ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
JEAN MISCHO
της 25ης Φεβρουαρίου 2003 [1]

I — Το νομικό πλαίσιο

Α — *Η κοινοτική κανονιστική ρύθμιση*

1. Το Bundesvergabeamt (Αυστρία) ζητεί από το Δικαστήριο να ερμηνεύσει το άρθρο 1, παράγραφος 3, 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 [εκδικάσεως] προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων [2], όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών [3] (στο εξής: οδηγία 89/665).

2. Αντιμετωπίζοντας την περίπτωση ενός επιχειρηματία ο οποίος δεν ακολούθησε τη διαδικασία φιλικού διακανονισμού που προβλέπεται στο αυστριακό δίκαιο, το Bundesvergabeamt ερωτά αν η προαναφερθείσα διάταξη πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι ο επιχειρηματίας έχει συμφέρον προς σύναψη δημοσίας συμβάσεως μόνον αν έλαβε όλα τα μέτρα που είχε στη διαθεσή του, βάσει των εθνικών διατάξεων, ώστε η σύμβαση να μην ανατεθεί σε άλλον υποψήφιο και έτσι να γίνει δεκτή η δική του προσφορά.

3. Το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 3, της οδηγίας 89/665 ορίζει τα εξής:

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

[...]

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

2 — ΕΕ L 395, σ. 33.

3 — ΕΕ L 209, σ. 1.

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.»

4. Κατά το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 6, της ίδιας οδηγίας:

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

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

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

[...]

6. Τα αποτελέσματα της άσκησης των εξουσιών που προβλέπονται στην παράγραφο 1 επί της συμβάσεως που ακολουθεί την ανάθεση μιας σύμβασης δημοσίου θα καθορίζονται από το εθνικό δίκαιο.

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

[...]»

Β — *Η εθνική κανονιστική ρύθμιση*

5. Η οδηγία 89/665 μεταφέρθηκε στο αυστριακό δίκαιο με τον Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997) (ομοσπονδιακό νόμο του 1997 για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, BGBl. I, 1997/56, στο εξής: BVergG). Ο BVergG προβλέπει τη δημιουργία της Bundes-Vergabekontrollkommission (ομοσπονδιακή επιτροπή ελέγχου των δημοσίων διαγωνισμών, στο εξής: B-VKK) και του Bundesvergabeamt (ομοσπονδιακή υπηρεσία δημοσίων διαγωνισμών).

6. Το άρθρο 109 του BVergG καθορίζει τις αρμοδιότητες της B-VKK. Περιλαμβάνει τις ακόλουθες διατάξεις:

«(1) Η B-VKK είναι αρμόδια:

1) μέχρι την ανάθεση της συμβάσεως, για τον διακανονισμό των διαφορών που ανακύπτουν μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός ή περισσοτέρων υποψηφίων ή υποβαλόντων προσφορά σχετικών με την εφαρμογή του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου ή των σχετικώς εκδιδομένων διατάξεων εφαρμογής·

[...]

(6) Η κατά το άρθρο 1, σημείο 1, αίτηση περί παρεμβάσεως της B-VKK υποβάλλεται στη διεύθυνση του οργανισμού αυτού το ταχύτερο δυνατό αφότου γίνει γνωστή η διαφωνία.

(7) Στην περίπτωση κατά την οποία η παρέμβαση της B-VKK δεν είναι αποτέλεσμα αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, η B-VKK οφείλει να πληροφορήσει την αναθέτουσα αρχή αμελλητί για την εν λόγω παρέμβαση.

(8) Η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να αναθέσει τη σύμβαση για περίοδο τεσσάρων εβδομάδων που υπολογίζεται από [...] την πληροφόρηση που προβλέπεται στην παράγραφο 7, επί τιμή ακυρότητας του διαγωνισμού. [...]»

7. Το άρθρο 113 του BVergG καθορίζει τις αρμοδιότητες του Bundesvergabeamt (ομοσπονδιακής υπηρεσίας δημοσίων διαγωνισμών). Ορίζει:

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

(2) Προκειμένου να θέτει τέρμα στις παραβιάσεις του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου και των σχετικών κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής, το Bundesvergabeamt είναι,

μέχρι την ανάθεση της συμβάσεως, αρμόδιο για 1) να εκδίδει διατάξεις για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων και 2) να ακυρώνει παράνομες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής.

