία προβλέπει, για τον λαμβάνοντα γνώση της παραβάσεως των διατάξεων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά συγκεκριμένης αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, οπότε, μετά την εκπνοή της προθεσμίας αυτής, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν μπορεί πλέον να προσβληθεί στα πλαίσια μεταγενεστέρου σταδίου της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως. Η προβλεπόμενη προθεσμία δεν μπορεί να είναι τέτοια ώστε να καθιστά πρακτικώς αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την άσκηση της προσφυγής ή τη διεξαγωγή της διαδικασίας. Είναι δυνατόν να προβλεφθεί ότι, μόλις καταστεί γνωστή η παράβαση των κανόνων περί συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, κάθε πλημμέλεια πρέπει να προβληθεί εντός της προς τούτο προβλεπομένης προθεσμίας, επί ποινή παραγραφής.

47. Η *Γαλλική Κυβέρνηση* αντιλαμβάνεται το πρώτο ερώτημα υπό την έννοια ότι ερωτάται αν το εθνικό δικαστήριο οφείλει να εξετάσει αυτεπαγγέλτως τη συμβατότητα της εθνικής πράξεως προς διάταξη του κοινοτικού δικαίου, στην περίπτωση κατά την οποία η πράξη δεν προσβλήθηκε εντός της προβλεπομένης από τις εθνικές δικονομικές διατάξεις προθεσμίας. Η Γαλλική Κυβέρνηση προτείνει να δοθεί στο ερώτημα αυτό αρνητική απάντηση.

48. Και η Γαλλική Κυβέρνηση παραπέμπει στην απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Peterbroeck [16] και καταλήγει στο συμπέρασμα ότι μια προθεσμία εξήντα ημερών, όπως η προβλεπόμενη στην Ιταλία για την

16 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 12 (σκέψη 12).

προσβολή των διοικητικών πράξεων, δεν καθιστά πρακτικώς αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απονέμει η κοινοτική έννομη τάξη.

49. Κατά την Γαλλική Κυβέρνηση, οι αποκλειστικές προθεσμίες εξυπηρετούν την εφαρμογή της αρχής της ασφαλείας δικαίου σε σχέση με κάθε διάδικο, στο μέτρο που η δυνατότητα προσβολής διοικητικής πράξεως εντάσσεται σε νομικό πλαίσιο και περιορίζεται χρονικά. Η ασφάλεια δικαίου ανήκει στις θεμελιώδεις αρχές της κοινοτικής έννομης τάξεως. Οι αρχές αυτές είναι δημοσίας τάξεως, τις οποίες πρέπει να τηρούν οι διάδικοι και ο δικαστής.

50. Στο μέτρο που το αιτούν δικαστήριο φρονεί ότι, στην υπό κρίση περίπτωση, η συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής μετά τη δημοσίευση της προκηρύξεως συνέβαλε στο απαράδεκτο του ενδίκου βοηθήματος της προσφεύγουσας, η Γαλλική Κυβέρνηση παραπέμπει στην υπόθεση Edis [17]. Η νομολογία αυτή αναγνωρίζει βεβαίως ότι η συμπεριφορά εθνικής αρχής, συνδυαζόμενη με την ύπαρξη προθεσμίας, μπορεί να έχει ως συνέπεια να στερήσει παντελώς τον προσφεύγοντα από τη δυνατότητα επικλήσεως των δικαιωμάτων του ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων. Εντούτοις, μια επιχείρηση όπως η προσφεύγουσα δεν μπορούσε να αγνοήσει την ανάγκη της προληπτικής ασκήσεως ενδίκου βοηθήματος εντός των προθεσμιών, έστω και αν διεξάγει ταυτοχρόνως διαπραγματεύσεις με την αναθέτουσα αρχή.

17 — Απόφαση της 15ης Σεπτεμβρίου 1998, C-231/96 (Συλλογή 1998, σ. I-4951, σκέψη 48).

51. Κατά συνέπεια, η Γαλλική Κυβέρνηση προτείνει να δοθούν στα προδικαστικά ερωτήματα οι ακόλουθες απαντήσεις:

Το κοινοτικό δίκαιο δεν υποχρεώνει το δικαστήριο το οποίο επελήφθη υποθέσεως στα πλαίσια της δικαιοδοσίας του να εξετάσει αυτεπαγγέλτως τη συμβατότητα πράξεως του εσωτερικού δικαίου προς το κοινοτικό δίκαιο, στην περίπτωση κατά την οποία η πράξη αυτή δεν προσβλήθηκε από τον ενδιαφερόμενο εντός των προθεσμιών που προβλέπει το δικονομικό δίκαιο του κράτους μέλους.

Το άρθρο 6, παράγραφος 2, της ΕΕ δεν επιβάλλει, στο μέτρο που παραπέμπει στα άρθρα 6 και 13 της ΕΣΔΑ, περαιτέρω υποχρεώσεις.

52. Η *Επιτροπή* επισημαίνει, κατ' αρχάς, με τις παρατηρήσεις της ότι τα μνημονευόμενα στη νομολογία του Δικαστηρίου κριτήρια για την αξιολόγηση των συστημάτων έννομης προστασίας των κρατών μελών, όπως η απαγόρευση των διακρίσεων και η απαίτηση να μην καθίσταται η άσκηση δικαιωμάτων πρακτικώς αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερής, μπορούν να εφαρμοστούν μόνο στην περίπτωση κατά την οποία το κοινοτικό δίκαιο δεν περιλαμβάνει, είτε άμεσα είτε με εναρμονισμένες νομικές διατάξεις, τους κανόνες οι οποίοι πρέπει να εφαρμοστούν στο δίκαιο των κρατών μελών. Στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων υφίσταται η οδηγία 89/665, υπό το πρίσμα της οποίας πρέπει να εξεταστεί η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

53. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή προτείνει την αναδιατύπωση του προδικαστικού ερωτήματος ως εξής:

Έχει η οδηγία 89/665 την έννοια ότι τα αρμόδια δικαστήρια των κρατών μελών οφείλουν να προστατεύσουν τους πολίτες της Ενώσεως, των οποίων τα δικαιώματα προσβλήθηκαν με πράξη που εκδόθηκε κατά παράβαση της οδηγίας 93/36, αφήνοντας ανεφάρμοστες τις αντίθετες προς το κοινοτικό δίκαιο ρήτρες προκηρύξεως, οι οποίες δεν προσβλήθηκαν εντός των προθεσμών που προβλέπει το εθνικό δικονομικό δίκαιο, προκειμένου να εφαρμόσουν αυτεπαγγέλτως το κοινοτικό δίκαιο σε κάθε στάδιο της διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, συμπεριλαμβανομένου του σταδίου της αποφάσεως περί κατακυρώσεως;

54. Λαμβανομένου υπόψη ότι η δικονομική οδηγία 89/665 προβλέπει την υποχρέωση των κρατών μελών να μεριμνούν ώστε οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και ταχείας εκδικάσεως ενδίκων βοηθημάτων, τα οποία καθιστούν δυνατή την ακύρωση παρανόμων αποφάσεων ανεξαρτήτως του αν προηγούμενη απόφαση προσβλήθηκε εντός των προβλεπομένων προθεσμών, πρέπει να εξεταστεί αν η απόφαση περί κατακυρώσεως του διαγωνισμού και η απόφαση περί αποκλεισμού συνιστούν «αποφάσεις» υπό την έννοια της οδηγίας.

55. Ο κατάλογος των παρανόμων και δυναμένων να προσβληθούν αποφάσεων, οι οποίες κατονομάζονται στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της δικονομικής οδηγίας, έχει απλώς ενδεικτικό και σε καμία περίπτωση εξαντλητικό χαρακτήρα. Όσον αφορά την απόφαση περί κατακυρώσεως, η Επιτροπή παραπέμπει στην υπόθεση Alcatel Austria κ.λπ.[18], με την οποία διαπιστώθηκε ότι η απόφαση περί κατακυρώσεως αποτελεί απόφαση υπό την έννοια της οδηγίας 89/665.

