

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
JEAN MISCHO

της 25ης Φεβρουαρίου 2003¹

1. Το Bundesvergabeamt (Αυστρία) μας ερωτά ως προς την ερμηνεία του άρθρου 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 έργων², όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών³ (στο εξής: οδηγία 89/665).

I — Το νομικό πλαίσιο

A — Η κοινοτική ρύθμιση

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

«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 που οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν την κοινοτική νομοθεσία στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή τους εθνικούς κανόνες που θέτουν σε εφαρμογή την κοινοτική νομοθεσία.

2. Το Bundesvergabeamt ερωτά κατ' ουσίαν αν η προπαρατεθείσα διάταξη έχει την έννοια ότι υποψήφιος, που υπέβαλε προσφορά, υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία, λόγω της παραβάσεως που προβάλλει, ακόμη και όταν, μολονότι η αναθέτουσα αρχή δεν απέκλεισε την προσφορά του, το αρμόδιο για την εξέταση της προσφυγής όργανο διαπιστώνει ότι η προσφορά του έπρεπε οπωσδήποτε να είχε αποκλεισθεί από την εν λόγω αρχή.

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.»

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.

4. Κατά το άρθρο 2, παράγραφοι 1, 4 και 6, της οδηγίας 89/665:

[...]

«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:

4. Τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν ότι οι υπεύθυνες αρχές, εξετάζοντας αν πρέπει να λάβουν προσωρινά μέτρα, μπορούν να λαμβάνουν υπόψη τους τις πιθανές συνέπειες αυτών των μέτρων για όλα τα συμφέροντα που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και το δημόσιο συμφέρον, και να αποφασίζουν να μην τα χορηγήσουν εάν οι αρνητικές συνέπειες μπορεί να είναι σοβαρότερες από την ωφέλειά τους. Η απόφαση να μην χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τα άλλα δικαιώματα που διεκδικεί ο αιτών τα μέτρα αυτά.

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

[...]

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.

6. Το άρθρο 113 του BVergG ορίζει:

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

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.

2. Προκειμένου να θέτει τέρμα στις παραβιάσεις του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου και των σχετικών κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής, το Bundesvergabeamt είναι, μέχρι την ανάθεση της σύμβασης, αρμόδιο 1) να εκδίδει διατάξεις για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων και 2) να ακυρώνει παράνομες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής.

[...]

3. Μετά την ανάθεση της σύμβασης 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. [...]

B — Η εθνική 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 την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, BGBl. I, 1997/56, στο εξής: BVergG).

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

«Ο επιχειρηματίας που επικαλείται συμφέρον για τη σύναψη σύμβασης, η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου, μπορεί να ασκήσει, κατά των αποφάσεων που έλαβε η αναθέ-

τουςα αρχή στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προσφυγή λόγω παρανομίας, όταν η παρανομία αυτή του προκάλεσε ή απειλεί να του προκαλέσει ζημία.»

8. Σύμφωνα με το άρθρο II, παράγραφος 2, C, στοιχείο 40α, του Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (εισαγωγικού νόμου των κανόνων περί διοικητικών διαδικασιών του 1991, BGBl. 1991/50), ο Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (γενικός νόμος του 1991 για τη διοικητική δικονομία, BGBl. 1991/51, στο εξής: AVG) εφαρμόζεται στη διοικητική διαδικασία του Bundesvergabeamt.

II — Η διαφορά της κύριας δίκης

9. Η εταιρία Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) και η εταιρία Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (στο εξής: καθών) προκήρυσαν διαδικασία υποβολής προσφορών, περιλαμβάνουσα περισσότερα του ενός στάδια, προκειμένου να συγκεντρώσουν αρχιτεκτονικά σχέδια και παραμέτρους βάσει των οποίων θα λαμβάνονταν αποφάσεις για τη σύναψη συμβάσεων γενικού σχεδιασμού, ενόψει της κατασκευής του νέου κτιρίου της Σχολής Μηχανολόγων του TU της Βιέννης. Η πρώτη φάση της διαδικασίας διεξήχθη υπό τη μορφή διαγωνισμού «δημόσιας αναζητήσεως ενδιαφερομένων με υποβολή ιδεών».

10. Στην πρόσκληση για υποβολή προσφορών ανταποκρίθηκαν, υποβάλλοντας σχέδια, πολλοί ενδιαφερόμενοι, μεταξύ των οποίων, ο W. Hackermüller, αρχιτέκτονας μηχανικός, και η εταιρία Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (στο εξής: Lechner). Κατά τη δεύτερη φάση της διαδικασίας — αυτή των διαπραγματεύσεων —, το Beratungsgremium (συμβουλευτική επιτροπή) συνέστησε την άμεση συνέχιση της διαδικασίας με τη Lechner. Με έγγραφο της 10ης Φεβρουαρίου 1999, οι υπόλοιποι τέσσερις συμμετέχοντες στη διαδικασία των διαπραγματεύσεων, μεταξύ των οποίων και ο W. Hackermüller, πληροφορήθηκαν ότι, με απόφασή του της 8ης Φεβρουαρίου 1999, το Beratungsgremium δεν είχε προκρίνει τα σχέδιά τους προς υλοποίηση.