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

8. Το άρθρο 115, παράγραφος 1, του BVergG ορίζει:

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

9. Κατά το άρθρο 122, παράγραφος 1, του BVergG,

«[σ]ε περίπτωση τέτοιας παραβάσεως του ομοσπονδιακού νόμου ή των κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής του από τα όργανα της αναθέτουσας αρχής, ο υποψήφιος ή ο υποβαλών προσφορά που δεν έγινε δεκτή μπορεί να προβάλει δικαίωμα αποδόσεως των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε για την κατάρτιση της προσφοράς του και των άλλων εξόδων στα οποία υποβλήθηκε λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία του διαγωνισμού κατά της αναθέτουσας αρχής στα όργανα της οποίας καταλογίζεται η συμπεριφορά».

10. Βάσει του άρθρου 125, παράγραφος 2, του BVergG, αγωγή αποζημιώσεως, η οποία πρέπει να ασκηθεί ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, είναι παραδεκτή μόνον αν προηγηθεί η κατά το άρθρο 113, παράγραφος 3, διαπίστωση εκ μέρους του Bundesvergabeamt.

II — Η διαφορά της κύριας δίκης

11. Το φθινόπωρο του 1999, η εταιρία Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (στο εξής: Asfinag) προκήρυξε διαδικασία υποβολής προσφορών για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών συνιστάμενη στην «επιτόπια επίβλεψη των οικοδομικών εργασιών ανεγέρσεως και των ηλεκτρολογικών, τεχνικών και μηχανολογικών εγκαταστάσεων των κεντρικών τελωνειακών σταθμών και των παραρτημάτων τους, καθώς και της ανεγέρσεως εγκαταστάσεων μεταφοράς δεδομένων στο πλαίσιο του σχεδίου LKW Maut Österreich». Το άνοιγμα των προσφορών έγινε στις 18 Νοεμβρίου 1999.

12. Μαζί με αρκετούς εταίρους, η εταιρία Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH (στο εξής: η προσφεύγουσα) υπέβαλε προσφορά ως υποψήφια κοινοπραξία. Με έγγραφο της 28ης Ιανουαρίου 2000, η προσφεύγουσα πληροφορήθηκε ότι η προσφορά της είχε καταταγεί δεύτερη κατά την αξιολόγηση των προσφορών και, επομένως, δεν έγινε δεκτή. Στις 8 Φεβρουαρίου 2001, πληροφορήθηκε την ανάθεση της συμβάσεως σε έναν ανταγωνιστή και το ποσό της εν λόγω συμβάσεως.

13. Η προσφεύγουσα άσκησε τότε προσφυγή ενώπιον του Bundesvergabeamt βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BVergG ζητώντας να αναγνωρισθεί ότι η σύμβαση δεν είχε ανατεθεί στον υποβαλόντα τη χαμηλότερη προσφορά, με το αιτιολογικό ότι, καθορίζοντας τα κριτήρια αναθέσεως, η αναθέτουσα αρχή παρέβη την υποχρέωση να προσδιορίσει τη χαμηλότερη προσφορά κατά τρόπο κατανοητό, σύμφωνα με το άρθρο 53 του BVergG.

14. Ενώπιον του Bundesvergabeamt η Asfinag υπογράμμισε ότι, βάσει του άρθρου 115, παράγραφος 1, του BVergG, μόνον ο επιχειρηματίας ο οποίος επικαλείται συμφέρον για τη σύναψη συμβάσεως η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του νόμου αυτού μπορεί να ζητήσει δικαστικώς τον έλεγχο της παρανομίας αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, στον βαθμό που η παρανομία αυτή του προκάλεσε ζημία ή ενδέχεται να του προκαλέσει ζημία. Κατά την Asfinag, όμως, η προσφεύγουσα προφανώς δεν επέδειξε ενδιαφέρον να της ανατεθεί η εν λόγω σύμβαση, δεδομένου ότι δεν υπέβαλε καμιά αίτηση φιλικού διακανονισμού στην B-VKK, όπως της παρέχει τη δυνατότητα το άρθρο 109, παράγραφος 1, του BVergG.