56. Όσον αφορά την απόφαση περί αποκλεισμού, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι η αναθέτουσα αρχή απαντά με την πράξη αυτή στην αίτηση της επιχειρήσεως να μετάσχει στη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως. Με την απόφαση αυτή, η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται στις γενικές και ειδικές διατάξεις της προκηρύξεως και, κατά συνέπεια, λαμβάνει θέση ως προς την ερμηνεία τους. Επομένως, η ενέργεια αυτή συνιστά νέα και αυτόνομη απόφαση. Στην περίπτωση κατά την οποία η προκήρυξη παραβιάζει διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει άμεσα το κοινοτικό δίκαιο και να λάβει νόμιμη απόφαση.

57. Κατά συνέπεια, η απόφαση περί αποκλεισμού συνιστά απόφαση υπό την έννοια της οδηγίας 89/665, η οποία πρέπει να μπορεί να προσβληθεί με ταχύ και αποτελεσματικό ένδικο βοήθημα, χωρίς να είναι αναγκαίο να ληφθεί υπόψη μια παράνομη προκήρυξη η οποία, επομένως, δεν πρέπει να εφαρμοστεί.

58. Στην υπό κρίση υπόθεση, η αναθέτουσα αρχή δημούργησε επιπλέον την εντύπωση,

18 — Απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98 (Συλλογή 1999, σ. I-7671).

αρχικώς, ότι η επίδικη διάταξη της προκηρύξεως μπορούσε να θεωρηθεί ως κριτήριο αναθέσεως και όχι ως κριτήριο επιλογής και, κατά συνέπεια, ερμήνευσε την προκήρυξη σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο, εφαρμόζοντάς την άμεσα.

59. Οι προπαρασκευαστικές πράξεις της οδηγίας 89/665 επιβεβαιώνουν την ανωτέρω υποστηριζόμενη ερμηνεία. Η αρχική πρόταση της Επιτροπής προέβλεπε τα εξής: «Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για να εξασφαλίζεται ότι, σε κάθε στάδιο της διαδικασίας συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, υφίσταται η δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικών διοικητικών προσφυγών και/ή ενδίκων βοηθημάτων [...]» [19]. Κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες του Συμβουλίου, η φράση «σε κάθε στάδιο της διαδικασίας συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων» διεγράφη, χωρίς παροχή διευκρινίσεων, ενώ η ιταλική αντιπροσωπεία ζήτησε να αντικατασταθεί η φράση «οι αποφάσεις» με τη φράση «κάθε απόφαση». Στη συνέχεια, η ιταλική αντιπροσωπεία απέσυρε το αίτημα αυτό κατόπιν κοινής δηλώσεως για το άρθρο 1, η οποία καταχωρήθηκε στα πρακτικά. Η κοινή δήλωση ορίζει, κατ' ουσίαν, τα εξής: Το Συμβούλιο και η Επιτροπή δηλώνουν ότι, υπό την έννοια της παρούσας οδηγίας, κάθε πρόσωπο που αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία για τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως λόγω εικαζομένης παραβάσεως έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση και υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία.

19 — ΕΕ 1987, C 230, σ. 6.

60. Η Επιτροπή προτείνει να δοθεί στο προδικαστικό ερώτημα η ακόλουθη απάντηση:

Η οδηγία 89/665 επιβάλλει στα αρμόδια δικαστήρια των κρατών μελών την υποχρέωση να εξασφαλίζουν την προστασία των πολιτών της Ενώσεως, οι οποίοι θίγονται από διοικητικές πράξεις που έχουν εκδοθεί κατά παράβαση της οδηγίας 93/36, κάνοντας χρήση της δυνατότητας να μην εφαρμόζουν ρήτρες προκηρύξεως οι οποίες είναι αντίθετες προς το κοινοτικό δίκαιο, πλην όμως δεν προσβλήθηκαν εντός της προθεσμίας που προβλέπει το δικονομικό δίκαιο του κράτους μέλους, προκειμένου να εφαρμόσουν το κοινοτικό δίκαιο αυτεπαγγέλτως σε κάθε στάδιο της διαδικασίας της συνάψεως της συμβάσεως, περιλαμβανομένης και της αποφάσεως περί αναθέσεως.

VI — Εκτίμηση

61. Αν εξεταστούν τα προδικαστικά ερωτήματα στο πλαίσιο αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, καθίσταται σαφές ότι το αιτούν δικαστήριο, αντίθετα προς ό,τι συνάγεται από τη διατύπωση του πρώτου ερωτήματος, δεν ζητεί, στην πραγματικότητα, την ερμηνεία του άρθρου 22 της οδηγίας 93/36. Το αιτούν δικαστήριο φαίνεται να έχει πειστεί για τον παράνομο χαρακτήρα της επίδικης ρήτρας της προκηρύξεως. Φρονεί ότι η ρήτρα είναι αντίθετη τόσο προς το άρθρο 22 της οδηγίας 93/36 όσο και προς το άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο c, του διατάγματος 358, της 24ης Ιουλίου 1992, το

οποίο θεσπίστηκε για τη μεταφορά της κοινοτικής διατάξεως στο δίκαιο του κράτους μέλους.

62. Η Ιταλική Κυβέρνηση άφησε, βεβαίως, να νοηθεί ότι θεωρεί ότι η επίδικη ρήτρα είναι σύμφωνη με τις εφαρμοστέες διατάξεις. Εντούτοις, αν η επίδικη ρήτρα δεν θεωρηθεί αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο, το ερώτημα του Δικαστηρίου αν και, σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, υπό ποίες προϋποθέσεις η ρήτρα μπορεί να μη ληφθεί υπόψη, το οποίο βαίνει πέραν του ανωτέρω ζητήματος, θα ήταν άνευ αντικειμένου. Κατά συνέπεια, για την περαιτέρω εξέταση των προδικαστικών ερωτημάτων, πρέπει να γίνει δεκτό, σύμφωνα και με την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου, ότι η επίδικη ρήτρα πρέπει να θεωρηθεί παράνομη, τόσο από την άποψη του κοινοτικού δικαίου όσο και από την άποψη των εκτελεστικών διατάξεων του κράτους μέλους.

63. Το αιτούν δικαστήριο, προκειμένου να αποφανθεί επί της υποθέσεως που εκκρεμεί ενώπιόν του, αντιμετωπίζει το εξής πρόβλημα: φρονεί ότι η ρήτρα η οποία προκάλεσε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από τη διαδικασία του διαγωνισμού είναι παράνομη, πλην όμως κατέστη απρόσβλητη δυνάμει του δικονομικού δικαίου του κράτους μέλους[20]. Από τις παρατηρήσεις της Ιταλικής Κυβερνήσεως συνάγεται όχι μόνον ότι η εκπρόθεσμη προσφυγή κατά της διοικητικής πράξεως είναι απαράδεκτη, αλλά και ότι όλοι οι λόγοι ακυρώσεως που στηρίζονται στον παράνομο χαρακτήρα της διοικητικής πράξεως και προβάλλονται στα πλαίσια άλλης διαδικασίας πρέπει να απορρίπτονται ως απαράδεκτοι. Τούτο σημαίνει ότι, κατά κανόνα, δεν είναι πλέον δυνατός ούτε ο παρεμπίπτων έλεγχος της επίμαχης διοικητικής πράξεως στα πλαίσια μεταγενέστερης διοικητικής φύσεως δίκης.

