

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
JEAN MISCHO

της 27ης Φεβρουαρίου 2003¹

1. Κατόπιν προσφυγής που άσκησε ένας προσφεύγων η προσφορά του οποίου δεν έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή και ο οποίος επικαλείται την έλλειψη νομιμότητας ενός κριτηρίου αναθέσεως της συμβάσεως που αφορά την παράδοση παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας, το Bundesvergabeamt (Αυστρία) ζητεί την ερμηνεία του άρθρου 26 της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών², καθώς και των άρθρων 1 και 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων³.

I — Το νομικό πλαίσιο

A — Η κοινοτική ρύθμιση

2. Η οδηγία 93/36 ορίζει στο άρθρο της 26, που φέρει τίτλο «Κριτήρια για την ανάθεση» τα εξής:

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

[...]

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

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

2 — ΕΕL 199, σ. 1.

3 — ΕΕL 395, σ. 33.

2. Στην περίπτωση που αναφέρεται στην παράγραφο 1, στοιχείο β', η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στα τεύχη της συγγραφής υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη όλα τα κριτήρια ανάθεσης τα οποία πρόκειται να χρησιμοποιηθούν και, ει δυνατόν, κατά φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας.»

[...]

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

«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 η 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.»

[...]

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

4. Το άρθρο 2, παράγραφοι 1, στοιχείο β', και 6, της οδηγίας 89/665 ορίζει τα εξής:

«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:

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, η εξουσία της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής περιορίζονται στη χορήγηση αποζημίωσης σε κάθε πρόσωπο που υπέστη ζημία από παράβαση.»

5. Το άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 96/92/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 19ης Δεκεμβρίου 1996, σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας⁴, ορίζει τα εξής:

«Τηρώντας πλήρως τις οικείες διατάξεις της Συνθήκης, και ιδίως το άρθρο 90, τα κράτη μέλη μπορούν να επιβάλλουν στις επιχειρήσεις ηλεκτρισμού υποχρεώσεις παροχής υπηρεσιών κοινής ωφέλειας, προς το γενικότερο οικονομικό συμφέρον, οι οποίες μπορούν να αφορούν την ασφάλεια, συμπεριλαμβανομένης της ασφάλειας εφοδιασμού, την τακτική παροχή, την ποιότητα και τις τιμές, καθώς και την προστασία του περιβάλλοντος. Οι υποχρεώσεις αυτές πρέπει να ορίζονται σαφώς, να είναι διαφανείς, αμερόληπτες και επαληθεύσιμες. Οι εν λόγω υποχρεώσεις, καθώς και οι ενδεχόμενες αναθεωρήσεις τους, δημοσιεύονται και κοινοποιούνται αμελλητί από τα κράτη μέλη στην Επιτροπή. Ως μέσο για την υλοποίηση των προαναφερομένων υποχρεώσεων παροχής υπηρεσιών κοινής ωφέλειας, μπορούν όσα κράτη μέλη το επιθυμούν να εφαρμόσουν μακροπρόθεσμο προγραμματισμό.»

6. Η δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2001/77/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 27ης Σεπτεμβρίου 2001, για την προαγωγή της ηλεκτρικής ενέργειας που παράγεται από ανανεώσιμες

πηγές στην εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας⁵ ορίζει ότι:

«Η προώθηση της ηλεκτρικής ενέργειας, η οποία παράγεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας, αποτελεί υψηλή προτεραιότητα για την Κοινότητα, όπως αναφέρεται στη Λευκή Βίβλο για τις ανανεώσιμες μορφές ενέργειας [...], για λόγους ασφάλειας και διαφοροποίησης του ενεργειακού εφοδιασμού, για λόγους προστασίας του περιβάλλοντος και για λόγους κοινωνικής και οικονομικής συνοχής. Αυτό υποστηρίχθηκε από το Συμβούλιο με το ψήφισμά του, της 8ης Ιουνίου 1998, για τις ανανεώσιμες πηγές ενέργειας.»

7. Η δωδέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2001/77 ορίζει τα εξής:

«Η ανάγκη κρατικής ενίσχυσης υπέρ των ανανεώσιμων πηγών ενέργειας αναγνωρίζεται στις κοινοτικές κατευθυντήριες γραμμές για τις κρατικές ενισχύσεις υπέρ της προστασίας του περιβάλλοντος, οι οποίες, μεταξύ άλλων επιλογών, θα πρέπει να λαμβάνουν υπόψη την ανάγκη ενδοεπιχειρησιακού καταλογισμού των εξωτερικών δαπανών παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας. Ωστόσο, οι κανόνες της Συνθήκης, και ιδίως τα άρθρα 87 και 88, θα εξακολουθήσουν να εφαρμόζονται σ' αυτήν την κρατική ενίσχυση.»

4 — ΕΕ L 27, σ. 20.

5 — ΕΕ L 283, σ. 33.

8. Σύμφωνα με τη δέκατη όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2001/77:

«Είναι σημαντικό να χρησιμοποιείται η ισχύς των δυνάμεων της αγοράς και η εσωτερική αγορά και να καταστεί η ηλεκτρική ενέργεια, η οποία παράγεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας, ανταγωνιστική και ελκυστική για τους Ευρωπαίους πολίτες.»

9. Από το άρθρο 1 της οδηγίας 2001/77 προκύπτει ότι σκοπός της είναι:

«η προαγωγή της αύξησης της συμβολής των ανανεώσιμων πηγών ενέργειας στην παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας στην εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και η δημιουργία βάσης για ένα μελλοντικό κοινοτικό πλαίσιο στον τομέα.»

10. Το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/77, που φέρει τον τίτλο «Εθνικοί ενδεικτικοί στόχοι», ορίζει τα εξής:

«Τα κράτη μέλη λαμβάνουν κατάλληλα μέτρα για την προώθηση της αύξησης της κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας η οποία παράγεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας, σύμφωνα με τους εθνικούς ενδεικτικούς στόχους οι οποίοι αναφέρονται στην παράγραφο 2. Τα μέτρα αυτά πρέπει να είναι ανάλογα με τον επιδιωκόμενο στόχο.»

11. Το άρθρο 3, παράγραφος 4, της οδηγίας 2001/77 προβλέπει ότι κάθε κράτος μέλος καθορίζει εθνικούς ενδεικτικούς στόχους.

12. Το άρθρο 3, παράγραφος 4, της οδηγίας 2001/77 ορίζει ότι, με βάση τις αναφερόμενες στις παραγράφους 2 και 3 εκθέσεις των κρατών μελών, η Επιτροπή αξιολογεί σε ποιο βαθμό οι εθνικοί ενδεικτικοί στόχοι είναι συμβατοί με το συνολικό ενδεικτικό στόχο του 12 % της ακαθάριστης εθνικής κατανάλωσης ενέργειας έως το 2010, και, ειδικότερα, με μια ενδεικτική μερίδα ηλεκτρικής ενέργειας, η οποία παράγεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας, που θα φθάνει το 22,1 % της συνολικής κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας στην Κοινότητα έως το 2010.

13. Το άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/77 που φέρει τον τίτλο «Εγγύηση προέλευσης της ηλεκτρικής ενέργειας η οποία παράγεται από ανανεώσιμες μορφές ενέργειας» ορίζει τα εξής:

«Τα κράτη μέλη, το αργότερο στις 27 Οκτωβρίου 2003, φροντίζουν ώστε η προέλευση της ηλεκτρικής ενέργειας η οποία παράγεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας να είναι καθεαυτή εγγυημένη κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας, με βάση αντικειμενικά, διαφανή και αμερόληπτα κριτήρια, τα οποία καθορίζει κάθε κράτος μέλος. Για το σκοπό αυτό, τα κράτη μέλη φροντίζουν να εκδίδεται εγγύηση προέλευσης, κατόπιν αιτήσεως.»

B — Η εθνική νομοθετική ρύθμιση

14. Στην Αυστρία, η ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπεται από τον Bundesvergabegesetz (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich I*, 1977/56, στο εξής: BVergG).

15. Το άρθρο 117 του BVergG ορίζει τα εξής:

«1. Η Bundesvergabeamt ακυρώνει, με απόφασή της, απόφαση της αναθέτουσας αρχής που εκδόθηκε στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, λαμβάνοντας υπόψη τη γνώμη της επιτροπής συμβιβασμού που διατυπώθηκε στην ίδια υπόθεση, εφόσον η απόφαση αυτή

- 1) αντιβαίνει προς τις διατάξεις του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου ή των εκτελεστικών αποφάσεων αυτού και
- 2) είναι καθοριστική για την έκβαση της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως.

2. Η ακύρωση μιας παράνομης αποφάσεως μπορεί ειδικότερα να λάβει τη μορφή καταργήσεως όρων που εισάγουν διάκριση για τους επιχειρηματίες σχετικά με τεχνικές, οικονομικές ή χρηματοδοτικές προδια-

γραφές που περιέχονται στη συγγραφή υποχρεώσεων ή σε κάθε άλλο έγγραφο της προκήρυξεως διαγωνισμού.

3. Μετά την ανάθεση της συμβάσεως, το Bundesvergabeamt, τηρώντας τις προϋποθέσεις της παραγράφου 1, διαπιστώνει μόνον εάν υφίσταται έλλειψη νομιμότητας ή όχι.»