15. Προς στήριξη της θέσεώς της, η Asfinag προέβαλε ότι η νομοθεσία περί των δημοσίων συμβάσεων δεν αποτελεί αυτοσκοπό, αλλά καθορίζει την προσυμβατική ενοχική σχέση όλων των μετεχόντων στη διαδικασία συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως, περιλαμβανομένων και των υποβαλόντων προσφορά. Κατά την Asfinag, αν κάποιος που υπέβαλε προσφορά θεωρεί ότι τα κριτήρια κατακυρώσεως δεν είναι σύννομα, υποχρεούται να διατυπώσει τον ισχυρισμό του το συντομότερο δυνατό όπως προβλέπει ειδικότερα το άρθρο 109, παράγραφος 6, του BVergG, ενδεχομένως, επομένως, προ του ανοίγματος των προσφορών. Η αρχή του ανταγωνίζεσθαι απαγορεύει σε διαγωνιζόμενο, ο οποίος φρονεί ότι τα κριτήρια κατακυρώσεως δεν είναι σύννομα, να υποβάλει καταρχάς προσφορά προκειμένου να διαπιστώσει αν αυτή είναι η καλύτερη και ακολούθως να προσδιορίσει τη συμπεριφορά του ανάλογα με το αποτέλεσμα της αναθέσεως της συμβάσεως: αν η προσφορά του είναι η καλύτερη, δεν υποβάλλει καμιά αίτηση· αν, αντιθέτως, δεν ευδοκιμήσει η προσφορά του, απευθύνεται στα αρμόδια διακαιοδοτικά όργανα προκειμένου να του δοθεί, με την ακύρωση της διαδικασίας υποβολής προσφορών, μια «νέα ευκαιρία».

16. Κατά την Asfinag, το άρθρο 109, παράγραφος 6, του BVergG έχει, επομένως, αποσβεστικό αποτέλεσμα, οπότε η κατάθεση της προσφοράς χωρίς προηγούμενη αίτηση ενώπιον της B-VKK συνεπάγεται την απόσβεση των πλημμελειών της προσκλήσεως προς υποβολή προσφορών των οποίων ο υποψήφιος όφειλε να γνωρίζει κατά τη στιγμή

καταρτίσεως της προσφοράς του, αν είχε επιδείξει την απαιτούμενη επιμέλεια. Αν, στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα είχε προσφύγει στην B-VKK προτού καταρτίσει την προσφορά της και είχε επιστήσει την προσοχή της Asfinag ως προς τα σφάλματα των οποίων γίνεται επίκληση, δεν θα υπήρχαν έξοδα καταρτίσεως της προσφοράς.

17. Η προσφεύγουσα αντέκρουσε την αιτίαση ελλείψεως συμφέροντος αναφέροντας ότι, σύμφωνα με την πάγια πρακτική σχετικά με τη λήψη αποφάσεων εκ μέρους των οργάνων ελέγχου στον τομέα συνάψεως συμβάσεων, η εμπρόθεσμη υποβολή προσφοράς αρκεί προς απόδειξη του συμφέροντος για τη σύναψη της συμβάσεως.

III — Τα προδικαστικά ερωτήματα

18. Θεωρώντας ότι η αυστριακή νομοθεσία που έχει εφαρμογή στη διαφορά της οποίας έχει επιληφθεί πρέπει να ερμηνευθεί υπό το φως του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 και ότι η επίλυση της διαφοράς αυτής επιβάλλει, επομένως, την ερμηνεία της διατάξεως αυτής, το Bundesvergabeamt αποφάσισε, με διάταξη της 11ης Ιουλίου 2001, να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Έχει το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 την έννοια ότι νομιμοποιείται να κινήσει τη διαδικασία προσφυγής όποιος υπέβαλε προσφορά για σύναψη δημοσίας συμβάσεως ή ζήτησε να λάβει μέρος σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως;

2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως σ' αυτό το ερώτημα:

Έχει η προαναφερθείσα διάταξη την έννοια ότι ένας επιχειρηματίας έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση μόνον αν —πέραν της συμμετοχής του στη διαδικασία συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως— λαμβάνει ή έλαβε όλα τα μέτρα που έχει κατά τις εθνικές διατάξεις στη διάθεσή του προκειμένου να εμποδίσει την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον και έτσι η δική του προσφορά να γίνει δεκτή;»

19. Με τη διάταξη περί παραπομπής, το Bundesvergabeamt παρατηρεί ότι στην απόφαση της 12ης Ιουνίου 2001 (B 485/01-12, B 584/01-9, B 685/01-6), το Verfassungsgerichtshof (Αυστρία) (Συνταγματικό Δικαστήριο) έκρινε, με παραπομπή στην απόφαση της 8ης Μαρτίου 2001 (B 707/00), ότι, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου [4], η νομιμοποίηση για την κίνηση της διαδικασίας προσφυγής κατά το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 χρήζει ευρείας

4 — Βλ. απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98, Alcatel Austria κ.λπ. (Συλλογή 1999, σ. I-7671, σκέψεις 34 και 35).