64. Κατά την προφορική διαδικασία, οι ερωτήσεις του εισηγητή δικαστή προκάλεσαν συζήτηση η οποία κατέληξε στα εξής: Ο παρεμπίπτων έλεγχος μιας παράνομης διοικητικής πράξεως δεν είναι, κατ' αρχήν, άγνωστος στο ιταλικό δίκαιο. Στα πλαίσια αστικής δίκης, η οποία αφορά, για παράδειγμα, την αξίωση αποζημιώσεως λόγω παράνομης διοικητικής πράξεως, ο παρεμπίπτων έλεγχος είναι απολύτως δυνατός. Μόνο στα πλαίσια μιας διοικητικής φύσεως δίκης, οπότε πρέπει να λαμβάνεται πρωτίστως υπόψη το δημόσιο συμφέρον στη διατήρηση της ισχύος της διοικητικής πράξεως, ο παράνομος χαρακτήρας της πράξεως αυτής δεν μπορεί να προβληθεί ως λόγος ακυρώσεως.

65. Το αιτούν δικαστήριο ανέφερε, με την αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, ότι, για την προστασία των δικαιωμάτων — σύμφωνα με τη νομολογία του ιταλικού Consiglio di Stato —, και ο διοικητικός δικαστής μπορεί να μην εφαρμόσει διάταξη κανονιστικής αποφάσεως, αντιβαίνουσα προς κανόνα υπέρτερης τυπικής ισχύος, όπως και τα τακτικά δικαστήρια. Το αιτούν δικαστήριο δεν αμφισβητεί ότι αυτό ισχύει και για τις διοικητικές πράξεις οι οποίες αντιβαίνουν προς το κοινοτικό δίκαιο.

20 — Πρβλ. το άρθρο 36 του κανονισμού 1054 της 6ης Ιουνίου 1924, κατά το οποίο οι διοικητικές πράξεις πρέπει να προσβληθούν εντός εξήντα ημερών από της ημερομηνίας κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος έλαβε γνώση της σχετικής πράξεως, άλλως η διοικητική πράξη καθίσταται απρόσβλητη.

66. Επομένως, σημασία έχει ο χαρακτηρισμός της νομικής θέσεως του ενδεχομένου προσφεύγοντος — αν αυτός μπορεί να προβάλει δικαιώματα ή μόνον έννομα συμφέροντα — προκειμένου να καταστεί δυνατός, κατά το δίκαιο του κράτους μέλους, ο παρεμπίπτων έλεγχος διοικητικής πράξεως που θεωρείται παράνομη.

67. Εφόσον η νομική θέση του προσφεύγοντος που προκύπτει από την παράβαση του άρθρου 22 της οδηγίας 93/36 και τη συνακόλουθη παράβαση της εκτελεστικής διατάξεως δεν αποτελεί προφανώς προσβολή «δικαιωμάτων» υπό την έννοια του ιταλικού δικαίου, το αιτούν δικαστήριο δεν δύναται να λάβει υπόψη τον παράνομο χαρακτήρα της προκηρύξεως, ως προς τον οποίο είναι πεπεισμένο, στα πλαίσια της δίκης όπου ζητείται η ακύρωση της αποφάσεως περί αποκλεισμού.

68. Στο πλαίσιο αυτό, το πρώτο ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου πρέπει να ερμηνευθεί — αντίθετα προς τη διατύπωση που πρότειναν τα μέρη κατά τη διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου — υπό την έννοια ότι αφορά το κατά πόσον το άρθρο 22 της οδηγίας 93/36 απονέμει δικαιώματα στους υποψηφίους. Επομένως, πρόκειται για τον ορισμό της νομικής καταστάσεως των μετεχόντων στη διαδικασία του διαγωνισμού όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 22 της οδηγίας 93/36.

69. Από την άποψη αυτή, έχουν σημασία και οι παρατηρήσεις της Ιταλικής Κυβερνήσεως σχετικά με τη νομική φύση του άρθρου 22 της οδηγίας 93/36 και, ενδεχομένως, σχετικά με την άμεση ισχύ του, εφόσον η νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με την άμεση ισχύ των διατάξεων των οδηγιών στηρίζεται στην ιδέα ότι το νομικό καθεστώς που απονέμει στον ιδιώτη η οδηγία είναι άξιο προστασίας. Κατά πάγια νομολογία, ο ιδιώτης μπορεί να επικαλεστεί εναντίον του κράτους τις διατάξεις οδηγίας που έχουν ανεπιφύλακτο και αρκούντως σαφή χαρακτήρα, στο μέτρο που οι διατάξεις αυτές απονέμουν δικαιώματα [21].

70. Το άρθρο 22 βρίσκεται στον τίτλο IV της οδηγίας 93/36, στο κεφάλαιο 2: «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής». Η διάταξη αυτή ρυθμίζει το ζήτημα των δικαιολογητικών που μπορεί να απαιτήσει η αναθέτουσα αρχή, με τα οποία οι ενδεχόμενοι προμηθευτές μπορούν να αποδείξουν τη χρηματοπιστωτική και οικονομική ικανότητά τους. Η οδηγία προβλέπει συναφώς τρεις εναλλακτικές λύσεις:

«α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις·

β) ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών της επιχείρησης, στην περίπτωση που η δημοσίευση των ισολογισμών απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής·

21 — Βλ. συναφώς, κατ' αρχήν, την απόφαση της 19ης Ιανουαρίου 1982, 8/81, Becker (Συλλογή 1982, σ. 53, σκέψη 25).

γ) δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών του και περί του κύκλου εργασιών όσον αφορά τα προϊόντα που αποτέλεσαν αντικείμενο της σύμβασης προμηθειών κατά τα προηγούμενα τρία οικονομικά έτη.»

71. Από την παράγραφο 2 της διατάξεως προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει τα διάφορα δικαιολογητικά είτε εναλλακτικά είτε σωρευτικά και ότι η απαρίθμηση των δικαιολογητικών δεν είναι εξαντλητική. Πράγματι, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να ορίζει, στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών, ποια *άλλα* δικαιολογητικά, πλην των αναφερομένων στην παράγραφο 1, πρέπει να προσκομιστούν. Επιπλέον, η παράγραφος 3 παρέχει στον ενδεχόμενο προμηθευτή τη δυνατότητα να αποδείξει τη χρηματοπιστωτική και οικονομική ικανότητά του με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο, αν για οποιοδήποτε «βάσιμο λόγο» ο προμηθευτής αδυνατεί να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή.

72. Επομένως, η διάταξη παρέχει εγγυήσεις για τον ενδεχόμενο προμηθευτή όσον αφορά τις δυνατότητες της συμμετοχής του στη διαδικασία του διαγωνισμού.

73. Εντούτοις, η υπό κρίση περίπτωση δεν αφορά το ζήτημα της άμεσης εφαρμογής των διατάξεων της οδηγίας, εφόσον είναι σαφές ότι η κρίσιμη διάταξη της οδηγίας μεταφέρθηκε προσηκόντως[22] στο εσωτερικό δίκαιο του κράτους μέλους. Τα προβλήματα τα οποία προκύπτουν στα πλαίσια της κύριας δίκης από την παράβαση των διατάξεων αυτών αφορούν τον τομέα της έννομης προστασίας.

74. Η έννομη προστασία από ρήτρα μιας προκηρύξεως η οποία θεωρείται παράνομη μπορεί να αφορά διάφορα επίπεδα. Αφενός, μπορεί να αφορά την άμεση προσβολή της προκηρύξεως, η οποία — όπως προεκτέθηκε — στο ιταλικό δίκαιο πρέπει να πραγματοποιηθεί εντός εξήντα ημερών. Αφετέρου, όμως, η παρανομία μπορεί να εξακολουθήσει να υφίσταται, ενδεχομένως να ενισχυθεί ή να εμφανιστεί για πρώτη φορά σε μεταγενέστερο στάδιο της διαδικασίας, οπότε αντικείμενο της προσβολής δεν είναι πλέον η προκήρυξη αφεαυτής, αλλά η απόφαση που ρυθμίζει ή περατώνει το εκάστοτε στάδιο της διαδικασίας. Στη διαφορά της κύριας δίκης, τον προσφεύγοντα έθιξε άμεσα η απόφαση περί αποκλεισμού, η οποία αποτελεί το αντικείμενο της προσφυγής ακυρώσεως που άσκησε.