11. Στις 29 Μαρτίου 1999, ο W. Hackermüller άσκησε, βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 2, του BVergG, προσφυγή ενώπιον του Bundesvergabeamt, με την οποία ζήτησε, μεταξύ άλλων, την αναγνώριση από το Bundesvergabeamt την ακυρότητας: 1) της αποφάσεως της 8ης Φεβρουαρίου 1999, με την οποία το Beratungsgremium και/ή οι καθών έκριναν ως καλύτερη την προσφορά άλλου υποψηφίου και συνέστησαν την άμεση συνέχιση της διαδικασίας των διαπραγματεύσεων με αυτόν, 2) της αποφάσεως με την οποία η επιλογή των προσφορών πραγματοποιήθηκε χωρίς να τηρηθούν οι όροι της προκηρύξεως.

12. Με απόφαση της 31ης Μαΐου 1999, το Bundesvergabeamt απέρριψε το σύνολο των αιτημάτων του W. Hackermüller, λόγω ελλείψεως νομιμοποίησής του προς άσκηση

της προσφυγής, καθότι η προσφορά του θα έπρεπε να είχε αποκλεισθεί από την πρώτη φάση της διαδικασίας, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 52, παράγραφος 1, στοιχείο 8, του BVergG.

13. Στο σκεπτικό της αποφάσεώς του, το Bundesvergabeamt εκθέτει, καταρχάς, ότι από το άρθρο 115, παράγραφος 1, του BVergG προκύπτει ότι ο επιχειρηματίας μπορεί να ασκήσει προσφυγή μόνον αν ενδέχεται να υποστεί ζημία ή άλλη βλάβη. Το Bundesvergabeamt υπενθυμίζει επίσης ότι, κατά το άρθρο 52, παράγραφος 1, στοιχείο 8, του BVergG, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, προ της αποδοχής της προσφοράς, να αποκλείσει αμελλητί, βάσει του αποτελέσματος του ελέγχου στον οποίο προέβη, τις προσφορές που δεν τηρούν τους όρους της προκηρύξεως ή όσες είναι εσφαλμένες ή μη πλήρεις, εφόσον οι πλημμέλειες αυτές δεν διορθώθηκαν ή δεν δύνανται να διορθωθούν.

14. Το Bundesvergabeamt επισημαίνει εν συνεχεία ότι, εν προκειμένω, όσον αφορά τον αποκλεισμό ενός σχεδίου από τη διαδικασία συνάψεως συμβάσεων, στο σημείο 1.6.7 της προκηρύξεως γίνεται ρητή μνεία του άρθρου 36, παράγραφος 4, του Wettbewerbsordnung der Architekten (κώδικα περί ανταγωνισμού των αρχιτεκτόνων, στο εξής: WOA), το οποίο, με τη σειρά του, ορίζει ότι, αν συντρέχει λόγος αποκλεισμού κατά την έννοια του άρθρου 8 του WOA, το συγκεκριμένο σχέδιο πρέπει να απορριφθεί και σημειώνει ότι η παράγραφος 1, στοιχείο d, της διατάξεως αυτής εξαιρεί, μεταξύ άλλων, από τη συμμετοχή σε αρχιτεκτονικούς διαγωνισμούς όσους περιλαμβάνουν στον φάκελό τους ενδείξεις που καθιστούν δυνατή την εντόπιση του δημιουργού.

15. Τέλος, έχοντας διαπιστώσει ότι στην περίπτωση του W. Hackermüller, ο οποίος είχε αναγράψει το επώνυμό του στη στήλη «προβλεπόμενη οργάνωση του γενικού σχεδιασμού», συνέτρεχε ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 8, παράγραφος 1, στοιχείο d, του WOA, γεγονός που, κατά το άρθρο 52, παράγραφος 1, στοιχείο 8, του BVergG, σε συνδυασμό με το άρθρο 36, παράγραφος 4, του WOA, θα έπρεπε να είχε οδηγήσει στην απόρριψη του σχεδίου του, το Bundesvergabeamt κατέληξε ότι το σχέδιο του W. Hackermüller δεν μπορούσε πλέον να ληφθεί υπόψη για την ανάθεση της συμβάσεως και ότι, συνεπώς, ο W. Hackermüller δεν νομιμοποιείται να προβάλλει τις παραβάσεις που μνημονεύει στα αιτήματά του, δεδομένου ότι δεν μπορεί να υποστεί ζημία από ενδεχόμενες παραβάσεις της αρχής της πλέον συμφέρουσας προσφοράς και των κανόνων της διαδικασίας διαπραγματεύσεων.