ερμηνείας και, επομένως, πρέπει να αναγνωρίζεται σε κάθε πρόσωπο το οποίο επιθυμεί να επιτύχει συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση που αποτελεί το αντικείμενο υποβολής προσφορών. Το αιτούν δικαστήριο θεωρεί επομένως ότι τίθεται το ζήτημα αν το ίδιο πρέπει επίσης να συμβαίνει όταν το πρόσωπο αυτό δεν αξιοποίησε τη δυνατότητα, που του προσέφερε η αναθέτουσα αρχή, να εξαντλήσει τα μέσα ένδικης προστασίας του εσωτερικού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (πρώτο ερώτημα), ή αν το γεγονός ότι δεν εξαντλήθηκαν όλες οι δυνατότητες παροχής έννομης προστασίας κατά το εσωτερικό δίκαιο συνεπάγεται την εξαφάνιση του συμφέροντος αυτού (δεύτερο ερώτημα).

IV — Ανάλυση

Α — *Επί της αρμοδιότητας του Δικαστηρίου να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα*

20. Η Επιτροπή διερωτάται, με τις γραπτές της παρατηρήσεις, αν το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα, αφού οι αποφάσεις του Bundesvergabeamt στερούνται, κατ' αυτήν, δικαιοδοτικού χαρακτήρα.

21. Επιβάλλεται ωστόσο η διαπίστωση ότι το ζήτημα αυτό επιλύθηκε εν τω μεταξύ από το Δικαστήριο με την απόφασή του της 14ης Νοεμβρίου 2002, Felix Swoboda [5], τουλάχιστον όσον αφορά τα ερωτήματα που θέτει το Bundesvergabeamt κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων που ασκεί ως προς τον μετά την ανάθεση της συμβάσεως χρόνο. Στο πλαίσιο αυτό, το Δικαστήριο έκρινε ότι το Bundesvergabeamt είναι δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ [6].

22. Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, το Bundesvergabeamt ασκεί επίσης τις αρμοδιότητές του και κατά τον μετά την ανάθεση της συμβάσεως χρόνο. Πράγματι, η υπόθεση έχει εισαχθεί με βάση το άρθρο 113, παράγραφος 3, του BVergG [7] κατά το οποίο, «*μετά την ανάθεση της συμβάσεως* ή μετά το πέρας της διαδικασίας αναθέσεως, το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο να αποφαίνεται επί του αν, κατά παράβαση του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου ή των σχετικών κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής, η σύμβαση δεν ανατέθηκε στον υποψήφιο που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά [...]» [8].

23. Επομένως, πρέπει να συναχθεί ότι το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το Bundesvergabeamt.

5 — C-411/00, Συλλογή 2002, σ. I-10567.

6 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Felix Swoboda, σκέψεις 26 έως 28.

7 — Βλ. σημείο 13 ανωτέρω.

8 — Η υπογράμμιση δική μου.

Β — *Επί των προδικαστικών ερωτημάτων*

24. Όπως προτείνει και η Γαλλική Κυβέρνηση, θα εξετάσω μαζί τα δύο προδικαστικά ερωτήματα.

25. Κάθε προδικαστικό ερώτημα αντιστοιχεί, πράγματι, στη θέση που υποστήριξε ένας διάδικος της κύριας δίκης επί του επιδίκου σημείου για το οποίο γίνεται λόγος, δηλαδή την έννοια του «συμφέροντος προς σύναψη δημοσίας συμβάσεως»: το πρώτο ερώτημα αντικατοπτρίζει τη θέση της προσφεύγουσας κατά την οποία η υποβολή προσφοράς κατά τη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως ή η αίτηση συμμετοχής σε μια τέτοια διαδικασία αρκούν για να θεωρηθεί ότι ο υποψήφιος έχει, μια για πάντα, συμφέρον προς σύναψη της δημοσίας συμβάσεως, ενώ το δεύτερο ερώτημα αντικατοπτρίζει την άποψη που υποστήριξε η Asfinag και κατά την οποία το γεγονός ότι ένας υποψήφιος δεν λαμβάνει ή δεν έλαβε όλα τα μέτρα που έχει στη διάθεσή του, βάσει των εθνικών διατάξεων, προκειμένου η δημόσια σύμβαση να μην ανατεθεί σε άλλον υποψήφιο, δηλαδή, στην προκειμένη περίπτωση, το γεγονός ότι δεν προσέφυγε ενώπιον της Β-VKK, επιτρέπει να θεωρηθεί ότι ο υποψήφιος αυτός απώλεσε το συμφέρον προς σύναψη της συμβάσεως.