75. Το ερώτημα που ανακύπτει στην περίπτωση αυτή είναι αν και, σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, σε ποια έκταση η αρχική παρανομία μιας ρήτρας της προκηρύξεως μπορεί να έχει ως συνέπεια την ακύρωση της μεταγενέστερης αποφάσεως.

76. Κατ' αρχήν, το καθεστώς περί ενδίκων βοηθημάτων κατά διοικητικών πράξεων

22 — Τουλάχιστον δεν τέθηκε θέμα ελλιπούς μεταφοράς της διατάξεως της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο ούτε εντοπίστηκε σχετική πλημμέλεια.

αποτελεί ζήτημα που ρυθμίζει η έννομη τάξη των κρατών μελών. Εντούτοις, όταν πρόκειται για την εφαρμογή των αποτελεσμάτων του κοινοτικού δικαίου, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι γενικές αρχές που διαμόρφωσε το Δικαστήριο στην πάγια νομολογία του. Πρόκειται για την αρχή της ισοδυναμίας και την αρχή της αποτελεσματικότητας. Κατά τις αρχές αυτές, οι οποίες χαρακτηρίστηκαν ως τέτοιες στην πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου [23], οι διαδικασίες που αποσκοπούν στην προστασία των δικαιωμάτων που απονέμει στον πολίτη το κοινοτικό δίκαιο δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκές από αντίστοιχες προσφυγές που αφορούν το εσωτερικό δίκαιο ούτε να καθιστούν αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που χορηγεί η κοινοτική έννομη τάξη [24].

77. Το Δικαστήριο επαναλαμβάνει, κατά πάγια νομολογία [25], ότι στα δικαστήρια των κρατών μελών εναπόκειται, κατ' εφαρμογήν της αρχής της συνεργασίας, να διασφαλίζουν την έννομη προστασία που απορρέει, για τους διαδίκους, από το άμεσο αποτέλεσμα του κοινοτικού δικαίου. «*Ελλείψει σχετικής κοινοτικής ρυθμίσεως,* στην εσωτερική έννομη τάξη κάθε κράτους μέλους απόκειται να ορίσει τα αρμόδια δικαστήρια και να ρυθμίσει τις διαδικαστικές λεπτομέρειες ασκήσεως προσφυγών που αποσκοπούν στην κατοχύρωση της προστασίας των δικαιωμάτων που οι διάδικοι αντλούν από το άμεσο αποτέλεσμα του κοινοτικού δικαίου [...]» [26].

78. Κατά συνέπεια, πρέπει να εξεταστεί, κατ' αρχάς, αν υφίσταται κοινοτική ρύθμιση αφορώσα τα πραγματικά περιστατικά της υπό κρίση υποθέσεως. Η οδηγία 89/665, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, θέτει τις ελάχιστες προϋποθέσεις τις οποίες πρέπει να πληροί η παρεχόμενη έννομη προστασία. Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας προβλέπει ότι τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίζεται ότι οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, για τον λόγο ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν το κοινοτικό δίκαιο περί συμβάσεων του δημοσίου. Σύμφωνα με την παράγραφο 3 της διατάξεως, τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι οι διαδικασίες εκδικάσεως προσφυγής μπορούν να κινηθούν από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από φερόμενη παράβαση.

79. Κατά συνέπεια, ο υποψήφιος που αποκλείσθηκε περιλαμβάνεται αναμφιβόλως

23 — Πρβλ. την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17 απόφαση Edis (σκέψη 34).

24 — Βλ. την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 12 απόφαση Peterbroeck (σκέψη 12), καθώς και τις παρατηρήσεις της Ιταλικής Κυβερνήσεως, σ. 9.

25 — Βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 16ης Δεκεμβρίου 1976, 33/76, Rewe (Συλλογή τόμος 1976, σ. 747, σκέψη 5) και 45/76, Comet (Συλλογή τόμος 1976, σ. 765, σκέψεις 12 έως 16)· της 27ης Φεβρουαρίου 1980, 68/79, Just (Συλλογή τόμος 1980/Ι, σ. 253, σκέψη 25)· της 9ης Νοεμβρίου 1983, 199/82, San Giorgio (Συλλογή 1983, σ. 3595, σκέψη 14)· της 25ης Φεβρουαρίου 1988, 331/85, 376/85 και 378/85, Bianco και Girard (Συλλογή 1988, σ. 1099, σκέψη 12)· της 24ης Μαρτίου 1988, 104/86, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1988, σ. 1799, σκέψη 7)· της 14ης Ιουλίου 1988, 123/87 και 330/87, Jeunehomme και EGI (Συλλογή 1988, σ. 4517, σκέψη 17)· της 19ης Νοεμβρίου 1991, C-6/90 και C-9/90, Francovich κ.λπ. (Συλλογή 1991, σ. I-5357, σκέψη 43)· της 9ης Ιουνίου 1992, C-96/91, Επιτροπή κατά Ισπανίας (Συλλογή 1992, σ. I-3789, σκέψη 12), και Peterbroeck, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 12 (σκέψη 12).

26 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 12 απόφαση Peterbroeck (σκέψη 12)· η υπογράμμιση δική μου.

στον κύκλο των υποκειμένων δικαίου τα οποία μπορούν να κάνουν χρήση του δικαιώματος ασκήσεως προσφυγής. Εντούτοις, δεν έχει ακόμη διευκρινιστεί ποιες αποφάσεις μπορούν ή πρέπει να αποτελέσουν αντικείμενο του ελέγχου. Η οδηγία δεν περιλαμβάνει εξαντλητική απαρίθμηση των αποφάσεων που μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο προσφυγής. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', ορίζει απλώς τα εξής:

«Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνονται [...] να προβλέπουν τις αναγκαίες εξουσίες προκειμένου 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».

80. Έστω και αν η κύρια δίκη αφορά ενδεχομένως οικονομικές και χρηματοπιστωτικές προδιαγραφές που εισάγουν δυσμενείς διακρίσεις, δεν έχει ακόμη διευκρινιστεί σε ποιο στάδιο της διαδικασίας του διαγωνισμού μπορούν να προβληθούν οι προδιαγραφές αυτές. Επομένως, σημασία έχει αν η απόφαση περί αποκλεισμού συνιστά αφεαυτής ακυρώσιμη απόφαση υπό την έννοια της οδηγίας και αν, ενδεχομένως, στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής, μπορεί να προβληθεί το γεγονός ότι ορισμένες οικονομικές ή χρηματοπιστωτικές προδιαγραφές εισάγουν δυσμενείς διακρίσεις.

81. Στην υπόθεση Alcatel Austria κ.λπ.[27] το Δικαστήριο έπρεπε να αποφανθεί επί του ζητήματος αν η απόφαση περί κατακυρώσεως συνιστά απόφαση υπό την έννοια της οδηγίας 89/665. Το Δικαστήριο έδωσε καταφατική απάντηση. Κατά την εξέταση του ερωτήματος αυτού, το Δικαστήριο στηρίχθηκε στα διάφορα στάδια της διαδικασίας του διαγωνισμού, τα οποία λαμβάνει υπόψη η οδηγία 89/665. «Πράγματι, η οδηγία 89/665 προβαίνει σε διάκριση μεταξύ του προηγουμένου της συνάψεως της συμβάσεως σταδίου, στο οποίο έχει εφαρμογή το άρθρο 2, παράγραφος 1, και του μεταγενεστέρου της συνάψεως της εν λόγω συμβάσεως σταδίου, στο πλαίσιο του οποίου το κράτος μέλος μπορεί να προβλέψει, κατά το άρθρο 2, παράγραφος 6, δεύτερο εδάφιο, ότι οι εξουσίες της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής περιορίζονται στη χορήγηση αποζημιώσεως σε κάθε πρόσωπο που υπέστη ζημία από παράβαση»[28].