16. Στις 7 Ιουλίου 1999, ο W. Hackermüller άσκησε ενώπιον του Verfassungsgesichtshof (Αυστρία) (συνταγματικό δικαστήριο) προσφυγή περί ακυρώσεως της αποφάσεως του Bundesvergabeamt της 31ης Μαΐου 1999. Με απόφαση της 14ης Μαρτίου 2001 (B 1137/99-9), λαμβάνοντας υπόψη προηγούμενη απόφασή του της 8ης Μαρτίου 2001 (B 707/00), το Verfassungsgesichtshof έκρινε ότι, λαμβανομένου υπόψη ότι η έννοια της νομιμοποιήσεως προς άσκηση προσφυγής κατά το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 χρήζει, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου⁴, ευρείας ερμηνείας, είναι αμφίβολο αν οι προϋποθέσεις ασκήσεως προσφυγής, κατά τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 115, παράγραφος 1, και 52, παράγραφος 1, του BVergG, μπο-

4 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 17ης Σεπτεμβρίου 1997, C-54/96, Dorsch Consult (Συλλογή 1997, σ. I-4961, σκέψη 46), και της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98, Alcatel Austria κ.λπ. (Συλλογή 1999, σ. I-7671, σκέψεις 34 και 35).

ρούν να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι είναι δυνατό σε υποψήφιο, ο οποίος δεν έχει αποκλειστεί από την αναθέτουσα αρχή, να μην επιτραπεί η άσκηση προσφυγής, με απόφαση του αρμοδίου για την εκδίκαση της προσφυγής οργάνου που απορρίπτει την αίτηση δικαστικής προστασίας, όταν το όργανο αυτό διαπιστώνει εκ προοιμίου την ύπαρξη λόγου δικαιολογούντος τον αποκλεισμό του υποψηφίου. Καθώς το Verfassungsgerichtshof ακύρωσε επίσης την εν λόγω απόφαση του Bundesvergabeamt για προσβολή του συνταγματικού δικαιώματος του δικάζεσθαι ενώπιον νομίμου δικαστηρίου, το Bundesvergabeamt έκρινε ότι πρέπει, βάσει του άρθρου 234, τρίτο εδάφιο, να υποβάλει στο Δικαστήριο σχετικό προδικαστικό ερώτημα.

- 2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα:

Έχει η προαναφερθείσα διάταξη την έννοια ότι υποψήφιος, που υπέβαλε προσφορά, υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία — ώστε να έχει τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής — λόγω παραβάσεως που προβάλλει, εν προκειμένω της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής να κρίνει ως καλύτερη την προσφορά άλλου υποψηφίου, ακόμη και στην περίπτωση που, μολοντί η αναθέτουσα αρχή δεν απέκλεισε την προσφορά του, το όργανο που επιλαμβάνεται της προσφυγής διαπιστώνει ότι η προσφορά έπρεπε οπωσδήποτε να είχε αποκλεισθεί;»

III — Τα προδικαστικά ερωτήματα

17. Υπό αυτές τις συνθήκες, το Bundesvergabeamt αποφάσισε, με διάταξη της 25ης Ιουνίου 2001, να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

IV — Ανάλυση

A — Επί της αρμοδιότητας του Δικαστηρίου να απαντήσει στα υποβληθέντα από το Bundesvergabeamt ερωτήματα

«1) Έχει το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 την έννοια ότι νομοποιείται προς άσκηση προσφυγής οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση;

18. Εισαγωγικά, πρέπει να σταθούμε σε ένα ζήτημα που προσέκλυσε την προσοχή της

πρόσφατης νομολογίας⁵, ήτοι αν το Bundesvergabeamt αποτελεί δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ.

19. Το ζήτημα αυτό έθιξε η Επιτροπή, μεταξύ άλλων, στην προπαρατεθείσα υπόθεση Felix Swoboda, κατόπιν της διατάξεως περί παραπομπής του Bundesvergabeamt, της 11ης Ιουλίου 2001, στην υπόθεση Siemens και ARGE Telecom & Partner⁶, με την οποία το Bundesvergabeamt αναγνώρισε ότι οι αποφάσεις του δεν περιέχουν «διαταγές προς την αναθέτουσα αρχή που επιδέχονται αναγκαστική εκτέλεση»⁷.

20. Στην προπαρατεθείσα απόφαση Felix Swoboda, που αφορούσε μια υπόθεση στην οποία το Bundesvergabeamt ασκούσε τις αρμοδιότητές του κατά την περίοδο μετά την ανάθεση της συμβάσεως, το Δικαστήριο θεώρησε το Bundesvergabeamt δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ.

21. Πράγματι, με τις σκέψεις 27 και 28 αυτής της αποφάσεως, το Δικαστήριο έκρινε ότι:

5 — Βλ. απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 2002, C-411/00, Felix Swoboda (Σύλλογη 2002, σ. I-10567), τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Léger στην υπόθεση C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ. (απόφαση της 15ης Ιανουαρίου 1998, Σύλλογη 1998, σ. I-73), τις προτάσεις μου της 18ης Απριλίου 2002 στην προπαρατεθείσα υπόθεση Felix Swoboda, καθώς και τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Geelhoed της 10ης Οκτωβρίου 2002 στην υπόθεση C-315/01, GAT (απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, Σύλλογη 2003, σ. I-6351, I-6354).