26. Η προσφεύγουσα και η Αυστριακή Κυβέρνηση επιβεβαίωσαν κατά τη συζήτηση ότι, κατά τον χρόνο των επίδικων στην κύρια δίκη περιστατικών, δεν υπήρχε νόμιμη υποχρέωση της προσφεύγουσας να προσφύγει ενώπιον της Β-VKK αφότου πληροφορήθηκε, με έγγραφο της 28ης Ιανουαρίου 2000, ότι η προσφορά της είχε καταταγεί δεύτερη κατά την αξιολόγηση των προσφορών και, επομένως, δεν έγινε δεκτή.

27. Η διάταξη περί παραπομπής δεν περιλαμβάνει πληροφορίες που θα μπορούσαν να με οδηγήσουν στο συμπέρασμα ότι η θέση αυτή είναι ανακριβής.

28. Τα προδικαστικά ερωτήματα, επομένως, ισοδυναμούν κατ' ουσίαν με το ερώτημα αν η οδηγία 89/665 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι ένας υποψήφιος έχει ή δεν έχει συμφέρον προς σύναψη δημοσίας συμβάσεως παρά μόνον αν προσφύγει προηγουμένως ενώπιον της συμβουλευτικής επιτροπής ενώπιον της οποίας η προσφυγή είναι προαιρετική.

29. Είμαι της γνώμης ότι η απάντηση στο ερώτημα αυτό είναι αρνητική.

30. Αφενός, είναι ευθύς εξ αρχής καθ' όλα σαφές ότι η οδηγία 89/665 ουδόλως ορίζει τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες ένας υποψήφιος χάνει το συμφέρον προς σύναψη της συμβάσεως.

31. Αφετέρου, θετική απάντηση στο ερώτημα συνεπαγόταν ότι από την οδηγία συνάγεται υποχρέωση για τον υποψήφιο, επί

ποινή απωλείας του συμφέροντος προς σύναψη της δημοσίας συμβάσεως, να προσφύγει ενώπιον της συμβουλευτικής επιτροπής, τούτο όμως είναι προαιρετικό κατά το εθνικό δίκαιο. Ένα τέτοιο συμπέρασμα δεν μπορεί να συναχθεί.

32. Βεβαίως, η οδηγία δεν εμποδίζει όπως ορισμένες υποχρεώσεις επιβάλλονται στους επιχειρηματίες από το εθνικό δίκαιο.

33. Τούτο μαρτυρεί, για παράδειγμα, η τελευταία φράση του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 κατά την οποία «[...] [τα κράτη μέλη] μπορούν να απαιτούν από το πρόσωπο που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει τη διαδιασία αυτή να ενημερώνει προηγουμένως την αναθέτουσα αρχή για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει προσφυγή».

34. Τούτο μαρτυρεί επίσης η απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau κ.λπ. [9], με την οποία το Δικαστήριο έκρινε συμβατή προς την οδηγία 89/665 την ύπαρξη, σε εθνικό επίπεδο, αποσβεστικών προθεσμιών, εφόσον αυτές είναι εύλογες.

35. Αντιθέτως, δεν είναι η ίδια η οδηγία που επιβάλλει τέτοιες υποχρεώσεις στους επιχειρηματίες, πράγμα, που ελείψει αμέσου αποτελέσματος έναντι ενός ιδιώτη [10], ουδέποτε θα μπορούσε άλλωστε να πράξει.