82. Η απόφαση περί αποκλεισμού οπωσδήποτε προηγείται λογικώς — στην πράξη έστω και κατά ένα δευτερόλεπτο, από χρονικής απόψεως — της αποφάσεως περί κατακυρώσεως. Επομένως, από την άποψη της εξελίξεως της διαδικασίας, δεν υπάρχει κανένας λόγος για τον οποίο η απόφαση περί αποκλεισμού δεν θα πρέπει να υπόκειται σε προσφυγή.

83. Δεδομένου ότι ο σκοπός της οδηγίας 89/665, όπως ορίζεται στο άρθρο 1, παράγραφος 3, είναι να εξασφαλίζεται ότι οι διαδικασίες εκδικάσεως μπορούν να κινηθούν

27 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 18.

28 — Σκέψη 37 της αποφάσεως.

από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων, η απόφαση που ρυθμίζει άμεσα την περαιτέρω συμμετοχή ή τον αποκλεισμό από τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να μπορεί να προσβληθεί με προσφυγή. Η απόφαση περί αποκλεισμού συνιστά επίσης απόφαση με την οποία η αναθέτουσα αρχή ερμηνεύει τις ρήτρες της προκηρύξεως και τις εφαρμόζει αυτόνομα έναντι του υποψηφίου. Η εν λόγω εξατομικευμένη εφαρμογή ρητρών που έχουν καθοριστεί εκ των προτέρων έχει αυτόνομο ρυθμιστικό περιεχόμενο, το οποίο πρέπει να καθιστά δυνατή την άσκηση προσφυγής [29].

84. Η άποψη αυτή επιρρωννύεται από το ιστορικό της θεσπίσεως της οδηγίας, στο οποίο αναφέρθηκε ρητώς η Επιτροπή στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας [30]. Η κοινή δήλωση η οποία περιελήφθη τελικώς στα πρακτικά ορίζει, κατ' ουσίαν, τα εξής: Το Συμβούλιο και η Επιτροπή δηλώνουν ότι, υπό την έννοια της παρούσας οδηγίας, κάθε πρόσωπο που αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία για τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως λόγω φερομένης παραβάσεως έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση και υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία.

85. Από την άποψη τόσο του νομμοποιουμένου να κινήσει τη διαδικασία προσφυγής όσο και της φύσεως της προσβαλλόμενης αποφάσεως, η δήλωση αυτή συνηγορεί υπέρ της ευρείας ερμηνείας της έννομης προστασίας κατά των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής.

86. Κατά συνέπεια, η απόφαση περί αποκλεισμού πρέπει να θεωρηθεί ως απόφαση κατά της οποίας μπορεί να ασκηθεί προσφυγή. Στο μέτρο που η διαδικασία εκδικάσεως προσφυγής σε εθνικό επίπεδο, κατ' εφαρμογήν των αρμοδιοτήτων του κράτους μέλους σύμφωνα με το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665, λαμβάνει τη μορφή αιτήσεως ακυρώσεως ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, το εν λόγω ένδικο βοήθημα ασκείται παραδεκτώς κατά της αποφάσεως περί αποκλεισμού. Η έλλειψη προσβολής προηγουμένων διαδικαστικών ενεργειών δεν μπορεί να εμποδίσει το παραδεκτό της ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως κατά αποφάσεως περί αποκλεισμού.

87. Εντούτοις, πρέπει να εξεταστούν οι συνέπειες του απρόσβλητου διοικητικής πράξεως που εκδόθηκε σε προηγούμενο στάδιο της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως επί του βασίμου του ενδίκου βοηθήματος κατά της αποφάσεως περί αποκλεισμού. Το απρόσβλητο της προκηρύξεως έχει, πράγματι, κατ' ουσίαν, τις συνέπειες της αποσβεστικής προθεσμίας, εφόσον — όπως έχει ήδη εκτεθεί [31] — οι λόγοι ακυρώσεως που στηρίζονται στον παράνομο χαρακτήρα της προκηρύξεως πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι.

29 — Βλ., υπέρ ευρείας έννομης προστασίας κατά του συνόλου των αποφάσεων στα πλαίσια διαδικασίας συμβάσεως, τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Tizzano της 28ης Ιουνίου 2001 στην υπόθεση C-92/00, Hospital Ingenieure (απόφαση της 18ης Ιουνίου 2002, Συλλογή 2002, σ. I-5553, σημεία 21 επ.)· εμμέσως υπέρ της προσφυγής κατά αποφάσεων στα πλαίσια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως που έπονται προηγουμένης αποφάσεως, πρβλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Mischo της 10ης Ιουνίου 1999 στην προσπαρατεθείσα στην υποσημείωση 18 υπόθεση Alcatel Austria κ.λπ. (σημείο 46).

30 — Βλ. σημείο 59 ανωτέρω.

31 — Βλ. σημείο 63 ανωτέρω.

88. Το Δικαστήριο είχε κατ' επανάληψη την ευκαιρία να αποφανθεί επί της ισχύος αποσβεστικών προθεσμιών του δικαίου των κρατών μελών σε σχέση με την επίκληση του κοινοτικού δικαίου [32]. Το Δικαστήριο εξέτασε πάντοτε με μεγάλη ακρίβεια τις προϋποθέσεις και τις περιστάσεις για τον εκάστοτε αποκλεισμό της επικλήσεως του εφαρμοστέου κοινοτικού δικαίου, προκειμένου να αποφανθεί, εν γνώσει της υποθέσεως, επί της ισχύος ή της ακυρότητας των διατάξεων που αποκλείουν την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Κατά συνέπεια, αποκλείεται μια γενική απάντηση στο ερώτημα περί του κύρους μιας αποσβεστικής προθεσμίας.

89. Στην κατ' επανάληψη αναφερθείσα υπόθεση Peterbroeck [33], μια διαφορά της εταιρίας αυτής και του Βελγικού Δημοσίου αφορούσε τον εφαρμοστέο συντελεστή του φόρου εισοδήματος των κατοικούντων στην αλλοδαπή. Η αιτίαση περί παραβιάσεως του κοινοτικού δικαίου προβλήθηκε για πρώτη φορά στην κύρια δίκη ως νέος ισχυρισμός ενώπιον του cour d'appel. Κατά τις εφαρμοστέες εθνικές διατάξεις, ο διάδικος δεν μπορούσε πλέον να επικαλεστεί ενώπιον του cour d'appel νέο ισχυρισμό αντλούμενο από το κοινοτικό δίκαιο, άπαξ και παρήλθε η προθεσμία των εξήντα ημερών από της καταθέσεως από τον φορολογικό διευθυντή του επικυρωμένου αντιγράφου της προσβαλλομένης αποφάσεως [34].

90. Κατά το Δικαστήριο, η προθεσμία των εξήντα ημερών που επιβάλλεται στον διάδικο δεν είναι, αυτή καθαυτή, επικριτέα [35]. Εν πάση περιπτώσει, το Δικαστήριο τόνισε ότι, ως προς την εφαρμογή των αρχών της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας, κάθε περίπτωση στα πλαίσια της οποίας τίθεται το ζήτημα αν ο εθνικός δικονομικός κανόνας καθιστά αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου, πρέπει να αναλύεται λαμβάνοντας υπόψη τη θέση της διατάξεως αυτής στο σύνολο της διαδικασίας, την εξέλιξη και τις ιδιαιτερότητες της διαδικασίας ενώπιον των διαφόρων εθνικών αρχών. Υπό το πρίσμα αυτό, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, ενδεχομένως, οι αρχές που αποτελούν τη βάση του εθνικού δικαιοδοτικού συστήματος, όπως η προστασία των δικαιωμάτων της υπερασπίσεως, η αρχή της ασφάλειας δικαίου και η εύρυθμη διεξαγωγή της διαδικασίας [36].