6 — C-314/01, που εκκρεμεί ενώπιον του Δικαστηρίου.

7 — Προπαρατεθείσα απόφαση Felix Swoboda, σκέψη 25.

«[...] η κύρια δίκη αφορά την περίοδο μετά την ανάθεση της συμβάσεως. Κατά το αυστριακό δίκαιο όμως, τόσο οι διάδικοι όσο και τα πολιτικά δικαστήρια που επιλαμβάνονται αγωγής αποζημιώσεως κατά την περίοδο αυτή δεσμεύονται εν πάση περιπτώσει από τις διαπιστώσεις του Bundesvergabeamt.

Υπό τις συνθήκες αυτές δεν είναι δυνατόν να αμφισβητηθεί βασίμως η δεσμευτικότητα της αποφάσεως του Bundesvergabeamt στην κύρια δίκη».

22. Το ερώτημα που τίθεται τώρα είναι αν αυτό το συμπέρασμα ισχύει και στην παρούσα υπόθεση, στην οποία το Bundesvergabeamt ασκεί τις αρμοδιότητές του κατά τον προ της αναθέσεως της συμβάσεως χρόνο.

23. Είμαι της γνώμης ότι η απάντηση είναι αδιαμφισβήτητα καταφατική.

24. Αντιθέτως προς τον μετά την ανάθεση της συμβάσεως χρόνο, οπότε το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο, κατά το άρθρο 113, παράγραφος 3, του BVerfGG, να «αποφαίνεται επί του αν [...] η σύμβαση δεν ανατέθηκε στον υποψήφιο που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά [...]», ο προ της αναθέ-

σεως αυτής χρόνος χαρακτηρίζεται από το γεγονός ότι το Bundesvergabeamt είναι, κατά το άρθρο 113, παράγραφος 2, του BVergG, αρμόδιο «[...] 1) να διατάσσει προσωρινά μέτρα και 2) να ακυρώνει παράνομες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής».

25. Αν, όμως, η αρμοδιότητα του Bundesvergabeamt να «αποφαινεται» παράγει δεσμευτικά αποτελέσματα, θεωρώ ότι το ίδιο ισχύει, κατά μείζονα λόγο, για τις αρμοδιότητες διατάξεως προσωρινών μέτρων και ακυρώσεως παράνομων αποφάσεων.

26. Το Bundesvergabeamt αποτελεί, συνεπώς, δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ. Για τον λόγο αυτό, το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να απαντήσει στα υποβληθέντα από αυτό προδικαστικά ερωτήματα.

B — Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος

27. Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, το Bundesvergabeamt ερωτά αν το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 έχει την έννοια ότι νομιμοποιείται προς άσκηση προσφυγής οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση.

28. Ο W. Hacker Müller προτείνει να δοθεί καταφατική απάντηση στο ερώτημα αυτό διότι, όπως ισχυρίζεται, οποιοδήποτε πρόσωπο αποκλείεται από τη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως υφίσταται ζημία.

29. Αντιθέτως, οι καθόν, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Ιταλική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή προτείνουν να δοθεί αρνητική, κατ' ουσίαν, απάντηση στο πρώτο ερώτημα.

30. Συντάσσομαι με τη θέση τους.

31. Πράγματι, από το γράμμα του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 προκύπτει σαφώς ότι οι διαδικασίες εκδικάσεως προσφυγής θα πρέπει «[...] να μπορούν να κινηθούν [...] 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»⁸.

32. Η οδηγία 89/665 επιτρέπει, συνεπώς, στα κράτη μέλη να εξαρτούν την άσκηση προσφυγής από δύο σωρευτικά τιθέμενες προϋποθέσεις, ήτοι 1) το συμφέρον του υποψηφίου για την ανάθεση συγκεκριμένης δημόσιας συμβάσεως και 2) το γεγονός ότι υπέστη ή το ενδεχόμενο να υποστεί ζημία.

⁸ — Η υπογράμμιση δική μου.

33. Επομένως, ορθώς η Επιτροπή έκρινε ότι «δεν αρκεί μόνον η ύπαρξη συμφέροντος για την ανάθεση μιας συμβάσεως».

34. Η ερμηνεία αυτή ενισχύεται, άλλωστε, όπως επισημαίνει ορθώς η Αυστριακή Κυβέρνηση, από τις προπαρασκευαστικές εργασίες της οδηγίας 89/665.

35. Πράγματι, ενώ η πρόταση οδηγίας 87/C 230/05 του Συμβουλίου, σχετικά με το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών κανόνων στα πλαίσια των διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και έργων, την οποία υπέβαλε η Επιτροπή την 1η Ιουλίου 1987⁹, δεν προέβλεπε τίποτα όσον αφορά την ιδιότητα του προσώπου που νομιμοποιείται να ασκήσει προσφυγή, το άρθρο 1 της τροποποιηθείσας προτάσεως της 25ης Νοεμβρίου 1988¹⁰ όριζε ότι η διαδικασία εκδίκασης προσφυγής πρέπει να μπορεί κινηθεί από «[...] κάθε επιχειρηματία ή προμηθευτή που μετέχει σε μια διαδικασία συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων και από κάθε τρίτο εξουσιοδοτημένο [...]»