36. Προτείνω, επομένως, στα προδικαστικά ερωτήματα να δοθεί η απάντηση ότι, αυτό καθαυτό το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 *δεν συνεπάγεται* ότι ένας επιχειρηματίας δεν έχει ή δεν είχε συμφέρον προς σύναψη συγκεκριμένης δημοσίας συμβάσεως παρά μόνον όταν —εκτός της συμμετοχής τους στη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως— λαμβάνει ή έλαβε όλα τα μέτρα που έχει στη διάθεσή του, βάσει των εθνικών διατάξεων, ώστε η σύμβαση να μην ανατεθεί σε άλλον υποψήφιο και έτσι να γίνει δεκτή η δική του προσφορά.

37. Επικουρικώς, θα ήθελα πάντως να εξετάσω ακόμη τα προδικαστικά ερωτήματα υπό ένα άλλο πρίσμα.

38. Τα ερωτήματα θα μπορούσαν επίσης να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι το Bundesvergabeamt ερωτά αν η οδηγία 89/665 *απαγορεύει* κανόνα εθνικού δικαίου κατά τον οποίο ένας υποψήφιος στερείται του συμφέροντος προς σύναψη της συμβάσεως αν δεν έλαβε όλα τα εν λόγω μέτρα που είχε στη διάθεσή του προκειμένου να αποφύγει όπως η σύμβαση ανατεθεί σε άλλον υποψήφιο.

9 — C-470/99, Συλλογή 2002, σ. I-11617.

10 — Αποφάσεις της 26ης Φεβρουαρίου 1986, 152/84, Marshall (Συλλογή 1986, σ. 723, σκέψη 48)· της 14ης Ιουλίου 1994, C-91/92, Faccini Dori (Συλλογή 1994, σ. I-3325, σκέψεις 22 έως 25)· της 13ης Ιουλίου 2000, C-456/98, Centrosteel (Συλλογή 2000, σ. I-6007, σκέψη 15), και της 26ης Σεπτεμβρίου 2000, C-443/98, Unilever (Συλλογή 2000, σ. I-7535, σκέψεις 50 και 51).

39. Υπογραμμίζω ότι στη διάταξη περί παραπομπής δεν υπάρχει ρητή αναφορά σε κανόνα του αυστριακού δικαίου κατά τον οποίο, μολονότι η προσφυγή ενώπιον της B-VKK είναι προαιρετική, το γεγονός ότι δεν ασκείται προσφυγή έχει ως αποτέλεσμα να στερείται ο υποψήφιος του συμφέροντος προς σύναψη της συμβάσεως. Πάντως, αφού το αιτούν δικαστήριο είναι το μόνο αρμόδιο να ερμηνεύσει το εθνικό του δίκαιο, δεν μπορεί εκ των προτέρων να αποκλειστεί η ύπαρξη ενός τέτοιου κανόνα. Επομένως, προκειμένου να δοθεί η όσο το δυνατόν χρησιμότερη απάντηση στον Bundesvergabeamt, προτείνω, επικουρικώς, να δοθούν απαντήσεις στα προδικαστικά ερωτήματα όπως μόλις προηγουμένως τα αναδιατύπωσα.

40. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Γαλλική και η Αυστριακή Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή, ορθώς υποστήριξαν ότι η απάντηση στα ερωτήματα, διατυπωθέντα κατ' αυτόν τον τρόπο, πρέπει να εμπνέεται από την προπαρατεθείσα απόφαση Universale-Bau κ.λπ., η οποία εκδόθηκε μετά την κατάθεση των γραπτών τους παρατηρήσεων.

41. Με την απόφαση αυτή το Δικαστήριο, το οποίο επελήφθη επίσης κατόπιν αιτήσεως του Bundesvergabeamt, αποφάνθηκε ως εξής:

«[...] [Η] οδηγία 89/665 δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση η οποία προβλέπει ότι προσφυγή κατ' αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της προσφυγής τους, πρέπει να παύσουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απωλέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα ότι, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η παύση της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη» [11].

42. Όπως και οι προαναφερθέντες παρεμβαίνοντες, είμαι της γνώμης ότι η απόφαση αυτή μπορεί να ισχύσει και στην προκειμένη περίπτωση.

43. Πράγματι, όπως και στην προπαρατεθείσα απόφαση Universale-Bau κ.λπ., με την οποία το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι η οδηγία 89/665 δεν περιέχει ειδικά καμία διάταξη αφορώσα ειδικώς τις προθεσμίες ασκήσεως των προσφυγών που αφορά [12], η οδηγία αυτή δεν περιέχει επίσης, όπως άλλωστε διαπίστωσα ανωτέρω [13], καμιά διάταξη αφορώσα τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες ο υποψήφιος μπορεί να απωλέσει το συμφέρον προς σύναψη συμβάσεως.