II — Η διαφορά της κύριας δίκης

16. Η Δημοκρατία της Αυστρίας ως αναθέτουσα αρχή (στο εξής: καθής στην κύρια δίκη) προκήρυξε διαγωνισμό για την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας. Επρόκειτο για τη σύναψη μιας συμβάσεως πλαισίου, ακολουθούμενης από εκτελεστικές συμβάσεις, με αντικείμενο τον εφοδιασμό όλων των υπηρεσιών της ομοσπονδιακής διοικήσεως της Καρινθίας με ηλεκτρική ενέργεια. Ως διάρκεια της συμβάσεως είχε οριστεί το διάστημα μεταξύ 1ης Ιανουαρίου 2002 και 31ης Δεκεμβρίου 2003. Η προκήρυξη του διαγωνισμού, που δημοσιεύτηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων* στις 27 Μαρτίου 2001 μνημόνευε, υπό τον τίτλο «Κριτήρια αναθέσεως», τα εξής:

«Η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά βάσει των ακολούθων κριτηρίων: επιπτώσεις στο περιβάλλον σύμφωνα με τη συγγραφή υποχρεώσεων.»

17. Η προσφορά έπρεπε να αναγράφει την τιμή ανά kWh σε αυστριακά σελίνια (ATS). Αυτή η τιμή έπρεπε να εφαρμόζεται καθ' όλη τη διάρκεια της συμβάσεως και να μην υπόκειται σε αναθεώρηση ή αναπροσαρμογή. Εκτός από την παροχή ηλεκτρισμού, ο παρέχων την ενέργεια έπρεπε να δεσμευτεί να παράσχει και άλλες παρεπόμενες υπηρεσίες (μεταξύ άλλων, να μετρήσει την ηλεκτρική ενέργεια που καταναλώναν οι ομοσπονδιακές υπηρεσίες, να υπολογίσει την ετήσια κατανάλωση κ.λπ.). Ο παρέχων την ενέργεια έπρεπε να δεσμευτεί να παράσχει στις ομοσπονδιακές υπηρεσίες, κατά το μέτρο που τούτο ήταν τεχνικώς δυνατό, ηλεκτρική ενέργεια προερχόμενη από ανανεώσιμες μορφές ενέργειας, αλλά, εν πάση περιπτώσει, να μην παράσχει εσκεμμένως ηλεκτρική ενέργεια προερχόμενη από πυρηνική σχάση. Επομένως, δεν είχε απαιτήσει ο παρέχων την ενέργεια να δεσμευτεί να δικαιολογήσει τις πηγές από όπου την προμηθευόταν. Σε περίπτωση παραβάσεως της υποχρεώσεως παροχής ενέργειας προερχόμενης από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας ή της υποχρεώσεως μη παροχής ηλεκτρικής ενέργειας παραγόμενης από πυρηνική σχάση, προβλεπόταν ότι η αναθέτουσα αρχή είχε δικαίωμα να καταγγείλει τη σύμβαση, καθώς και ποινική ρήτρα.

18. Στο εισαγωγικό μέρος της συγγραφής υποχρεώσεων τονιζόταν ότι η αναθέτουσα αρχή τελούσε εν γνώσει του ότι, για τεχνικούς λόγους, ουδείς προμηθευτής μπορούσε να εγγυηθεί ότι η ηλεκτρική ενέργεια που προμήθευε σε έναν ορισμένο πελάτη παραγόταν όντως από ανανεώσιμες πηγές. Η αναθέτουσα αρχή ήταν, ωστόσο, αποφασισμένη να συνάψει συμβάσεις με τους προσφέροντες που διέθεταν τουλάχιστον 22,5 GWh προερχόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας ανά έτος. Η ετήσια κατανάλωση των υπηρεσιών της ομοσπονδιακής διοικήσεως, αντικείμενο της υποβολής προ-

φορών, εκτιμάτο σε περίπου 22,5 GWh. Αποκλίσεις μεταξύ της όντως παρατιδομένης ποσότητας και αυτού του ενδεικτικού αριθμού δεν μπορούσαν, ωστόσο, να επηρεάζουν τη συμφωνηθείσα τιμή ανά kWh.

19. Όσον αφορά τους ιδιαίτερους λόγους αποκλεισμού τονιζόταν ότι θα αποκλειόνταν οι προσφορές που δεν περιείχαν αποδεικτικά στοιχεία ότι «στη διάρκεια των τελευταίων ετών και/ή των δύο επόμενων ετών ο προσφέρων είχε παραγάγει ή αγοράσει και/ή θα παράγει ή αγοράσει τουλάχιστον 22,5 GWh ηλεκτρικής ενέργειας παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ανά έτος και την είχε προμηθεύσει και/ή θα την προμηθεύσει στους τελικούς καταναλωτές». Τα καθορισμένα κριτήρια διανομής ήταν η τιμή ανά kWh, που υπολογιζόταν με συντελεστή 55 % στην τελική αξιολόγηση, και το κριτήριο «ενέργεια παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές», που υπολογιζόταν με συντελεστή 45 % στην τελική αξιολόγηση. Όσον αφορά το τελευταίο κριτήριο διανομής, οριζόταν ότι συναφώς «λαμβάνεται υπόψη μόνον η ετήσια ποσότητα πέραν των 22,5 GWh παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας που ο προσφέρων θα είναι σε θέση να παράσχει».

20. Η διαδικασία υποβολής προσφορών άρχισε στις 10 Μαΐου 2001. Υποβλήθηκαν συνολικά τέσσερις προσφορές. Μία προσφορά υποβλήθηκε από τον όμιλο προσφερόντων Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft/Stadtwerke Klagenfurt (στο εξής: KELAG), η οποία ανέγραφε τιμή 0,44 ATS/kWh και δήλωνε, παραπέμποντας σε πίνακα σχετικό με ποσότητες ηλεκτρικής ενέργειας που παράγονταν και προέρχονταν από αυτόν τον όμιλο, ότι μπορούσε να παρέχει συνολική ποσότητα ανανεώσιμης

ενέργειας 3 406,2 GWh. Μια άλλη προσφορά υποβλήθηκε από την Energie Oberösterreich AG, η οποία είχε προσφέρει τιμή 0,4191 ATS/kWh λαμβάνοντας ως βάση υπολογισμού ετήσια κατανάλωση 1 εκατομμυρίου GWh και με την οποία, κατόπιν παραπομπής σε πίνακα που αφορούσε τα έτη 1999 έως 2002, είχαν προσδιοριστεί οι διάφορες ποσότητες προερχόμενες από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας που είχε μπορέσει να προμηθεύσει κάθε έτος κατά τη διάρκεια του εν λόγω διαστήματος. Η μεγαλύτερη αναγραφόμενη ποσότητα ήταν 5 280 GWh ετησίως. Μια άλλη προσφορά υποβλήθηκε από την BEWAG, η οποία πρόσφερε τιμή 0,465 ATS/kWh και επισυνήψε πίνακα σχετικά με το μέρος που αντιπροσώπευε η ανανεώσιμη ενέργεια που παρήγαγε ή προμήθευε, πίνακα στον οποίο η αναθέτουσα αρχή συνήγαγε ότι αναγράφονταν 449,2 GWh.

21. Η τελευταία προσφορά υποβλήθηκε από τον όμιλο επιχειρήσεων που αποτελούνταν από την ENV AG και τη Wienstrom GmbH (στο εξής, από κοινού, «προσφεύγουσες της κύριας δίκης»), που πρόσφερε τιμή 0,52 ATS/kWh. Οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης δεν ανέγραφαν, στην προσφορά τους, συγκεκριμένο αριθμό όσον αφορά την ποσότητα ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές που μπορούσαν να προμηθεύσουν, αλλά ανέφεραν συναφώς απλώς ότι διέθεταν ίδιες εγκαταστάσεις παραγωγής στις οποίες παρήγαγαν ηλεκτρική ενέργεια από ανανεώσιμες πηγές, και τούτο σε ποσότητα που αντιπροσώπευε πολλές φορές την ετήσια κατανάλωση που αναγραφόταν στην προκήρυξη του διαγωνισμού και που ανερχόταν σε 22,5 GWh. Επιπλέον, είχαν δικαίωμα επίλογής όσον αφορά την ηλεκτρική ενέργεια που παραγόταν σε υδροηλεκτρικές μονάδες της Österreichische Elektrizitätswirtschaft-Aktiengesellschaft και άλλων

κεντρικών αυστριακών υδροηλεκτρικών μονάδων, ενώ η επιπλέον αγορασθείσα ενέργεια προερχόταν κατά το μεγαλύτερο μέρος από μακροπρόθεσμες συμβάσεις συντονισμού που είχαν συναφθεί με τον σημαντικότερο παραγωγό ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές. Το 1999 και το 2000, μόνον η παραγόμενη στην Ελβετία υδροηλεκτρική ενέργεια αγοράζονταν και θα εξακολουθούσε να αγοράζεται. Συνολικά, επρόκειτο για ποσότητα πολλές φορές μεγαλύτερη από εκείνη που αποτελούσε το αντικείμενο της προκηρύξεως διαγωνισμού που θα προερχόταν από ανανεώσιμες πηγές και έπρεπε να γίνει παραπομπή σε αυτήν για κάθε συμπληρωματική πληροφορία στις ετήσιες εκθέσεις.