36. Δεδομένου, όμως, ότι η διατύπωση αυτή δεν προτιμήθηκε στο κείμενο της οδηγίας

89/665, πρέπει να συναχθεί η σκόπιμη εκ μέρους του Συμβουλίου επιλογή να επιτρέψει στα κράτη μέλη να εξαρτούν την άσκηση προσφυγής από τις δύο προπαρατεθείσες προϋποθέσεις.

37. Προτείνω, συνεπώς, να δοθεί στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα η απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 έχει την έννοια ότι νομιμοποιείται προς άσκηση προσφυγής οποιοδήποτε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση, εφόσον το πρόσωπο αυτό έχει, επιπλέον, υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προβαλλόμενη παράβαση.

Γ — *Επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος*

38. Δεδομένου ότι προτείνω να δοθεί αρνητική απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, πρέπει τώρα να εξετάσω και το δεύτερο ερώτημα. Με το ερώτημα αυτό το Bundesvergabeamt ερωτά αν το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 έχει την έννοια ότι υποψήφιος, που υπέβαλε προσφορά, υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία — ώστε να έχει τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής — λόγω της παραβάσεως που προβάλλει, εν προκειμένω της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής να κρίνει ως καλύτερη την προσφορά άλλου υποψηφίου, ακόμη και στην περίπτωση που, μολονότι η αναθέτουσα αρχή δεν απέκλεισε την προσφορά του, το όργανο που επιλαμβάνεται της προσφυγής διαπιστώνει ότι η προσφορά έπρεπε οπωσδήποτε να είχε αποκλεισθεί.

9 — EEL 230, σ. 6.

10 — EE 1989, C 15, σ. 8.

39. Ο W. Hackermüller εκτιμά ότι, σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, επιβάλλεται οπωσδήποτε να δοθεί καταφατική απάντηση στο δεύτερο ερώτημα, διότι διαφορετικά δεν θα ήταν δυνατή η άσκηση προσφυγής κάθε φορά που ένας υποψήφιος αποκλειόταν για οποιοδήποτε λόγο από την αναθέτουσα αρχή.

40. Αντιθέτως, οι καθόν, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Επιτροπή προτείνουν να δοθεί αρνητική απάντηση. Οι παρατηρήσεις της Ιταλικής Κυβέρνησης μπορούν να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι η Κυβέρνηση αυτή προτείνει επίσης να δοθεί αρνητική απάντηση στην περίπτωση που το Bundesvergabeamt μπορεί να θεωρηθεί δικαστήριο.

41. Προς στήριξη της θέσεώς τους, οι παρεμφαινόντες επικαλούνται τον σκοπό της διαδικασίας εκδίκασεως προσφυγής, την πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665, καθώς και την αρχή της ίσης μεταχείρισης, που απαγορεύουν να ανατεθεί η σύμβαση ή να καταβληθεί αποζημίωση σε προσφεύγοντα ο οποίος παρέβη τους όρους της προκηρύξεως ή τις διατάξεις περί δημοσίων συμβάσεων.

42. Καταρχάς, πρέπει να επισημανθεί ότι, με απόφαση της 31ης Μαΐου 1999, το Bundesvergabeamt έκρινε ότι ο W. Hackermüller δεν νομοποιείται προς άσκηση προσφυγής, καθότι η προσφορά του θα έπρεπε να είχε αποκλεισθεί από την πρώτη φάση της διαδικασίας, κατ' εφαρμο-

γήν του άρθρου 52, παράγραφος 1, στοιχείο 8, του BVergG¹¹.

43. Συνεπώς, με το προδικαστικό του ερώτημα, το Bundesvergabeamt ερωτά, κατ' ουσίαν, αν ο κανόνας εθνικού δικαίου, τον οποίο εφάρμοσε, αντιβαίνει προς την οδηγία 89/665, και ειδικότερα προς το άρθρο 1, παράγραφος 3, αυτής.

44. Όπως επισημαίνει ορθώς η Αυστριακή Κυβέρνηση με τις γραπτές παρατηρήσεις της, «[...] η οδηγία περί προσφυγών δεν περιλαμβάνει καμιά διάταξη σχετικά με τα κριτήρια εκτιμήσεως που πρέπει να λαμβάνει υπόψη του το όργανο που επιλαμβάνεται της εκδίκασεως της προσφυγής [...] Κατά συνέπεια, απόκειται στα κράτη μέλη να θεσπίσουν τις απαραίτητες διατάξεις, οι οποίες πρέπει να είναι απολύτως σύμφωνες προς τις γενικές αρχές του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, όπως η διαφάνεια και η απαγόρευση των διακρίσεων. Οι διατάξεις αυτές δε θα πρέπει επίσης να είναι αντίθετες προς τους σκοπούς της οδηγίας περί προσφυγών [...]».