44. Η οδηγία 89/665, με το άρθρο της 1, παράγραφος 3, επιβάλλει, πράγματι, να εξασφαλίζεται ότι οι διαδικασίες 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 μια

11 — Προπαρατεθείσα απόφαση Universale-Bau κ.λπ., σκέψη 79.
12 — Προπαρατεθείσα απόφαση Universale-Bau κ.λπ., σκέψη 71.
13 — Βλ. σημείο 30 ανωτέρω.

εικαζόμενη παράβαση», δεν ορίζει όμως σαφέστερα ούτε την έννοια του συμφέροντος ούτε τις ενδεχόμενες προϋποθέσεις υπό τις οποίες η έλλειψη επιμελείας εκ μέρους του υποψηφίου μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα να στερηθεί αυτός το συμφέρον προς σύναψη συμβάσεως, υπό την έποψη ότι θεωρήθηκε ότι δεν έχει και ουδέποτε είχε ένα τέτοιο συμφέρον. Επομένως, απόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη κάθε κράτους μέλους να πράξει τούτο ενδεχομένως [14].

45. Σε αυτό το στάδιο της συλλογιστικής, ας μου επιτραπεί να παραθέσω εξ ολοκλήρου τις σκέψεις 72 έως 76 της προπαρατεθείσας αποφάσεως Universale-Bau κ.λπ., που φαίνεται ότι έχουν εφαρμογή mutatis mutandis στο ζήτημα που μας απασχολεί:

«72 Εντούτοις, δεδομένου ότι πρόκειται περί λεπτομερειών αφορωσών τη διαδικασία ασκήσεως ένδικων βοηθημάτων προοριζομένων να διασφαλίσουν την προάσπιση των δικαιωμάτων που παρέχει το κοινοτικό δίκαιο στους υποψηφίους και στους υποβαλόντες προσφορές οι οποίοι θίγονται από αποφάσεις των αναθετουσών αρχών, *δεν πρέπει να θίγουν την πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665*.

73 Επιβάλλεται, συνεπώς, να εξακριβωθεί αν, εν όψει του σκοπού της εν λόγω οδηγίας, μια εθνική ρύθμιση όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης δεν παραβιάζει τα δικαιώματα που εξασφαλίζει το κοινοτικό δίκαιο στους ιδιώτες.

74 Συναφώς, επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι η οδηγία 89/665, όπως προκύπτει από την πρώτη και τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της, αποβλέπει στην ενίσχυση, τόσο σε εθνικό όσο και σε κοινοτικό επίπεδο, των μηχανισμών που στόχο έχουν να εξασφαλίσουν την αποτελεσματική εφαρμογή των σχετικών με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων οδηγιών, ιδίως σε στάδιο στο οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη διόρθωση. Προς τούτο, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών.

75 Πάντως, η απόλυτη εκπλήρωση του επιδιωκόμενου με την οδηγία 89/665 σκοπού θα διακυβευόταν αν οι υποψήφιοι και οι υποβαλόντες προσφορές μπορούσαν νομίμως να επικαλεστούν, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας διεξαγωγής του διαγωνισμού, παραβάσεις των κανόνων συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, υποχρεώνοντας με τον τρόπο αυτόν την αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών.

76 Επίσης, επιβάλλεται να επισημανθεί ότι ο καθορισμός εύλογων αποκλειστικών προθεσμιών για την άσκηση ένδικων

14 — Βλ., κατ' αναλογία, προπαρατεθείσα απόφαση Universale-Bau κ.λπ., σκέψη 71, in fine.

μέσων ή βοηθημάτων πληροί καταρχήν την προϋπόθεση αυτή, καθόσον συνιστά εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της ασφάλειας δικαίου (βλέπε, κατ' αναλογία, αποφάσεις της 10ης Ιουλίου 1997, C-261/95, Palmisani, Συλλογή 1997, σ. I-4025, σκέψη 28, και της 16ης Μαΐου 2000, C-78/98, Preston κ.λπ., Συλλογή 2000, σ. I-3201, σκέψη 33)» [15].