91. Μετά την εξέταση των ιδιαιτεροτήτων της σχετικής διαδικασίας, το Δικαστήριο κατέληξε, στην υπόθεση εκείνη, ότι το κοινοτικό δίκαιο δεν επιτρέπει την εφαρμογή εθνικού δικονομικού κανόνα απαγορεύοντος στο εθνικό δικαστήριο, το οποίο εκδικάζει διαφορά στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς του, να εξετάζει αυτεπαγγέλτως αν πράξη του εσωτερικού δικαίου συμβιβάζεται προς κοινοτική διάταξη, αν δεν έχει γίνει επίκληση της διατάξεως αυτής από τον διάδικο εντός ορισμένης προθεσμίας [37].

92. Οι συνεκδικασθείσες υποθέσεις Van Schijndel και Van Veen [38] αφορούσαν την

32 — Βλ., π.χ., την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 12 απόφαση Peterbroeck, την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10 απόφαση Van Schijndel και Van Veen, την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17 απόφαση Edis και την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 11 απόφαση Eco Swiss.

33 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 12.

34 — Σκέψη 15 της αποφάσεως.

35 — Σκέψη 16 της αποφάσεως.

36 — Σκέψη 14 της αποφάσεως.

37 — Σκέψη 21 και διατακτικό της αποφάσεως.

38 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10.

εφαρμογή των διατάξεων περί ανταγωνισμού του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου σε διαφορά σχετική με την υποχρεωτική υπαγωγή σε επαγγελματικό σύστημα συντάξεων. Στην υπόθεση εκείνη, η αιτίαση περί παραβιάσεως του κοινοτικού δικαίου προβλήθηκε για πρώτη φορά στα πλαίσια της αναιρετικής δίκης ενώπιον του Hoge Raad των Κάτω Χωρών. Η φύση της αιτήσεως αναιρέσεως συνεπάγεται ότι επιτρέπεται η προβολή νέων ισχυρισμών μόνον εφόσον αυτοί είναι νομικής φύσεως. Προκειμένου να στηρίξουν τον λόγο αναιρέσεως, οι αναιρεσείοντες επικαλέστηκαν ορισμένα γεγονότα και περιστάσεις τα οποία δεν είχαν προβληθεί ενώπιον των κατωτέρων δικαστηρίων [39]. Για το αιτούν δικαστήριο ανέκυπτε το ερώτημα αν, παρά ταύτα, το κοινοτικό δίκαιο έπρεπε να ληφθεί υπόψη αυτεπαγγέλτως.

93. Το Δικαστήριο εξέθεσε τα εξής: «Εφόσον τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν, δυνάμει του εθνικού δικαίου, να εξετάζουν αυτεπαγγέλτως τους αντλουμένους από υποχρεωτικό εθνικό κανόνα νομικούς ισχυρισμούς, οι οποίοι δεν είχαν προβληθεί από τους διαδίκους, η ίδια υποχρέωση ισχύει και για τους υποχρεωτικούς κοινοτικούς κανόνες [...]. Το ίδιο ισχύει στην περίπτωση κατά την οποία το εθνικό δίκαιο αναθέτει στον δικαστή την αυτεπάγγελτη εφαρμογή του υποχρεωτικού κανόνα δικαίου [...]» [40]. Στο πλαίσιο του ελέγχου των αρχών της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας, το Δικαστήριο έκρινε ότι κάθε περίπτωση «πρέπει να αναλύεται, λαμβανομένης υπόψη της θέσεως του εν λόγω κανόνα στο σύνολο της διαδικασίας, της εξελίξεώς της και των ιδιομορφιών της, ενώπιον των διαφόρων εθνικών αρχών» [41].

94. Το Δικαστήριο κατέληξε ότι τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη τις υποχρεωτικές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου όπως ακριβώς τις υποχρεωτικές διατάξεις του εθνικού δικαίου. Εντούτοις, τούτο ισχύει μόνο στο μέτρο που το Δικαστήριο δεν χρειάζεται «να εγκαταλείψει την επιβαλλόμενη ουδετερότητά του» και «να εξέλθει των ορίων της ένδικης διαφοράς, όπως προσδιορίστηκε από τους διαδίκους» [42].

95. Η υπόθεση Edis [43] αφορούσε την επιστροφή των αχρεωστήτως καταβληθέντων ποσών ως αντίθετων προς το κοινοτικό δίκαιο φόρων. Η ασυμβατότητα του φόρου προς το κοινοτικό δίκαιο διαπιστώθηκε με απόφαση του Δικαστηρίου [44]. Η φορολογική αρχή αντέταξε στο αίτημα επιστροφής που υπέβαλαν οι ενδιαφερόμενοι αποκλειστική προθεσμία τριών ετών που έχει εφαρμογή στο φορολογικό δίκαιο. Το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει σε κράτος μέλος να αντιτάσσει στις ένδικες προσφυγές περί επιστροφής φόρων, εισπραχθέντων κατά παράβαση του κοινοτικού δικαίου, την τριετή αποκλειστική προθεσμία του εσωτερικού δικαίου, εφόσον η προθεσμία αυτή εφαρμόζεται κατά τον ίδιο τρόπο σε όλες τις ένδικες προσφυγές περί επιστροφής φόρων, ανεξαρτήτως του αν αυτές στηρίζονται στο κοινοτικό ή στο εσωτερικό δίκαιο.

96. Η υπόθεση Eco Swiss [45] αφορούσε, μεταξύ άλλων, το ζήτημα αν το δικαστήριο

39 — Σκέψη 11 της αποφάσεως.

40 — Σκέψεις 13 επ. της αποφάσεως.

41 — Σκέψη 19 της αποφάσεως.

42 — Βλ. διατακτικό της αποφάσεως.

43 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17.

44 — Απόφαση της 20ής Απριλίου 1993, C-71/91 και C-178/91, Ponente Carni και Cispadana Costruzioni (Συλλογή 1993, σ. I-1915)· βλ. σκέψη 5 της προπαρατεθείσας στην υποσημείωση 17 αποφάσεως Edis.

45 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 11.

κράτους μέλους οφείλει να μη λάβει υπόψη εθνικό δικονομικό κανόνα κατά τον οποίο μια διαιτητική απόφαση αποκτά, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, ισχύ δεδικασμένου, προκειμένου να καταστεί δυνατή η εφαρμογή των σχετικών διατάξεων του κοινοτικού δικαίου στα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά [46]. Το Δικαστήριο έδωσε αρνητική απάντηση στο ερώτημα αυτό. Η προβλεπόμενη στην έννομη τάξη του κράτους μέλους προθεσμία ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως δεν καθιστούσε, κατά το Δικαστήριο, υπερβολικά δύσκολη ή πρακτικά αδύνατη την άσκηση των απονεμομένων από την κοινοτική έννομη τάξη δικαιωμάτων [47].

97. Για να αντληθούν οι συνέπειες από την προπαρατεθείσα νομολογία στην υπό κρίση υπόθεση, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι οι αποκλειστικές προθεσμίες δεν είναι, αυτές καθαυτές, επικριτέες. Όπως στην υπόθεση Peterbroeck, η αποκλειστική προθεσμία των εξήντα ημερών δεν μπορεί να αποτελέσει, αφεαυτής, αντικείμενο αμφισβητήσεως. Επίσης δεν μπορούν να διατυπωθούν επιφυλάξεις, από την άποψη του κοινοτικού δικαίου, όσον αφορά την εφαρμογή αποκλειστικών προθεσμιών στα πλαίσια διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Την άποψη αυτή εξέφρασα και στις προτάσεις που ανέπτυξα στις 8 Νοεμβρίου 2001 στην υπόθεση C-470/99, Universale Bau [48].

98. Εν πάση περιπτώσει, από τις προπαρατεθείσες αποφάσεις [49] προκύπτει ότι, στο πλαίσιο της εξετάσεως της συμβατότητας των διατάξεων περί παραγραφής προς το κοινοτικό δίκαιο, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας, καθώς και οι συγκεκριμένες περιστάσεις του εκάστοτε πραγματικού και κανονιστικού πλαισίου [50].