22. Μεταξύ των τεσσάρων υποβληθεισών προσφορών, η καθής της κύριας δίκης έκρινε ότι η καλύτερη ήταν εκείνη της KELAG, που έλαβε τον μεγαλύτερο αριθμό μονάδων για καθένα από τα κριτήρια αναθέσεως. Οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης έλαβαν τον μικρότερο αριθμό μονάδων επ' αυτών των κριτηρίων.

23. Αφού πληροφόρησαν την αναθέτουσα αρχή, ήδη από την 9η και την 30ή Μαΐου 2001, ότι εκτιμούσαν ότι διάφορες διατάξεις της προκηρύξεως του διαγωνισμού μεταξύ των οποίων το κριτήριο «ηλεκτρική ενέργεια παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές» ήταν παράνομες, οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης ζήτησαν, στις 12 Ιουνίου 2001, να κινηθεί διαδικασία συμβιβασμού ενώπιον της Bundesvergabekontrollkommission (ομοσπονδιακής επιτροπής ελέγχου της αναθέ-

σεως δημοσίων συμβάσεων, στο εξής: ομοσπονδιακή επιτροπή). Η ομοσπονδιακή επιτροπή αρνήθηκε να διεξεγάγει διαδικασία συμβιβασμού με την αιτιολογία ότι δεν υπήρχε πιθανότητα να ευδοκιμήσει.

24. Οι προσφεύγοντες της κύριας δίκης άσκησαν τότε προσφυγή ενώπιον του Bundesvergabeamt. Ζήτησαν από αυτό να ακυρώσει διάφορες αποφάσεις, μεταξύ άλλων την απόφαση περί απορρίψεως λόγω ελλείψεως πληροφοριών σχετικά με την παραγωγή και την αγορά ηλεκτρικής ενέργειας παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές κατά τη διάρκεια ορισμένου διαστήματος, να ορίσει ως κριτήριο αναθέσεως την παροχή πληροφοριών επί της παραγωγής και της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές σε ορισμένη ποσότητα και κατά τη διάρκεια ορισμένου διαστήματος, και να ορίσει ως κριτήριο αναθέσεως τη διάθεση περισσότερων από 22,5 GWh ηλεκτρικής ενέργειας παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές. Επιπλέον, οι προσφεύγοντες ζήτησαν να απαγορευθεί προσωρινώς στην αναθέτουσα αρχή να αναθέσει τη σύμβαση.

25. Με απόφαση της 16ης Ιουλίου 2001, το Bundesvergabeamt έκανε δεκτό το αίτημα των προσφευγουσών και απαγόρευσε την ανάθεση της σύμβασως, κατ' αρχάς μέχρι τις 10 Σεπτεμβρίου 2001. Κατόπιν νέας αιτήσεως των προσφευγουσών, επέτρεψε, με απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2001, στην αναθέτουσα αρχή, υπό μορφή προσωρινού μέτρου, να αναθέσει τη σύμβαση υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση θα ανακαλούνταν και η σύμβαση θα καταγγελλόταν εάν γινόταν δεκτό έστω και ένα από τα αιτήματα των προσφευγουσών της κύριας δίκης, ενώ-

πιον του εν λόγω δικαστηρίου ή εάν η έλλειψη νομιμότητας της αποφάσεως περί αναθέσεως της εν λόγω σύμβασως σε μια από τις άλλες εταιρίες πλην των προσφευγουσών που είχαν υποβάλει προσφορά ατέρρευε από άλλες διαπιστώσεις του Bundesvergabeamt.

26. Στις 24 Οκτωβρίου 2001, η σύμβαση-πλαίσιο μαζί με τις διαλυτικές αιρέσεις που ορίζονταν στην μνημονευθείσα απόφαση, ανατέθηκε στην KELAG.

III — Τα προδικαστικά ερωτήματα

27. Προκειμένου να κρίνει τα αιτήματα που υποβλήθηκαν στο πλαίσιο της προσφυγής και με τα οποία ζητείτο η ακύρωση ορισμένων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, το Bundesvergabeamt υπέβαλε, με διάταξη της 13ης Νοεμβρίου 2001, τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Απαγορεύουν οι περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων ισχύουσες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, ιδίως του άρθρου 26 της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ, στην αναθέτουσα δημόσια αρχή να ορίσει για την παροχή ηλεκτρικού ρεύματος κριτήριο επιλογής του προμηθευτή που υπολογίζεται με συντελεστή 45 % στην τελική αξιολόγηση, σύμφωνα με το οποίο ο προσφέρων —χωρίς να δεσμεύεται από συγκεκριμένη προθεσμία παραδό-

σεως— πρέπει να διασαφηνίσει πόση ηλεκτρική ενέργεια από ανανεώσιμες πηγές ενεργείας είναι σε θέση να προμηθεύσει σε μη περαιτέρω προσδιοριζόμενο κύκλο πελατών, όποιος δε από τους υποβαλλόντες προσφορά δηλώνει την υψηλότερη ποσότητα λαμβάνει και τις περισσότερες μονάδες, αλλά, επ' αυτού, λαμβάνεται υπόψη μόνον η ποσότητα η οποία υπερβαίνει την αναμενόμενη στο πλαίσιο της υπό ανάθεση συμβάσεως κατανάλωση;

- 2) Απαγορεύουν οι ισχύουσες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, ιδίως του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, το να εξαρτάται η κατά τη διαδικασία του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ ακύρωση παράνομης απόφασεως από την απόδειξη ότι η παράνομη απόφαση είναι κρίσιμη για την έκβαση της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως;

- 3) Απαγορεύουν οι ισχύουσες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, ιδίως του άρθρου 26 της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ, το να εξαρτάται η κατά τη διαδικασία του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ ακύρωση παράνομης αποφάσεως από την απόδειξη του αν η παράνομη απόφαση είναι κρίσιμη για την έκβαση της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως εφόσον η απόδειξη αυτή έπρεπε να συνί-

σταται στην εκ μέρους της εκδικάζουσας την προσφυγή αρχής εξέταση του αν η κατάταξη των πράγματι υποβληθεισών προσφορών θα τροποποιηθεί εφόσον αυτές εκτιμηθούν εκ νέου χωρίς να ληφθεί υπόψη το παράνομο κριτήριο επιλογής;

- 4) Υποχρεώνουν οι ισχύουσες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, ιδίως του άρθρου 26 της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ, την αναθέτουσα δημόσια αρχή να ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού αν κατά τη διαδικασία του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ αποδειχθεί ότι ένα από τα κριτήρια επιλογής που αυτή όρισε είναι παράνομο;»

IV — Ανάλυση

A — Επί της αρμοδιότητας του Δικαστηρίου να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα

28. Η Επιτροπή διερωτάται, με τις γραπτές παρατηρήσεις της, εάν το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα, δεδομένου ότι κατά την άποψή της οι αποφάσεις του Bundesvegabeamt δεν έχουν νομολογιακό χαρακτήρα.

29. Παραπέμπω συναφώς στα σημεία 18 έως 26 των από 25 Φεβρουαρίου 2003 προτάσεων μου στην απόφαση Hacker Müller⁶, με τις οποίες εξέφρασα, αφού ανέλυσα το ίδιο ζήτημα, την άποψη ότι το Bundesvergabeamt πρέπει να θεωρηθεί δικαστήριο υπό την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ εφόσον ασκεί, όπως εν προκειμένω, τις αρμοδιότητές του πριν από την ανάθεση της συμβάσεως.

τέρω προσδιοριζόμενο κύκλο πελατών, και απονέμοντας τον μεγαλύτερο αριθμό μονάδων στον προσφέροντα που δηλώνει στην προσφορά του τη μεγαλύτερη ποσότητα, ενώ διευκρινίζεται ότι λαμβάνεται υπόψη μόνον το μέρος της ποσότητας που υπερβαίνει την αναμενόμενη στο πλαίσιο της υπό ανάθεση συμβάσεως κατανάλωση.

30. Επομένως, είμαι της άποψης ότι το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να απαντήσει στα ερωτήματα του Bundesvergabeamt.

32. Από τις εξηγήσεις που δίνονται με τη διάταξη περί προδικαστικής παραπομπής προκύπτει ότι αυτό το ερώτημα αποτελεί τη σύνοψη πολυάριθμων προβλημάτων που αντιμετωπίζει το Bundesvergabeamt. Προτείνω αυτά να εξεταστούν με τη σειρά που προτείνει το τελευταίο.

B — Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος

31. Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, το Bundesvergabeamt ερωτά εάν οι διέπουσες την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, ιδίως το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36, απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να ορίζει, για μια σύμβαση προμήθειας ηλεκτρισμού, ένα κριτήριο αναθέσεως, το οποίο υπολογίζεται με συντελεστή 45 % στην τελική αξιολόγηση, το οποίο απαιτεί ο προσφέρων —χωρίς να επιβάλλει ορισμένη ημερομηνία παραδόσεως— να ορίζει την ποσότητα παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας που θα είναι σε θέση να προμηθεύσει σε μη περαι-

1. Επί του παραδεκτού κριτηρίων που αποσκοπούν στην απόκτηση πλεονεκτημάτων που δεν μπορούν να αξιολογηθούν άμεσα από οικονομικής απόψεως

33. Το Bundesvergabeamt διερωτάται πρώτον εάν το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να θεσπίσει κριτήρια που αποσκοπούν στην απόκτηση πλεονεκτημάτων που δεν μπορούν να αξιολογηθούν άμεσα από οικονομικής απόψεως όπως τον σεβασμό προς το περιβάλλον. Εκφράζει συναφώς αμφιβολίες, δεδομένου ότι σύμφωνα με τις διαπιστώσεις του η Επιτροπή υποστηρίζει ότι ένα κριτήριο αναθέσεως πρέπει να παρέχει στην αναθέτουσα αρχή άμεσα οικονομικό πλεονέκτημα.