45. Υπό την ίδια έννοια, το Δικαστήριο έκρινε, σχετικά με ένα ζήτημα που δεν ρυθμιζόταν ειδικώς από την οδηγία 89/665 — ήτοι τον καθορισμό του αποφασιστικής σημασίας χρονικού σημείου για την εκτίμηση της νομιμότητας της αποφάσεως περί ανακήρυξεως μιας προκηρύξεως —, ότι εναπόκειται στην εσωτερική έννομη τάξη

11 — Βλ. ανωτέρω, σκέψη 12.

κάθε κράτους μέλους να καθορίσει το χρονικό αυτό σημείο «[...] αρκεί οι εφαρμοστέοι εθνικοί κανόνες να μην είναι λιγότερο ευνοϊκοί από εκείνους που αφορούν παρεμφερείς προσφυγές εσωτερικής φύσεως (αρχή της ισοδυναμίας) και να μη καθιστούν στην πράξη αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των απονεμομένων από την κοινοτική έννομη τάξη δικαιωμάτων (αρχή της αποτελεσματικότητας) (βλ., κατ' αναλογία, αποφάσεις της 20ής Σεπτεμβρίου 2001, C-390/98, Banks, Συλλογή 2001, σ. I-6117, σκέψη 121, και C-453/99, Courage και Crehan, Συλλογή 2001, σ. I-6297, σκέψη 29)»¹².

46. Συνεπώς, το ερώτημα που τίθεται είναι αν ο προπαρατεθείς κανόνας, τον οποίο μνημονεύει το Bundesvergabeamt στην απόφασή του της 31ης Μαΐου 1999, καθιστά ή όχι, στην πράξη, αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των απονεμομένων από την κοινοτική έννομη τάξη δικαιωμάτων¹³.

47. Συναφώς, θα ήθελα να αναφερθώ σ' ένα ζήτημα που απασχόλησε το Verfassungsgerichtshof στην απόφασή του της 8ης Μαρτίου 2001¹⁴ και το οποίο, όπως αναφέρει η Αυστριακή Κυβέρνηση, είναι το ακόλουθο: «[...] υπάρχει ασάφεια όσον αφορά το ζήτημα αν μπορεί από πλευράς κοινοτικού δικαίου — όπως αυτό αποτυ-

πώνεται στη θεωρία — να “μειωθεί” ο βαθμός έννομης προστασίας του υποψηφίου στο πλαίσιο της υποθέσεως στην κύρια δίκη, καθώς αυτός δεν θα διέθετε ένδικο μέσο κατά της απόφασης περί αποκλεισμού του που εξέδωσε το Bundesvergabeamt αντί της αναθέτουσας αρχής»¹⁵.

48. Αν πράγματι, λόγω του επίμαχου εθνικού κανόνα, ο υποψήφιος δεν διέθετε ένδικο μέσο κατά απόφασης που αποδεικνύεται ότι είναι απόφαση περί αποκλεισμού του, θα ήμουν της γνώμης ότι ο κανόνας αυτός καθιστά υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των απονεμομένων από την κοινοτική έννομη τάξη, και ειδικότερα από την οδηγία 89/665, δικαιωμάτων.

49. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η απόφαση περί αποκλεισμού ενός υποψηφίου αποτελεί απόφαση, κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665, κατά της οποίας είναι δυνατή η άσκηση προσφυγής.

50. Κατά πάγια νομολογία, η διάταξη του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 δεν προβλέπει κανένα περιορισμό όσον αφορά τη φύση και το περιεχόμενο των εκεί διαλαμβανόμενων αποφάσεων¹⁶. Με τις προτάσεις του της 7ης Φεβρουαρίου 2002

12 — Απόφαση της 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, HI (Συλλογή 2002, σ. I-5553, σκέψη 67). Βλέπε, υπό την ίδια έννοια, απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ. (Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 72).

13 — Λαμβάνεται ως δεδομένο ότι δεν υφίσταται διαφορά στη δικαστική αντιμετώπιση των προσφυγών της οδηγίας 89/665, αφενός, και των παρεμφερών προσφυγών εσωτερικής φύσεως, αφετέρου.

14 — Βλ. ανωτέρω, σκέψη 16.

15 — Η υπογράμμιση δική μου.

16 — Βλ. προπαρατεθείσες αποφάσεις Alcatel Austria κ.λπ., σκέψη 35, και HI, σκέψη 49.

στην υπόθεση Santex¹⁷, ο γενικός εισαγγελέας Alber συνήγαγε ότι η απόφαση περί αποκλεισμού ενός υποψηφίου αποτελεί απόφαση κατά της οποίας είναι δυνατή η άσκηση προσφυγής, κατά την έννοια της οδηγίας 89/665¹⁸.