99. Όσον αφορά τις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας, εκτέθηκε προηγουμένως [51] ότι έχουν πρωτίστως εφαρμογή στο μέτρο που δεν υφίστανται κοινοτικοί κανόνες στον συγκεκριμένο τομέα. Επομένως, για το ζήτημα της δυνατότητας προσβολής αποφάσεως περί αποκλεισμού έπρεπε να ληφθεί υπόψη η δικονομική οδηγία 89/665. Εντούτοις, πρόκειται, στο εξής, για το ζήτημα της ισχύος διατάξεων περί παραγραφής στα πλαίσια των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών. Η οδηγία 89/665 δεν περιλαμβάνει καμία σχετική ρητή ρύθμιση [52]. Κατά συνέπεια, για να εκτιμηθεί η ισχύς των διατάξεων περί παραγραφής πρέπει να ληφθούν υπόψη οι αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας.

100. Όσον αφορά την αρχή της ισοδυναμίας, ελλείψει στοιχείων περί του αντιθέτου, πρέπει να θεωρηθεί ότι η αποκλειστική προθεσμία αφορά κατά τον ίδιο τρόπο την επίκληση δικαιωμάτων που απορρέουν τόσο από το εθνικό όσο και από το κοινοτικό δίκαιο.

46 — Σκέψη 43 της αποφάσεως.

47 — Σκέψη 45 της αποφάσεως.

48 — Απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Συλλογή 2002, σ. I-11617, I-11620, σημείο 68.

49 — Βλ. σημεία 89 έως 96 ανωτέρω.

50 — Βλ. την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 12 απόφαση Peterbroeck (σκέψεις 12 και 14)· την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10 απόφαση Van Schijndel και Van Veen (σκέψεις 17 και 19) και την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17 απόφαση Edis (σκέψη 19).

51 — Βλ. σημεία 77 επ.

52 — Βλ. την ανάλυσή μου στις προτάσεις επί της προπαρατεθείσας στην υποσημείωση 48 υποθέσεως Universale Bau (σκέψη 69).

101. Η αρχή της αποτελεσματικότητας απαιτεί επί της ουσίας [53] να μην καθιστούν οι εσωτερικές διαδικασίες πρακτικώς αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απονέμει η κοινοτική έννομη τάξη. Αν καθίσταται εμφανής η αντίθεση προς το κοινοτικό δίκαιο προηγούμενης διοικητικής πράξεως στα πλαίσια διαδικασίας διαγωνισμού, πρέπει να θεωρηθεί ότι η προθεσμία ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως που ανέρχεται σε εξήντα ημέρες δεν εμποδίζει την αποτελεσματική εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Οι επιταγές της ασφάλειας δικαίου και της εύρυθμης διεξαγωγής της διαδικασίας συνηγορούν υπέρ της απόψεως αυτής. Οι επιταγές αυτές επιβάλλουν την προστασία της εμπιστοσύνης των ανταγωνιστών στη νομότυπη διεξαγωγή των ήδη ολοκληρωθέντων σταδίων της διαδικασίας.

102. Ούτε η οδηγία 89/665, η οποία προβλέπει «αποτελεσματικές» και «ταχείες» προσφυγές κατά των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής [54], παρέχει εκ των προτέρων ενδείξεις που επιτρέπουν την αμφισβήτηση της ορθότητας της προθεσμίας ασκήσεως προσφυγής που ανέρχεται σε εξήντα ημέρες. Εξάλλου, αναφέρθηκε ήδη κατά τον έλεγχο της έννομης προστασίας από απόφαση περί αποκλεισμού ότι μια απόφαση που εκδίδεται μεταγενέστερα στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως μπορεί να αποτελεί την εξατομίκευση προηγούμενης αποφάσεως με αυτόνομο κανονιστικό περιεχόμενο.

103. Κατά συνέπεια, η καθαρώς αφηρημένη θεώρηση της αποκλειστικής προθεσμίας δεν συνάδει προς την προβληματική της υπό κρίση υποθέσεως. Αντιθέτως, πρέπει να ληφθούν υπόψη και οι συγκεκριμένες περιστάσεις και η εξέλιξη της διαδικασίας που κατέληξαν στην άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως κατά της αποφάσεως περί αποκλεισμού. Η ρήτρα που προκάλεσε τη διαφορά δημοσιεύθηκε βεβαίως με την προκήρυξη. Κατά τον τρόπο αυτόν, περιήλθε σε γνώση των προσώπων που ενδιαφέρονταν για τη σύμβαση. Η προσφεύγουσα είχε ήδη κατά το στάδιο αυτό αμφιβολίες ως προς τη νομιμότητα της ρήτρας, τις οποίες γνωστοποίησε και στην αναθέτουσα αρχή.

104. Η αναθέτουσα αρχή αντέδρασε στις αμφιβολίες που εξέφρασε η προσφεύγουσα, αναβάλλοντας το άνοιγμα των προσφορών και ζητώντας από τις ενδιαφερόμενες για το πρόβλημα αυτό εταιρίες να αποστείλουν συμπληρωματικά δικαιολογητικά, «*θεωρώντας ότι η επίδικη ρήτρα μπορούσε να ερμηνευθεί ως αφορώσα τον συνολικό κύκλο εργασιών των μετεχουσών επιχειρήσεων και ότι, επομένως, οι προμήθειες προϊόντων ομοίων προς τα ζητούμενα [...] μπορούσαν να αξιολογηθούν όχι ως προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, αλλά αποκλειστικώς ως προσόντα για την απονομή των μορίων ποιότητας*» [55].

105. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή άφησε να εννοηθεί ότι θα ελάμβανε υπόψη τις επιφυλάξεις που διατύπωσε η προσφεύγουσα και δημιούργησε την εντύπωση

53 — Βλ. τη σχετική πάγια νομολογία (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25).

54 — Άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας.

55 — Κατά την κατά λέξη διατύπωση της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, λαμβανομένου υπόψη του πρωτοκόλλου αριθ. 1 της επιτροπής αναθέσεως της 12ης Δεκεμβρίου 1996.

ότι θα εφάρμοζε την επίδικη ρήτρα κατά τρόπο σύμφωνο προς το κοινοτικό δίκαιο. Η αναθέτουσα αρχή εξέφρασε την οριστική άποψή της όσον αφορά την ερμηνεία των ρητρών της προκηρύξεως μόνο μέσω της αποφάσεως περί αποκλεισμού. Η αναθέτουσα αρχή προέβη συναφώς σε ερμηνεία των ρητρών της προκηρύξεως, συνεπεία της οποίας — τουλάχιστον κατά την εκτίμηση του εθνικού δικαστηρίου που επελήφθη της διαφοράς — οι ρήτρες αυτές φαίνονταν παράνομες (από απόψεως κοινοτικού δικαίου).

106. Ιδιαίτερη σημασία έχει το γεγονός ότι μια άλλη ερμηνεία των ρητρών της προκηρύξεως θα μπορούσε να εμποδίσει τον χαρακτηρισμό της ρήτρας ως παράνομης *και* ότι η αναθέτουσα αρχή δημιούργησε αρχικώς την εντύπωση ότι θα υιοθετούσε την ερμηνεία αυτή. Η προσφεύγουσα απέκτησε οριστική βεβαιότητα ως προς την κατά την άποψή της παράνομη ερμηνεία των ρητρών της προκηρύξεως μόνο με την έκδοση της αποφάσεως περί αποκλεισμού. Με την απόφαση αυτή εξατομικεύθηκε για πρώτη φορά η λανθάνουσα παρανομία των ρητρών της προκηρύξεως.