6 — C-294/01, απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, Συλλογή 2003, σ. I-6319, σ. I-6321.

34. Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι από της υποβολής της αιτήσεως του Bundesvergabeamt για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως και από της καταθέσεως των γραπτών παρατηρήσεων των παρεμβαίνόντων, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί συναφώς με την από 17 Σεπτεμβρίου 2002 απόφαση, *Concordia bus Finland*⁷.

35. Το Δικαστήριο έκρινε, με τη σκέψη 69, ότι «[...] οσάκις η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να συνάψει σύμβαση με τον διαγωνιζόμενο ο οποίος υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα οικονομικά προσφορά, μπορεί να λαμβάνει υπόψη οικολογικά κριτήρια [...] εφόσον τα κριτήρια αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν παρέχουν στην εν λόγω αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής, μνημονεύονται ρητώς στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων».

36. Επιπλέον, το Δικαστήριο έκρινε ρητώς, με τη σκέψη 55 αυτής της αποφάσεως, ότι το άρθρο 36, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 18ης Ιουνίου 1992 για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών⁸, το γράμμα του οποίου είναι στην ουσία ταυτόσημο με εκείνο του άρθρου 26, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/36, «[...] δεν μπορεί να ερμηνευτεί υπό την έννοια ότι έκαστο των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως που λαμβάνει

υπόψη η αναθέτουσα αρχή για να προσδιορίσει την οικονομικά πλέον συμφέρουσα προσφορά πρέπει αναγκαστικά να είναι αμγώς οικονομικής φύσεως [...]».

37. Υπό την επιφύλαξη των προϋποθέσεων που διατύπωσε το Δικαστήριο και παρατίθενται ανωτέρω, μια αναθέτουσα αρχή μπορεί επομένως να περιλάβει σε προκήρυξη διαγωνισμού κριτήρια ανάθεσης περιβαλλοντικού χαρακτήρα. Για το ότι η προμήθεια παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας αποτελεί τέτοιο κριτήριο δεν υφίσταται αμφιβολία, όπως επιβεβαιώνεται, άλλωστε, με την απόφαση της 13ης Μαρτίου 2001, *PreussenElektra*⁹, κατά την οποία «[...] πρέπει να παρατηρηθεί συναφώς ότι η χρησιμοποίηση ανανεωσίμων πηγών ενέργειας για την παραγωγή ηλεκτρικού ρεύματος [...] είναι χρήσιμη για την προστασία του περιβάλλοντος στο μέτρο που συμβάλλει στη μείωση των εκπομπών αερίου με αποτέλεσμα το φαινόμενο του θερμοκηπίου, που περιλαμβάνονται μεταξύ των κυρίων αιτιών για τις κλιματικές αλλαγές που η Ευρωπαϊκή Κοινότητα και τα κράτη μέλη έχουν αναλάβει την υποχρέωση να καταπολεμήσουν»¹⁰.

2. Επί της επαληθεύσεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής του ζητήματος εάν η προσφορά ενός προσφέροντος πληροί το κριτήριο της αναθέσεως που διατυπώνεται στην προκήρυξη του διαγωνισμού

38. Δεύτερον, κατά το Bundesvergabeamt, προκύπτει πρόβλημα από τον τρόπο με τον

7 — C-153/99, Συλλογή 2002, σ. I-7213.

8 — EEL 209, σ. 1.

9 — C-379/98, Συλλογή 2001, σ. I-2099.

10 — Προπαρτεθείσα απόφαση *PreussenElektra*, σκέψη 73.

οποίο έχει διατυπωθεί το κριτήριο της «ανα-νεώσιμης ενέργειας». Το Bundesvergabeamt εξηγεί ότι η αναθέτουσα αρχή παραδέχτηκε ότι δεν μπορούσε να ελέγξει από τεχνικής απόψεως εάν η προμηθευθείσα ηλεκτρική ενέργεια είχε όντως παραχθεί από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας. Υπό αυτές τις συνθήκες, επιβάλλεται να διερωτηθούμε επί του ζητήματος εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέπει κριτήριο αναθέσεως για το οποίο είναι αδύνατο να προβλεφθεί εάν επιτρέπει την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού.

39. Μόνον η Ολλανδική Κυβέρνηση αναλύει ρητώς αυτό το ζήτημα που έθεσε το Bundesvergabeamt. Κατά την άποψή της, οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν τις διαδικασίες αναθέσεως συμβάσεων επιβάλλουν η αναθέτουσα αρχή να ανατρέχει αποκλειστικά στα κριτήρια αναθέσεως που επιτρέπουν έναν αποτελεσματικό έλεγχο της ακρίβειας των στοιχείων που προσκομίζουν οι προσφέροντες όσον αφορά τα καθορισμένα κριτήρια αναθέσεως.

40. Συμφωνώ με την άποψη της Ολλανδικής Κυβερνήσεως.

41. Όπως τονίζει αυτή η κυβέρνηση, «εάν επιτρεπόταν στην αναθέτουσα αρχή να ορίζει κριτήρια αναθέσεως τονίζοντας ότι ούτε διατίθεται ούτε μπορεί να ελέγξει εάν οι προμηθευτές προσκόμισαν με την προσφορά τους ορθά στοιχεία συναφώς, η διαδικασία λήψεως της απόφασης δεν μπορεί πλέον να διεξάγεται με αντικειμενικότητα και διαφάνεια. [...] Μια τέτοια μέθοδος αναθέσεως

αντίκειται στις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, όπως έχουν αναγνωριστεί από το Δικαστήριο με τη νομολογία του, ιδίως στις αρχές της ισότητας και της διαφάνειας, καθώς και της απαγορεύσεως της αυθαιρεσίας».

42. Συναφώς μπορεί να γίνει παραπομπή στην απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας¹¹, με την οποία το Δικαστήριο έκρινε, με τη σκέψη 37, ότι «διαπιστώνεται [...] ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων απαιτεί όπως όλες οι προσφορές είναι σύμφωνες προς τις προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων ώστε να διασφαλίζεται η αντικειμενική σύγκριση μεταξύ των διαφόρων υποβαλλομένων προσφορών»¹².

43. Υπό την ίδια έννοια, το Δικαστήριο έκρινε, με τη σκέψη 44 της από 18 Οκτωβρίου 2001 αποφάσεως SIAC Construction¹³, ότι «[...] κατά την αξιολόγηση των προσφορών τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να εφαρμόζονται κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο για όλους τους προσφέροντες [...]»¹⁴.

44. Μου φαίνεται ότι ουδεμία εγγύηση υφίσταται ότι ένα κριτήριο για την ανάλυση εφαρμόζεται κατά τρόπο αντικειμενικό και

11 — C-243/89, Συλλογή 1993, σ. I-3353.

12 — Η υπογράμμιση δική μου. Βλ. επίσης την απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 70).

13 — C-19/00, Συλλογή 2001, σ. I-7725.

14 — Η υπογράμμιση δική μου.

ομοίομορφο προκειμένου να εξεταστεί εάν η ηλεκτρική ενέργεια παράγεται από ανανεώσιμες ή όχι πηγές ενέργειας.

νου να καταστούν οι συναλλαγές αυτού του είδους ηλεκτρικού ρεύματος ταυτόχρονα αξιόπιστες και εφικτές στην πράξη».

45. Βεβαίως δεν είναι προφανές από ποια πηγή προέρχεται η ηλεκτρική ενέργεια που παραδίδεται υπό την έννοια ότι ένας καταναλωτής δεν διαθέτει κανένα μέσο για να εξετάσει εάν η ηλεκτρική ενέργεια που χρησιμοποιεί προέρχεται από ανανεώσιμες πηγές ή όχι.

48. Επομένως, ακόμη και εάν δεν είναι εύκολο να προσδιοριστεί η προέλευση της παραδιδόμενης ενέργειας, υφίστανται μέσα προς τούτο, λόγω χάριν, ζητώντας πιστοποιητικά, ή, όπως τονίζει η Ολλανδική Κυβέρνηση, «ζητώντας από τους προσφέροντες να αποδείξουν την ποσότητα της ηλεκτρικής ενέργειας που παράγουν ή αγοράζουν, καθώς και την ποσότητα της ηλεκτρικής ενέργειας που προέρχεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας που προορίζεται, σύμφωνα με τις συναφθείσες συμβάσεις, για πελάτες άλλους από την αναθέτουσα αρχή».