51. Είναι, όμως, σ' ένα πλαίσιο όπως αυτό της διαφοράς στην κύρια δίκη, ορθό το συμπέρασμα ότι «ο υποψήφιος που υπέβαλε προσφορά δεν διαθέτει ένδικο μέσο κατά της απόφασής περί αποκλεισμού του που εξέδωσε το Bundesvergabeamt αντί της αναθέτουσας αρχής»;

52. Τα πάντα εξαρτώνται, κατά την άποψή μου, από το ζήτημα αν η αρχή που επελήφθη της προσφυγής κατέληξε στο συμπέρασμα ότι ο υποψήφιος θα έπρεπε να είχε αποκλεισθεί, κατόπιν διεξαγωγής διαδικασίας κατ' αντιμωλιαν, ήτοι έχοντας παράσχει στον υποψήφιο τη δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις του επί του λόγου του ενδεχόμενου αποκλεισμού.

53. Πράγματι, από το άρθρο 2, παράγραφος 8, της οδηγίας 89/665, σύμφωνα με το οποίο «[...] η ανεξάρτητη αρχή λαμβάνει τις αποφάσεις της μετά τη διεξαγωγή διαδικασίας κατ' αντιμωλιαν [...]», προκύπτει ότι η διαδικασία αυτή αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της διαδικασίας εκδίκασης προσφυγής κατά την έννοια της οδηγίας 89/665.

54. Πάντως, ακόμη και αν η αρμόδια για την εκδίκαση της προσφυγής αρχή καταλήγει στο ως άνω συμπέρασμα μετά τη διεξαγωγή διαδικασίας κατ' αντιμωλιαν, παραμένει αδιασαφήνιστο το ζήτημα αν το Bundesvergabeamt έχει την εξουσία να εξετάζει αυτεπαγγέλτως την παράβαση μιας υποχρέωσης, όπως η διατήρηση της ανωνυμίας.

55. Συναφώς, θεωρώ ότι είναι αδιαμφισβήτητο ότι, αν, σε μια υποθετική περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή είχε, κατ' αρχάς, δεχθεί την προσφορά του W. Hackermüller και ένας άλλος υποψήφιος, ο οποίος είχε λάβει γνώση μιας πιθανής παραβάσεως, εκ μέρους του W. Hackermüller, της υποχρέωσης διατήρησης ανωνυμίας, ασκούσε, εν συνεχεία, προσφυγή λόγω παραβάσεως, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, το Bundesvergabeamt θα μπορούσε, χωρίς να έχει ληφθεί προηγούμενη απόφαση από την αναθέτουσα αρχή, να αποφανθεί το πρώτον ότι ο W. Hackermüller θα έπρεπε να είχε αποκλεισθεί από τη διαδικασία υποβολής προσφορών.

56. Συνεπώς, η μόνη διαφορά μεταξύ της υποθετικής αυτής περιπτώσεως και της διαφοράς της κύριας δίκης έγκειται στο γεγονός ότι, στην πρώτη περίπτωση, την παράβαση του κανόνα διατήρησης ανωνυμίας προβάλλει ένας από τους διαδίκους, ενώ, στη δεύτερη, το ζήτημα εξετάζεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια για την εκδίκαση της προσφυγής αρχή.

57. Συναφώς, συμμερίζομαι την άποψη που εξέθεσε ο γενικός εισαγγελέας Geelhoed στις προτάσεις του της 10ης Οκτωβρίου 2002,

17 — C-327/00, (απόφαση της 27ης Φεβρουαρίου 2003, Συλλογή 2003, σ. I-1877, I-1879).

18 — Βλ. σκέψεις 80 έως 86 των προπαρατεθεισών προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Alber.

στην υπόθεση GAT¹⁹, σύμφωνα με την οποία «η οδηγία 89/665 [...] επιτρέπει να λαμβάνει υπόψη της η αρμόδια για την εκδίκαση της προσφυγής αρχή, αυτεπαγγέλτως και ανεξαρτήτως των αιτημάτων των διαδικιών, περιστάσεις που ασκούν επιρροή στην έκβαση της υποθέσεως»²⁰.

58. Θεωρώ, εξάλλου, ότι η προσέγγιση αυτή είναι σύμφωνη τόσο προς τους σκοπούς της οδηγίας 89/665 όσο και προς την αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων.

59. Όσον αφορά τους σκοπούς της οδηγίας, πρέπει να υπομνησθεί ότι «[...] το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να προβλέπουν αποτελεσματικές και όσο το δυνατόν ταχύτερες διαδικασίες προσφυγής για να εξασφαλίζεται η τήρηση των κοινοτικών οδηγιών στον τομέα των συμβάσεων του Δημοσίου»²¹.

60. Θεωρώ ότι θα ήταν αντίθετο προς τον σκοπό καθιερώσεως αποτελεσματικών και ταχείας εκδικάσεως προσφυγών αν, σε περίπτωση όπως η προκειμένη, η αρμόδια για την εκδίκαση της προσφυγής αρχή ήταν υποχρεωμένη να περιμένει να προβάλει ο διάδικος μια πλημμύρα που ανάγεται στη νομιμότητα της σύμβασεως και την οποία έχει εντοπίσει και η ίδια.

61. Όσον αφορά την αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, η οποία αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων²², προκύπτει ότι όλοι οι υποψήφιοι έχουν δικαίωμα να εξεταστεί η προσφορά τους και οι προσφορές των άλλων υποψηφίων τηρουμένων των όρων της προκηρύξεως καθώς και των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων.