107. Κατά συνέπεια, μπορεί να υποστηριχθεί η άποψη ότι η προσφεύγουσα έλαβε οριστικά γνώση του παράνομου χαρακτήρα της ρήτρας της προκηρύξεως για πρώτη φορά με την έκδοση της αποφάσεως περί αποκλεισμού. Το συμπέρασμα αυτό θα μπορούσε, με τη σειρά του, να έχει συνέπειες για το χρονικό σημείο της ενάρξεως της προθεσμίας των εξήντα ημερών. Το ζήτημα αν η προθεσμία αυτή αρχίζει πάντοτε με τη δημοσίευση της προκηρύξεως ή, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, αρχίζει ενδεχομένως από την ημερομηνία κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος έλαβε γνώση του παράνομου χαρακτήρα της συγκεκριμένης ρήτρας πρέπει να λυθεί στα πλαίσια του δικονομικού δικαίου του κράτους μέλους.

108. Στο πλαίσιο αυτό πρέπει, εν πάση περιπτώσει, να γίνει δεκτό ότι η άσκηση των δικαιωμάτων που απονέμει στην προσφεύγουσα η κοινοτική έννομη τάξη κατέστη υπέρμετρα δυσχερής. Κατά συνέπεια, είναι ανεπιεικές να μην μπορεί πλέον να προβάλει στα πλαίσια ένδικης διαδικασίας κατά της αποφάσεως περί αποκλεισμού την παραβίαση του κοινοτικού δικαίου η οποία περιλαμβανόταν μεν στις ρήτρες της προκηρύξεως, πλην όμως προσέβαλε τα δικαιώματά της για πρώτη φορά μέσω της αποφάσεως περί αποκλεισμού.

109. Η Γαλλική Κυβέρνηση επισήμανε, εντούτοις, ότι η προσφεύγουσα θα μπορούσε να ασκήσει προσφυγή προληπτικώς κατά των ρητρών της προκηρύξεως, έστω και κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων με την αναθέτουσα αρχή σχετικά με τη ρήτρα της προκηρύξεως την οποία θεωρούσε παράνομη. Αυτό θα ίσχυε ενδεχομένως αν η αναθέτουσα αρχή δεν είχε αντιδράσει στις επιφυλάξεις που διατύπωσε η προσφεύγουσα. Εντούτοις, λαμβανομένου υπόψη του τρόπου με τον οποίο έγιναν δεκτές οι επισημάνσεις της, η προσφεύγουσα μπορούσε δικαιολογημένα να πιστεύει ότι η ανησυχία της ελήφθη υπόψη και, εν πάση περιπτώσει, θα δινόταν ευνοϊκή συνέχεια στο αίτημά της. Δεν πρέπει να λησμονείται συναφώς ότι η προσφεύγουσα τελούσε σε κατάσταση θετικής αναμονής της κατακυρώσεως του διαγωνισμού και ότι δεν ήταν ενδεχομένως σκόπιμο, στην κατάσταση αυτή, να διακυ-

βεύσει τις μελλοντικές σχέσεις της προς τον κύριο του έργου με την άσκηση προσφυγής [56].

110. Φαίνεται επίσης ότι δεν συνάδει προς το πνεύμα της οδηγίας 89/665 η άσκηση προσφυγής για καθαρά προληπτικούς λόγους. Πράγματι, το άρθρο 1, παράγραφος 3, δεύτερη φράση, της οδηγίας ορίζει τα εξής: «Ειδικότερα, τα κράτη μέλη μπορούν να απαιτούν από το πρόσωπο που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία αυτή να ενημερώνει προηγουμένως την αναθέτουσα αρχή για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει προσφυγή». Η παρεχόμενη στα κράτη μέλη δυνατότητα υποδηλώνει σαφώς ότι πρέπει να παραμένει ανοικτή η οδός του φιλικού διακανονισμού πριν από την άσκηση της προσφυγής. Εν πάση περιπτώσει, δεν είναι προς το συμφέρον των ενδιαφερομένων μερών να προκαταλαμβάνουν την αναθέτουσα αρχή με την άσκηση προσφυγής.

111. Όσον αφορά τις συνέπειες της υποθέσεως αυτής, ανακύπτει το ζήτημα αν η προθεσμία των εξήντα ημερών για την προσβολή της προκηρύξεως δεν έχει ήδη εξουδετερωθεί. Δεν αποκλείεται επίσης το ενδεχόμενο διακοπής της προθεσμίας ασκήσεως προσφυγής λόγω της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι αυτή δέχθηκε αρχικώς τις επιφυλάξεις που διατύπωσε η προσφεύγουσα και ζήτησε όχι μόνον από την προσφεύγουσα, αλλά και από άλλους ενδιαφερομένους υποψηφίους, περαιτέρω στοιχεία εκτός από αυτά που είχε ζητήσει αρχικώς. Δεδομένου ότι, στη συγκεκριμένη περίπτωση, κατέστη υπέρμετρα δυσχερές για την προσφεύγουσα να προβάλει τα δικαιώματα που της απονέμει το κοινοτικό δίκαιο, δεν είναι σκόπιμη η κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο προσκόλληση στην προθεσμία των εξήντα ημερών.

112. Στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να εξαντλήσει όλες τις δυνατότητες της εσωτερικής έννομης τάξεως, προκειμένου να καταλήξει στην εφαρμογή των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου στη συγκεκριμένη περίπτωση. Αν δεν υπάρχουν λιγότερο δραστικά μέτρα, τότε το αιτούν δικαστήριο ενδέχεται να υποχρεωθεί — όπως ήδη εξέθεσε — να καταφύγει στον νομικό μηχανισμό της μη εφαρμογής υπό την έννοια του άρθρου 5 του εθνικού νόμου 2248 της 20ής Μαρτίου 1865. Οι περαιτέρω έννομες συνέπειες οι οποίες προκύπτουν από ενδεχόμενη ακύρωση της αποφάσεως περί αποκλεισμού εμπίπτουν στην εθνική έννομη τάξη.

113. Ενόψει της προτεινομένης μεθόδου ενεργείας, παρέλκει η εξέταση του δευτέρου ερωτήματος του αιτούντος δικαστηρίου, εφόσον τα συμφέροντα περί έννομης προστασίας του αποκλεισθέντος υποψηφίου λαμβάνονται υπόψη στα πλαίσια του συμφέροντος της ορθής εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου με την εξάντληση των δυνατοτήτων που παρέχει η έννομη τάξη του κράτους μέλους.

56 — Βλ., για μια ανάλογη κατάσταση, τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Mischo της 10ης Ιουνίου 1999 στην προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 29 υπόθεση Alcatel Austria κ.λπ. (σκέψη 38).

VII — Πρόταση

Κατόπιν των προηγουμένων σκέψεων, προτείνω να δοθεί στο προδικαστικό ερώτημα η ακόλουθη απάντηση:

«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 προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι, εφόσον μια αναθέτουσα αρχή, με τη συμπεριφορά της, κατέστησε αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την προβολή ενώπιον δικαστηρίου των δικαιωμάτων τα οποία χορηγούνται από την κοινοτική έννομη τάξη σε υπήκοο της Ενώσεως που θίγεται από αντίθετα προς το κοινοτικό δίκαιο μέτρα, επιβάλλει στα αρμόδια εθνικά δικαστήρια την υποχρέωση να θεωρούν παραδεκτή την αποτελεσματική και ταχεία προσφυγή που ασκείται κατά οποιασδήποτε αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλαμβανομένης της αποφάσεως περί αποκλεισμού επιχειρήσεως, ανεξαρτήτως του αν προσβλήθηκε προηγούμενη απόφαση. Στον εθνικό δικαστή εναπόκειται να αποφασίσει, στα πλαίσια της διαδικασίας αυτής, αν είναι συναφώς αναγκαίο να καταφύγει στον νομικό μηχανισμό της μη εφαρμογής, υπό την έννοια του άρθρου 5 του εθνικού νόμου 2248, της 20ής Μαρτίου 1865.»