46. Αυτή η δυσκολία αναγνωρίστηκε από το Δικαστήριο με την προπαρατεθείσα απόφαση *PreussenElektra*, με την οποία κρίθηκε, με τη σκέψη 79, ότι «[...] η φύση του ηλεκτρικού ρεύματος είναι τέτοια ώστε, άπαξ και γίνει δεκτό στο δίκτυο μεταφοράς ή διανομής, είναι δύσκολο να προσδιοριστεί η προέλευση και ιδίως η πηγή ενέργειας από την οποία παρήχθη».

3. Επί του συνδέσμου μεταξύ του κριτηρίου της αναθέσεως και του στόχου της αναθέτουσας αρχής

47. Το Δικαστήριο πρόσθεσε ωστόσο αμέσως, με τη σκέψη 80 της ίδιας αποφάσεως ότι «[η] Επιτροπή έκρινε συναφώς, με την πρότασή της περί οδηγίας 2000/C 311 E/22 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την προώθηση του ηλεκτρικού ρεύματος που παράγεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας στην εσωτερική αγορά του ηλεκτρικού ρεύματος (ΕΕ 2000, C 311 E, σ. 320), που υποβλήθηκε στις 31 Μαΐου 2000, ότι η εφαρμογή, σε κάθε κράτος μέλος, ενός συστήματος πιστοποιητικών προελεύσεως του ηλεκτρικού ρεύματος που παράγεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας, δυναμένων να αποτελέσουν αντικείμενο αμοιβαίας αναγνωρίσεως, είναι απαραίτητο προκειμέ-

49. Τρίτον, κατά το *Bundesvergabeamt*, «το τεθέν κριτήριο αναθέσεως συνεπάγεται σε αυτό το πλαίσιο ένα άλλο πρόβλημα. Δεδομένου ότι λαμβάνεται υπόψη αποκλειστικά η ποσότητα παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας και δεν εξετάζεται σε ποιο βαθμό η συγκεκριμένη αναθέτουσα αρχή, με τις παραγωγικές της δομές, συμβάλλει όντως στην αύξηση των ποσοτήτων παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας, μπορούμε επίσης να διερωτηθούμε σε ποιο βαθμό αυτό το κριτήριο αναθέσεως μπορεί να επιτρέψει την επί-

τευξη του στόχου που θέτει η αναθέτουσα αρχή. Είναι δυνατό η παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές ποσότητα ηλεκτρικής ενέργειας να μην επηρεάζεται καθόλου από αυτό το κριτήριο αναθέσεως εφόσον απόκειται ολοκληρωτικά στην αναθέτουσα αρχή να αποφασίσει εάν θα παράγει αυτή την ενέργεια ή εάν θα την προμηθευτεί από άλλες πηγές»¹⁵.

50. Συναφώς, όπως ορθώς τονίζει η Ολλανδική Κυβέρνηση, που είναι η μόνη παρεμβαίνουσα που λαμβάνει θέση επ' αυτού του ζητήματος που έθεσε το Bundesvergabeamt, όσον αφορά τη φύση της εκτελεστέας παροχής, ήτοι εν προκειμένω την παροχή ηλεκτρικής ενέργειας που παράγεται από ανανεώσιμες πηγές, δεν είναι αποφασιστικό το εάν ο προμηθευτής προμήθευσε ο ίδιος αυτή την ενέργεια ή την αγόρασε από άλλους προμηθευτές ηλεκτρικής ενέργειας του ίδιου τύπου. Η παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρική ενέργεια είναι συγκρίσιμη, είτε έχει παραχθεί από τον προμηθευτή είτε από τρίτο.

51. Επιπλέον, είμαι της άποψης ότι το γεγονός ότι το κριτήριο αναθέσεως δεν επιτρέπει, κατά τις διαπιστώσεις του Bundesvergabeamt, την επίτευξη του στόχου που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, ήτοι την αύξηση των ποσοτήτων ενέργειας που παράγονται από ανανεώσιμες πηγές δεν είναι, καθαυτό, ένδειξη περί του ότι αυτό το κριτήριο είναι αντίθετο στην κοινοτική ρύθμιση στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

52. Ακόμη και εάν οι στόχοι στον τομέα της προστασίας του περιβάλλοντος που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας αυτό το κριτήριο δεν επιτυγχάνονται, δεν απορρέει από τούτο ότι το κριτήριο περιβαλλοντικής φύσεως που θεσπίζει η προκήρυξη του διαγωνισμού είναι παράνομο.

4. Επί του συνδέσμου μεταξύ του κριτηρίου αναθέσεως και του αντικειμένου της σύμβασης

53. Τέταρτον, κατά το Bundesvergabeamt, «κατά το μέτρο που το εν λόγω κριτήριο θέτει αποκλειστικά το ζήτημα της συνολικής δυνάμενης να παρασχεθεί ποσότητας και δεν δεσμεύεται από την ποσότητα που μπορεί να προμηθευθεί η αναθέτουσα αρχή —η αναθέτουσα αρχή έχει άλλωστε επιλέξει αποκλειστικά την παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρική ενέργεια— μπορούμε να διερωτηθούμε εάν ένα τέτοιο κριτήριο αναθέσεως συνεπάγεται άμεσα οικονομικά πλεονεκτήματα για την αναθέτουσα αρχή».

54. Αυτό το ζήτημα του συνδέσμου μεταξύ του κριτηρίου αναθέσεως και του αντικειμένου της σύμβασης συζητήθηκε σε εύρος μεταξύ των παρεμβαίνόντων.

55. Η καθής της κύριας δίκης καθώς και η Αυστριακή Κυβέρνηση εκτιμούν ότι από το γεγονός ότι, προκειμένου να κριθεί η πλέον συμφέρουσα προσφορά κατά την εν λόγω

15 — Η υπογράμμιση δική μου.

διαδικασία αναθέσεως ελήφθη υπόψη, εκτός της τιμής, η ποσότητα της παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας που κάθε προσφέρων μπορούσε να παράψει πέραν της ποσότητας των 22,5 GWh που έπρεπε να εξασφαλιστεί εν πάση περιπτώσει, η αναθέτουσα αρχή θέσπισε ως κριτήριο αναθέσεως την ασφάλεια του εφοδιασμού με ηλεκτρική ενέργεια ιδιαίτερης ποιότητας.

56. Συναφώς, η Αυστριακή Κυβέρνηση εξηγεί ότι, όσο αυξάνεται η ποσότητα ενέργειας που διαθέτει μια εταιρία, τόσο αυξάνεται η ασφάλεια της παραδόσεως, το οποίο επιτρέπει να διασφαλιστεί ο εφοδιασμός με την αιτηθείσα παροχή κατά τις περιόδους μεγάλης φορτίσεως του δικτύου παροχής ηλεκτρικής ενέργειας ή σε περιπτώσεις σημαντικής προσωρινής αυξήσεως της καταναλώσεως του αγοραστή ηλεκτρικής ενέργειας.

57. Κατά την ίδια κυβέρνηση, υποστηριζόμενη από την καθής της κύριας δίκης, η ασφάλεια της παραδόσεως καθαυτή ουδόλως αποτελεί κριτήριο ξένο προς την παροχή, αλλά μάλλον οικονομικό κριτήριο: όσο αποδοτικότερος είναι ένας προσφέρων, τόσο ο κίνδυνος για την αναθέτουσα αρχή το αίτημά της να μην μπορέσει να ικανοποιηθεί και να υποχρεωθεί ενδεχομένως να ανεύρει βραχυπρόθεσμα μια πολυδάπανη εναλλακτική μειώνεται.

58. Κατά τη Σουηδική Κυβέρνηση, ούτε από το γράμμα της οδηγίας 93/36 ούτε από τη

νομολογία προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να αντλεί η ίδια οικονομικό πλεονέκτημα από τα κριτήρια αναθέσεως που εφαρμόζει. Τα κριτήρια που είχαν τεθεί με την προκήρυξη του διαγωνισμού ήταν, κατά την άποψή της, κατάλληλα να προωθήσουν την παραγωγή ηλεκτρισμού από ανανεώσιμες πηγές, το οποίο καταλήγει σε πλεονεκτήματα υπό μορφή ελάχιστου αντίκτυπου στο περιβάλλον και κατ' αυτόν τον τρόπο σε ένα καλύτερο περιβάλλον για όλους. Κατά την ίδια κυβέρνηση, κατ' αυτόν τον τρόπο δημιουργούνται συνθήκες διαρκούς ανάπτυξεως.

59. Αντιθέτως, οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης, η Ολλανδική Κυβέρνηση και η Επιτροπή θεωρούν ότι το κριτήριο αναθέσεως, καθόσον ορίζει ότι λαμβάνεται υπόψη μόνον το κλάσμα της ενέργειας που παράγεται από ανανεώσιμες μορφές ενέργειας πέραν των 22,5 GWh ετησίως, το οποίο αντιστοιχεί στην εκτίμηση της ετήσιας καταναλώσεως των ομοσπονδιακών υπηρεσιών τις οποίες αφορά η σύμβαση, αντίκειται στην οδηγία 93/36 εφόσον δεν υφίσταται επαρκής σύνδεσμος μεταξύ αυτού του κριτηρίου και του αντικειμένου της συμβάσεως.

60. Κατά τις προσφεύγουσες της κύριας δίκης, το εν λόγω κριτήριο αναθέσεως αφορά στην πραγματικότητα την ικανότητα των προσφερόντων να προμηθεύουν όσο το δυνατό μεγαλύτερη ποσότητα παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας και έτσι, στην ουσία, τους ίδιους τους προσφέροντες. Κατά την άποψή τους, το κριτήριο αναθέσεως είναι, επομένως, ένα συγκεκαλυμμένο κριτήριο επιλογής.