46. Όπως και για τις αποσβεστικές προθεσμίες για τις οποίες έγινε λόγος στην προπαρατεθείσα υπόθεση Universale-Bau κ.λπ., είμαι της γνώμης ότι ο εθνικός κανόνας που επιβάλλει στον υποβαλόντα προσφορά, επί ποινή απωλείας του συμφέροντος προς σύναψη της συμβάσεως, να λάβει όλα τα μέτρα που έχει ευλόγως στη διάθεσή του προκειμένου να αποφύγει την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον προσφέροντα περιλαμβάνεται σε αυτόν τον στόχο της οδηγίας 89/665, που συνίσταται στη θέσπιση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών [16]. Επιπλέον, ένας τέτοιος κανόνας ανταποκρίνεται επίσης στην απαίτηση της αποτελεσματικότητας που απορρέει από την οδηγία 89/665 στον βαθμό που είναι προς το συμφέρον της ασφαλείας δικαίου.

47. Υπογραμμίζω, ωστόσο, ότι αυτή η απώλεια του συμφέροντος προς σύναψη της συμβάσεως δεν μπορεί, κατ' εμέ, να επέλθει παρά μόνον αν ο προσφέρων δεν έλαβε όλα τα αναγκαία μέτρα τα οποία έχει *ευλόγως* στη διάθεσή του, όπως και οι αποσβεστικές προθεσμίες πρέπει επίσης να είναι εύλογες [17].

48. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η προσφεύγουσα ανέφερε όντως ότι εστερείτο πληροφορίες ώστε να μπορεί να προσφύγει λυσιτελώς στην B-VKK αφού είχε πληροφορηθεί, με έγγραφο της 28ης Ιανουαρίου 2000, ότι η προσφορά της είχε καταταγεί δεύτερη κατά την αξιολόγηση των προσφορών και, επομένως, δεν είχε γίνει δεκτή.

49. Απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξετάσει αν, ενόψει τέτοιων περιστάσεων, η προσφεύγουσα είχε *ευλόγως* στη διάθεσή της το μέτρο που συνίσταται στο να προσφύγει στην B-VKK. Αν δεν συντρέχει τέτοια περίπτωση, δεν είναι δυνατό να της προσάπτεται ότι δεν έλαβε αυτό το μέτρο.

50. Προτείνω, επομένως, στα προδικαστικά ερωτήματα να δοθεί, επικουρικώς, η απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 δεν απαγορεύει κανόνα εθνικού δικαίου κατά τον οποίο ένας επιχειρηματίας έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση μόνον αν —πέραν της συμμετοχής του στη διαδικασία συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως— λαμβάνει ή έλαβε όλα τα μέτρα που έχει κατά τις εθνικές διατάξεις στη διάθεσή του προκειμένου να εμποδίσει την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον και έτσι η δική του προσφορά να γίνει δεκτή.

15 — Η υπογράμμιση δική μου.

16 — Βλ., επίσης, αποφάσεις Alcatel Austria κ.λπ., προπαρατεθείσα, σημείο 34, και της 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, HI (Συλλογή 2002, σ. I-5553, σκέψη 52).

17 — Προπαρατεθείσα απόφαση Universale-Bau κ.λπ., σκέψη 79.

V — Πρόταση

51. Ενόψει των προεκτεθέντων, προτείνω στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλλε το Bundesvergabeamt να δοθούν οι εξής απαντήσεις:

«Το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, δεν συνεπάγεται ότι ένας επιχειρηματίας δεν έχει ή δεν είχε συμφέρον προς σύναψη συγκεκριμένης δημοσίας συμβάσεως παρά μόνον αν —πέραν της συμμετοχής του στη διαδικασία συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως— λαμβάνει ή έλαβε όλα τα μέτρα που έχει κατά τις εθνικές διατάξεις στη διάθεσή του προκειμένου να εμποδίσει την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον και έτσι η δική του προσφορά να γίνει δεκτή.

Το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ δεν απαγορεύει ωστόσο έναν κανόνα εθνικού δικαίου κατά τον οποίο ένας επιχειρηματίας έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση μόνον αν —πέραν της συμμετοχής του στη διαδικασία συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως— λαμβάνει ή έλαβε όλα τα μέτρα που ευλόγως έχει κατά τις εθνικές διατάξεις στη διάθεσή του προκειμένου να εμποδίσει την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον και έτσι η δική του προσφορά να γίνει δεκτή.»