62. Ως εκ τούτου, δεν θα πρέπει να ανατίθεται η σύμβαση σε υποψήφιο που παρέβη τους όρους της προκηρύξεως και τους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων. Το γεγονός, το οποίο επισήμανε ο W. Hackermüller κατά τη συνεδρίαση, ότι και άλλοι υποψήφιοι έχουν ενδεχομένως διαπράξει παραβάσεις δεν ασκεί καμία επίδραση, καθόσον ένας υποψήφιος δεν μπορεί, προκειμένου να υποστηρίξει ότι έχει υποστεί δυσμενή διάκριση, να προβάλει τον ισχυρισμό ότι και άλλοι υποψήφιοι αντλούν οφέλη από παρανομία.

63. Επιπλέον, το γεγονός ότι η αρμόδια για την εκδίκαση της προσφυγής αρχή μπορεί να εξετάσει αυτεπαγγέλτως μια τέτοια παράβαση δικαιολογείται ενόψει της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αφού, όπως ορθώς παρατηρεί η Αυστριακή Κυβέρνηση, οι υποψήφιοι δεν γνωρίζουν στην πλειονότητα των περιπτώσεων λόγο αποκλεισμού των συνυποψηφίων τους από τη διαδικασία αναθέσεως.

19 — C-315/01, προπαρατεθεία στην υποσημείωση 5.

20 — Σκέψη 67, πρόταση απαντήσεως 1, στοιχείο α', των προπαρατεθεισών προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Geelhoed.

21 — Προπαρατεθείσα απόφαση *Alcatel Austria* κ.λπ., σκέψη 34. Βλ. επίσης προπαρατεθείσες αποφάσεις *HI*, σκέψη 52, και *Universale-Bau* κ.λπ., σκέψη 74. Η υπογράμμιση είναι δική μου.

22 — Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland* (Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψη 81).

64. Συνεπώς, είμαι της γνώμης ότι ένας κανόνας εθνικού δικαίου, σύμφωνα με τον οποίο ο υποψήφιος δεν νομιμοποιείται να ασκήσει προσφυγή για τον λόγο ότι η προσφορά του έπρεπε ήδη να έχει αποκλεισθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν καθιστά, στην πράξη, αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των απονεμομένων από την κοινοτική έννομη τάξη δικαιωμάτων, στο μέτρο που ο υποψήφιος είχε τη δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις του επί του φερόμενου ως λόγου αποκλεισμού.

65. Αντιθέτως, αν δεν του έχει παρασχεθεί η δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις του, η απόφαση της αρμόδιας για την εκδίκαση της προσφυγής αρχής θα ισοδυναμούσε, στην πραγματικότητα, με απόφαση περί αποκλεισμού χωρίς δυνατότητα άσκησης προ-

σφυγής, γεγονός που είναι αντίθετο προς την οδηγία 89/665.

66. Ως εκ τούτου, στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα προτείνω να δοθεί η απάντηση ότι, κατά το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, θεωρείται ότι ο υποβαλόν προσφορά υποψήφιος δεν υπέστη ζημία από την παράβαση που προβάλλει, εν προκειμένω από την απόφαση της αναθέτουσας αρχής να κρίνει ως καλύτερη την προσφορά άλλου υποψηφίου, στην περίπτωση που, μολονότι η αναθέτουσα αρχή δεν είχε αποκλείσει την προσφορά του υποψηφίου, το όργανο που επιλαμβάνεται της προσφυγής διαπιστώνει ότι η προσφορά έπρεπε οπωσδήποτε να είχε αποκλεισθεί, μόνον, όμως, εφόσον ο λόγος αποκλεισμού του υποψηφίου έχει προηγουμένως εξεταστεί στο πλαίσιο κατ' αντιμωλιαν διαδικασίας.

V — Πρόταση

67. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω να δοθούν οι εξής απαντήσεις:

— στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα:

«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, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, έχει την έννοια ότι νομιμοποιείται προς άσκηση προσφυγής οποιοδήποτε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί δημόσια σύμβαση, εφόσον το πρόσωπο αυτό έχει, επιπλέον, υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προβαλλόμενη παράβαση».

— στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα:

«Κατά το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ, θεωρείται ότι ο υποβαλών προσφορά υποψηφίος δεν υπέστη ζημία από την παράβαση που προβάλλει, εν προκειμένω από την απόφαση της αναθέτουσας αρχής να κρίνει ως καλύτερη την προσφορά άλλου υποψηφίου, στην περίπτωση που, μολονότι η αναθέτουσα αρχή δεν είχε αποκλείσει την προσφορά του υποψηφίου, το όργανο που επιλαμβάνεται της προσφυγής διαπιστώνει ότι η προσφορά έπρεπε οπωσδήποτε να είχε αποκλεισθεί, μόνον, όμως, εφόσον ο λόγος αποκλεισμού του υποψηφίου έχει προηγουμένως εξεταστεί στο πλαίσιο κατ' αντιμωλίαν διαδικασίας.»