61. Πώς πρέπει να αξιολογηθούν αυτά τα επιχειρήματα;

62. Καταρχάς αληθεύει βεβαίως, όπως ορθώς παρατηρούν η καθής της κύριας δίκης και η Αυστριακή Κυβέρνηση, ότι το Δικαστήριο έκρινε, με τη σκέψη 44 της από 28 Μαρτίου 1995 απόφασης, Evans Medical και Macfarlan Smith¹⁶, ότι «[...] η ασφάλεια του εφοδιασμού μπορεί να περιληφθεί στα κριτήρια που λαμβάνονται υπόψη [...] για τον προσδιορισμό της οικονομικά συμφερότερης προσφοράς [...]».

63. Ωστόσο, το ζήτημα εάν το εν προκειμένω κριτήριο αναθέσεως αποσκοπεί στη διασφάλιση του εφοδιασμού συνιστά πραγματικό ζήτημα που πρέπει να κριθεί από το αιτούν δικαστήριο.

64. Το Bundesvergabeamt ουδεμία παραπομπή κάνει με τη διάταξη περί προδικαστικής παραπομπής στο γεγονός ότι αυτό το κριτήριο έπρεπε όντως να περιλαμβάνεται ως αποσκοπών στη διασφάλιση της προμήθειας. Επομένως, συνεχίζω την ανάλυση βάσει της υποθέσεως ότι το εν λόγω κριτήριο δεν αποσκοπεί σε τούτο.

65. Στη συνέχεια, τίθεται το ζήτημα εάν η οδηγία 93/36 απαιτεί την ύπαρξη συνδέσμου μεταξύ του κριτηρίου αναθέσεως και του αντικείμενου της συμβάσεως.

66. Με τις από 13 Δεκεμβρίου 2001 προτάσεις μου στην προπαρατεθείσα υπόθεση Concordia Bus Finland, με τις οποίες γίνεται παραπομπή στην από 26 Σεπτεμβρίου 2000 απόφαση, Επιτροπή κατά Γαλλίας¹⁷, με την οποία το Δικαστήριο έκρινε καταρχήν νόμιμο κριτήριο αναθέσεως που αφορά την απασχόληση, που συνδέεται με τοπική δράση καταπολέμησης της ανεργίας, είχα τονίσει ότι αυτή η απαίτηση δεν είναι αναγκαία¹⁸.

67. Ωστόσο, στην προπαρατεθείσα απόφαση Concordia Bus Finland το δικαστήριο έλαβε ρητώς και σαφώς θέση επ' αυτού του ζητήματος, κρίνοντας, με τη σκέψη 69, ότι «[...] η αναθέτουσα αρχή [...] μπορεί να λαμβάνει υπόψη οικολογικά κριτήρια [...] εφόσον τα κριτήρια αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως [...]»¹⁹.

68. Όπως ορθώς παρατηρούν οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης, η Ολλανδική Κυβέρνηση και η Επιτροπή, ένα κριτήριο αναθέσεως που συνίσταται στη διανομή μονάδων για την παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές ποσότητα ηλεκτρικής ενέργειας

17 — C-225/98, Συλλογή 2000, σ. I-7445.

18 — Σημεία 110 έως 112 των προπαρατεθεισών προτάσεων. Η ανάλυση αφορούσε την οδηγία 92/50 οι κρίσιμες διατάξεις της οποίας είναι, ωστόσο, κατ' ουσίαν, ταυτόσημες με εκείνες της οδηγίας 93/36. Βλ. τη σκέψη 36 ανωτέρω.

19 — Η υπογράμμιση δική μου.

16 — C-324/93, Συλλογή 1995, σ. I-563.

που ένας προσφέρων θα είναι σε θέση να προμηθεύσει σε μη περαιτέρω προοριζόμενο κύκλο πελατών, εφόσον διευκρινίζεται ότι λαμβάνεται υπόψη μόνο το μέρος της ποσότητας που υπερβαίνει την αναμενόμενη στο πλαίσιο της υπό ανάθεση συμβάσεως κατανάλωση, δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης. Ήδη με την ίδια του τη διατύπωση, είναι, όντως, σαφές ότι ένα τέτοιο κριτήριο δεν αφορά συγκεκριμένα το αντικείμενο της σύμβασης καθαυτό.

69. Επομένως, είμαι της άποψης ότι ένα τέτοιο κριτήριο αντίκειται στις επιταγές που απορρέουν από την οδηγία 93/36.

70. Επιπλέον, μου φαίνεται, εν προκειμένω, ότι μπορεί να χωρήσει δυσμενής διάκριση μεταξύ των προσφερόντων και, ειδικότερα, μεταξύ των μικρής κλίμακας προμηθευτών, αφενός, και των μεγάλης κλίμακας προμηθευτών, αφετέρου.

71. Ας φανταστούμε δυο προμηθευτές που μπορούν να προμηθεύσουν την ηλεκτρική ενέργεια που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι περίπου 22,5 GWh ετησίως σε παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρική ενέργεια. Ο ένας είναι μικρής κλίμακας προμηθευτής, ο οποίος ειδικεύεται στην προμήθεια παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας και για τον οποίο η εν λόγω σύμβαση είναι σημαντική. Ο άλλος είναι πολύ μεγάλης κλίμακας προμηθευτής για τον οποίο η παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρική ενέργεια συνιστά μικρό μόνο μέρος της δραστηριότητάς του, αλλά που ωστόσο είναι, λόγω του μεγέθους του, σε θέση να παράσχει περισσότερη ηλεκτρική ενέργεια αυτού του είδους από ό,τι ο άλλος προμηθευτής. Η εν λόγω σύμβαση είναι εξ ορισμού μικρή γι' αυτόν τον μεγάλης κλίμακας προμηθευτή.

72. Από αυτό το παράδειγμα προκύπτει ότι, μεταξύ των δύο προμηθευτών που είναι απολύτως ικανοί να εκπληρώσουν τις προϋποθέσεις της σύμβασης, το κριτήριο για την εν λόγω ανάθεση απλώς ευνοεί, στην πραγματικότητα, τον μεγάλο προμηθευτή λόγω του μεγέθους της επιχειρήσεώς του. Το μέγεθος της επιχειρήσεως δεν συνιστά, καθαυτό, αντικειμενικό λόγο που δικαιολογεί διαφορετική μεταχείριση δύο προσφερόντων που μπορούν να εκπληρώσουν τις προϋποθέσεις που συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης.

5. Επί της παραλείψεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής του προσδιορισμού με την προκήρυξη του διαγωνισμού του διαστήματος παραδόσεως για το οποίο οι προσφεύγοντες πρέπει να αναγράφουν στις προσφορές τους την ποσότητα παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας που είναι σε θέση να προμηθεύσουν

73. Πέμπτον, το Bundesvergabeamt διαπιστώνει «ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει ορίσει συγκεκριμένη ημερομηνία παραδόσεως για την οποία έπρεπε να αναφέρει την ποσότητα που μπορούσε να παραδοθεί». Από αυτό συνάγει ότι «φαίνεται ότι το ορισθέν κριτήριο ουδόλως μπορεί να αποτελέσει το αντικείμενο λεπτομερούς επαληθεύσεως, απονέμει στην αναθέτουσα αρχή υπερβολική εξουσία αναθέσεως και αντίκειται στην αρχή της συγκρισιμότητας των προσφορών που απορρέει από την αρχή της διαφάνειας».

74. Όπως ορθώς τονίζει η Ολλανδική Κυβέρνηση, που είναι η μόνη παρεμβαίνουσα που λαμβάνει ρητώς θέση επ' αυτού του σημείου, οι προσφέροντες πρέπει να

ενημερώνονται εκ των προτέρων για τα κριτήρια αναθέσεως που εφαρμόζει η αναθέτουσα αρχή. Αυτά τα κριτήρια πρέπει να διατυπώνονται κατά τρόπο που να επιτρέπει μια έντιμη και αντικειμενική σύγκριση των διαφόρων προσφορών.

ψεως τόσο μεγάλη επιρροή στην απόφαση περί της αναθέσεως».

75. Συναφώς μπορεί να γίνει παραπομπή στην προπαρατεθείσα απόφαση SIAC Construction με την οποία το Δικαστήριο έκρινε, στη σκέψη 42, ότι «[...] τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους προσφέροντες οι οποίοι είναι καλώς πληροφορημένοι και επιμελείς να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο».

78. Συναφώς είμαι της άποψης ότι καθόσον η αναθέτουσα αρχή θεσπίζει νόμιμα κριτήρια αναθέσεως, είναι, όπως παρατηρεί η καθής της κύριας δίκης, καταρχήν ελεύθερη να αποφασίσει πόσο θα βαρύνουν αυτά τα κριτήρια.

76. Στο αιτούν δικαστήριο απόκειται να κρίνει εάν, ενόψει όλων των στοιχείων του φακέλου της κύριας δίκης, τα κριτήρια αναθέσεως της εν λόγω συμβάσεως ανταποκρίνονται σε αυτή την απαίτηση.

79. Το Δικαστήριο έκρινε, με τη σκέψη 42 της προπαρατεθείσας αποφάσεως Evans Medical και Macfarlan Smith ότι «[...] η επιλογή της οικονομικά συμφερότερης προσφοράς αφήνει στα κράτη μέλη την επιλογή των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως, επιλογή η οποία, πάντως, μπορεί να αφορά μόνον τα κριτήρια για τον προσδιορισμό της οικονομικώς συμφερότερης προσφοράς».

6. Ο υπολογισμός του κριτηρίου ανάθεσης με συντελεστή 45 %

77. Τέλος, κατά το Bundesvergabeamt, «ο υπολογισμός του εν λόγω κριτηρίου με συντελεστή 45 % φαίνεται επίσης προβληματικός, εφόσον μπορεί να αντιπροβληθεί ότι απαγορεύει στην αναθέτουσα αρχή να χορηγήσει σε στοιχείο μη δυνάμενο να εκτιμηθεί άμεσα από οικονομικής από-

80. Αν η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη να επιλέξει τα κριτήρια αναθέσεως, μου φαίνεται ότι είναι εξίσου ελεύθερη να επιλέξει τη βαρύτητα καθενός από αυτά στην τελική αξιολόγηση, εφόσον αποβλέπουν στην ανεύρεση της πλέον συμφέρουσας προσφοράς.

7. Πρόταση σχετικά με το πρώτο ερώτημα

σημαντική επιρροή στην έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως.

81. Κατόπιν των προεκτεθέντων, προτείνω στο πρώτο ερώτημα του Bundesvergabeamt να δοθεί η απάντηση ότι οι κοινοτικού δικαίου διατάξεις που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ιδίως το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36, απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να θεσπίζει προκειμένου για μια σύμβαση παροχής ηλεκτρικής ενέργειας, κριτήριο ανάθεσης, που υπολογίζεται με συντελεστή 45 % στην τελική αξιολόγηση, το οποίο απαιτεί από τον προσφέροντα—χωρίς να επιβάλλει ορισμένη ημερομηνία παραδόσεως—να ορίζει την ποσότητα παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας που θα είναι σε θέση να προμηθεύσει σε μη περαιτέρω προσδιοριζόμενο κύκλο πελατών, απονέμοντας το σύνολο των μονάδων στον προσφέροντα που δηλώνει τη μεγαλύτερη ποσότητα, εφόσον διευκρινίζεται ότι λαμβάνεται υπόψη μόνον το μέρος της ποσότητας που υπερβαίνει την αναμενόμενη στο πλαίσιο της υπό ανάθεση συμβάσεως κατανάλωση.

Γ — *Επί του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος*

82. Με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, το Bundesvergabeamt ερωτά εάν οι κοινοτικού δικαίου διατάξεις που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ιδίως το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665 απαγορεύουν να θεωρείται άκυρη παράνομη απόφαση στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύεται ότι αυτή η απόφαση είχε

83. Σχετικά με αυτό το ερώτημα, το Bundesvergabeamt εξηγεί ότι «η εθνική διάταξη που υποχρεούται να εφαρμόσει στη διαδικασία προσφυγής δεν του επιτρέπει να ακυρώσει απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τον μόνο λόγο ότι τη θεωρεί παράνομη. Αντιθέτως, η εφαρμοστέα σε αυτόν τον τομέα διάταξη, ήτοι το άρθρο 177, παράγραφος 1, σημείο 2, του BVergG απαιτεί η προσβαλλόμενη στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής απόφαση να έχει, επιπλέον, σημαντική επιρροή στην έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως». Διερωτάται εάν μια τέτοια προϋπόθεση συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο.

84. Επιβάλλεται συναφώς η διαπίστωση καταρχάς ότι, όπως διαπίστωσε η Αυστριακή Κυβέρνηση, ο εν λόγω εθνικός κανόνας αφορά όχι το ζήτημα που διέπεται από το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665, ήτοι υπό ποιες προϋποθέσεις ένας προσφεύγων μπορεί να ασκήσει προσφυγή, αλλά το ζήτημα υπό ποιες προϋποθέσεις μπορεί να ακυρωθεί μια απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

85. Στη συνέχεια, όπως ορθώς διαπιστώνει η Αυστριακή Κυβέρνηση, η οδηγία 89/665 και ειδικότερα το άρθρο 2, παράγραφος 1,

στοιχείο β'²⁰, δεν θεσπίζει τέτοιες προϋποθέσεις προκειμένου για την ακύρωση. Συγκεκριμένα, δεν περιέχει καμία διάταξη σχετικά με το ζήτημα εάν η ακύρωση μιας παράνομης απόφασης στο πλαίσιο μιας διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 αυτής της οδηγίας μπορεί να εξαρτάται από την προϋπόθεση ότι πρέπει να αποδειχθεί ότι η παράνομη απόφαση είχε ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως.

86. Όπως προκύπτει από τις πρόσφατες αποφάσεις της 18ης Ιουνίου 2002, ΗΙ²¹, και της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau κ.λπ.*²², το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει καταρχήν το εθνικό δίκαιο να ρυθμίζει πτυχές της διαδικασίας προσφυγής που δεν διέπονται από την οδηγία «[...] 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)²³.

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

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

[...]
21 — C-92/00, Συλλογή 2002, σ. I-5553.

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

23 — Προπαρατεθείσα απόφαση ΗΙ, σκέψη 67.

87. Στο αιτούν δικαστήριο απόκειται επομένως να εξετάσει, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαιτερότητες εν προκειμένω, εάν η προπαρατεθείσα προϋπόθεση είναι λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που αφορά παρόμοιες προσφυγές εσωτερικής φύσεως και δεν καθιστά στην πράξη αδύνατη ή εξαιρετικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απονέμει η κοινοτική έννομη τάξη.

88. Προτείνω επομένως στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα να δοθεί η απάντηση ότι οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665, δεν απαγορεύουν την εξάρτηση της ακυρώσεως μιας παράνομης απόφασης στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 από την προϋπόθεση ότι αποδεικνύεται ότι αυτή η απόφαση άσκησε σημαντική επιρροή στην έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως, εφόσον αυτή η προϋπόθεση δεν είναι λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που αφορά παρεμφερείς προσφυγές εσωτερικής φύσεως (αρχή της ισοδυναμίας) και δεν καθιστά στην πράξη αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των απονεμομένων από την κοινοτική έννομη τάξη δικαιωμάτων (αρχή της αποτελεσματικότητας).

Δ — Επί του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος

89. Με το τρίτο προδικαστικό ερώτημα, το Bundesvergabeamt ερωτά εάν οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ιδίως το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36, απαγορεύουν

την εξάρτηση της ακυρώσεως μιας παράνομης απόφασεως στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 από την προϋπόθεση ότι αποδεικνύεται ότι αυτή η απόφαση είχε σημαντική επιρροή στην έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως εάν αυτή η απόδειξη προέκυπτε από την εξέταση από το επιληφθέν της προσφυγής όργανο του εάν η κατάταξη των υποβληθεισών προσφορών διαφέρει όταν αυτές αποτελούν το αντικείμενο νέας αξιολογήσεως που δεν λαμβάνει υπόψη το παράνομο κριτήριο αναθέσεως.

1. Σχόλια του Bundesvergabeamt

90. Σχετικά με αυτό το ζήτημα, το Bundesvergabeamt εξηγεί ότι «οι προπαρασκευαστικές εργασίες, την αναδρομή στις οποίες επιβάλλουν οι αυστριακές μέθοδοι ερμηνείας, επιτάσσουν [...] στο επιληφθέν της προσφυγής όργανο να κρίνει το ζήτημα εάν η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι αποφασιστική για την έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως, εξετάζοντας εάν η σύμβαση μπορούσε να ανατεθεί σε άλλον προσφέροντα εάν η αναθέτουσα αρχή είχε ενεργήσει νομίμως».

91. Συγκεκριμένα, τούτο σημαίνει, κατά το Bundesvergabeamt, ότι «το επιληφθέν της προσφυγής όργανο έπρεπε να αποκλείσει το κριτήριο αναθέσεως που κρίνεται παράνομο και να εξετάσει τις προσφορές που όντως έχουν υποβληθεί βάσει των λοιπών κριτηρίων αναθέσεως και να διαπιστώσει εάν από αυτό προκύπτει τροποποίηση της κατατά-

ξεως σε σχέση με την εκτίμηση που έκανε η αναθέτουσα αρχή».

92. Το Bundesvergabeamt έχει, ωστόσο, αμφιβολίες όσον αφορά το συμβιβασμο αυτού του τρόπου ενέργειας με το κοινοτικό δίκαιο. Τονίζει μεταξύ άλλων ότι «ενεργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο, που προδήλως επιβάλλει το εσωτερικό δίκαιο, η απόφαση περί αναθέσεως της συμβάσεως λαμβάνεται στο πλαίσιο της διαδικασίας της προσφυγής και οι προσφορές αξιολογούνται βάσει της αξιολογήσεως κριτηρίων σχετικά με τα οποία οι προσφέροντες δεν είχαν ενημερωθεί, και επομένως δεν είχαν μπορέσει να λάβουν υπόψη κατά τη σύνταξη της προσφοράς τους. Αυτή η συνέπεια φαίνεται [...] αντίθετη στο άρθρο 26, παράγραφος 2, της οδηγίας, πολλώ μάλλον που ο προσφέρων μπορεί νομίμως να ισχυριστεί ότι θα είχε συντάξει την προσφορά του με διαφορετικό τρόπο εάν γνώριζε ότι η αξιολόγηση των κριτηρίων (εν προκειμένω, ότι η τιμή θα βάρυνε με συντελεστή 100 % αντί 55 % στην τελική αξιολόγηση) θα γινόταν με διαφορετικό τρόπο».

93. Εάν επικρατήσει αυτή η ερμηνεία, η μόνη λύση φαίνεται να είναι, κατά το Bundesvergabeamt, «η ανάκληση των προσφορών, εφόσον άλλως η διαδικασία της αναθέσεως θα συνεχιζόταν με την εφαρμογή ενός τρόπου αξιολογήσεως των προσφορών που ούτε είχε οριστεί εξαρχής ούτε γνώριζαν οι προσφεύγοντες».

2. Επιχειρήματα των διαδίκων

94. Η καθής της κύριας δίκης και η Αυστριακή Κυβέρνηση δεν συμμερίζονται, με τις γραπτές τους παρατηρήσεις, τις αμφιβολίες του Bundesvergabeamt όσον αφορά το συμβιβάσιμο της περιγραφείσας από αυτό διαδικασίας με το κοινοτικό δίκαιο.

95. Η καθής της κύριας δίκης ισχυρίζεται ότι η παράβαση των διατάξεων στον τομέα της αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων που δεν συνεπάγεται διαφορετική κατάταξη των προσφορών ουδόλως μεταβάλλει τον τρόπο προσδιορισμού της καλύτερης προσφοράς. Σύμφωνα με την ίδια παρεμβαίνουσα, καίτοι ο τρόπος προσδιορισμού της καλύτερης προσφοράς δεν επηρεάζεται, ο ασκών την προσφυγή δεν θα αναλάβει τη σύμβαση και ούτε θα λάβει αποζημίωση.

96. Επιπλέον, παρατηρεί ότι το γεγονός του αποκλεισμού του εν λόγω κριτηρίου αναθέσεως δεν μετέβαλε κατά την άποψή της τίποτε όσον αφορά την εν λόγω διαδικασία αναθέσεως. Ισχυρίζεται ότι η KELAG είχε επίσης προτείνει την κατά πολύ χαμηλότερη τιμή.

97. Η Αυστριακή Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι θα ήταν ακατανόητο μια διαδικασία προσφυγής να έπρεπε να λαμβάνει χώρα κατόπιν αιτήσεως ενός προσφέροντος που

έχει καταταγεί σε θέση που δεν αφήνει καμία ελπίδα, ενώ η έλλειψη νομιμότητας την οποία ισχυρίζεται ότι πάσχει η διαδικασία περί αναθέσεως δεν σημαίνει, εν πάση περιπτώσει, ότι αυτός ή τρίτοι ενδεχομένως ενδιαφερόμενοι θα είχαν καταταγεί σε καλύτερη θέση, ακόμη και σε περίπτωση ομαλής διαξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως.

98. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Αυστριακή Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι το Bundesvergabeamt υπέβαλε το τρίτο προδικαστικό ερώτημα λαμβάνοντας υπόψη αυστριακή νομοθετική ρύθμιση που έχει καταργηθεί εδώ και πολλά χρόνια και ότι, επί της ουσίας, συντάσσεται με τη θέση που εξέφρασε η Επιτροπή.

99. Η τελευταία καθώς και οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης εκτιμούν ότι ο τρόπος διεξαγωγής της διαδικασίας που περιγράφει το Bundesvergabeamt αντίκειται στο κοινοτικό δίκαιο.

100. Οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης υποστηρίζουν ότι το γεγονός του αποκλεισμού του προβλεπόμενου κριτηρίου αναθέσεως, ακόμη και εάν είναι παράνομο, παραβιάζει τις κεντρικές αρχές του κοινοτικού δικαίου στον τομέα της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, όπως τη δημοσιότητα και τη διαφάνεια.

101. Η Επιτροπή παρατηρεί ότι το τρίτο προδικαστικό ερώτημα δεν έπρεπε να είχε υποβληθεί διότι ούτε η αναθέτουσα αρχή

ούτε το επιληφθέν της προσφυγής όργανο μπορούν να τροποποιήσουν τα κριτήρια αναθέσεως μετά τη γνωστοποίησή τους.

102. Η Σουηδική και η Ολλανδική Κυβέρνηση δεν έλαβαν θέση επ' αυτού του προδικαστικού ερωτήματος.

3. Εκτίμηση

103. Σημειώνω κατ' αρχάς ότι η παρατήρηση της Αυστριακής Κυβερνήσεως ότι το Bundesvergabeamt έλαβε ως αφορμή για την υποβολή του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος εθνική νομοθετική ρύθμιση που έχει προ πολλού καταργηθεί δεν πρέπει να μας εμποδίσει να απαντήσουμε σ' αυτό το ερώτημα.

104. Κατά πάγια νομολογία, μόνον ο εθνικός δικαστής μπορεί να κρίνει την κρισιμότητα των ερωτημάτων που υποβάλλει στο Δικαστήριο²⁴.

24 — Βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 15ης Δεκεμβρίου 1995, C-415/93, *Bosman* (Συλλογή 1995, σ. I-4921, σκέψη 59) της 25ης Ιουνίου 2002, C-66/00, *Bigi* (Συλλογή 2002, σ. I-5917, σκέψη 18), και της 10ης Δεκεμβρίου 2002, C-153/00, *Der Weduwe* (Συλλογή 2002, σ. I-11319, σκέψη 31).

105. Εν συνεχεία, λαμβάνοντας υπόψη τις εξηγήσεις του Bundesvergabeamt καθώς και την απάντηση που προτείνω να δοθεί στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, εκτιμώ ότι επιβάλλεται το τρίτο προδικαστικό ερώτημα να νοηθεί ως αφορών, στην ουσία, το ζήτημα εάν ένας κανόνας εσωτερικού δικαίου, όπως αυτός του άρθρου 117 του BVergG, που εξαρτά την ακύρωση παράνομης αποφάσεως στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής από την προϋπόθεση ότι αποδεικνύεται ότι αυτή η απόφαση είχε ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως, παραβιάζει την αρχή της αποτελεσματικότητας καθόσον αυτός ο κανόνας υποχρεώνει το εθνικό δικαστήριο να εξετάσει εάν η κατάταξη των προσφορών που όντως έχουν υποβληθεί διαφέρει σε περίπτωση νέας αξιολογήσεως που αποκλείει το παράνομο κριτήριο αναθέσεως.

106. Νομίζω ότι η απάντηση σε αυτό το ερώτημα είναι καταφατική.

107. Όπως ορθώς τονίζει η Επιτροπή, το Δικαστήριο έκρινε, στο πλαίσιο της προπαρατεθείσας αποφάσεως SIAC Construction ότι:

«41 [...] [H] αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την υποχρέωση διαφάνειας προκειμένου να καθίσταται δυνατή η εξακρίβωση της τηρήσεως της αρχής αυτής (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia* και 3-S, Συλλογή 1999, σ. I-8291, σκέψη 31).

42 Αυτό σημαίνει, ειδικότερα, ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους προσφέροντες οι οποίοι είναι καλώς πληροφορημένοι και επιμελείς να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο.

43 Αυτή η υποχρέωση διαφάνειας συνεπάγεται επίσης ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ακολουθεί την ίδια ερμηνεία των κριτηρίων αναθέσεως καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας (βλ., στο πνεύμα αυτό, προπαρατεθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψεις 88 και 89)²⁵.

108. Από αυτό προκύπτει a fortiori ότι, προκειμένου να τηρείται η αρχή της ίσης μεταχείρισεως, πρέπει να ακολουθούνται τα ίδια κριτήρια αναθέσεως καθ' όλη τη διάρκεια διαδικασίας.

109. Αυτή η ερμηνεία δεν μπορεί, καθόσον στηρίζεται στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, να αμφισβητηθεί από μια παραπομπή που η Αυστριακή Κυβέρνηση κάνει με τις γραπτές παρατηρήσεις της στο γαλλικό και στο αγγλικό κείμενο του άρθρου 26, παράγρα-

φος 2, της οδηγίας 93/36²⁶, από την οποία απορρέει, κατά την άποψή της, ότι η τροποποίηση των κριτηρίων αναθέσεως κατά τη διάρκεια της διαδικασίας δεν μπορεί να αποκλειστεί εκ των προτέρων.

110. Αυτή η προϋπόθεση κατά την οποία τα κριτήρια αναθέσεως δεν μπορούν να μεταβάλλονται κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, δεν πληρούνται εφόσον το επιληφθέν της προσφυγής όργανο, καλούμενο να κρίνει εάν οι προϋποθέσεις για την ακυρότητα πληρούνται, προβαίνει σε νέα αξιολόγηση των προσφορών αποκλείοντας ένα από τα κριτήρια αναθέσεως.

111. Τούτο θα κατέληγε, πράγματι, στην τροποποίηση των κριτηρίων αναθέσεως σε σχέση με εκείνα που είχε ορίσει η αναθέτουσα αρχή, το οποίο δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι στερείται συνεπειών στην περίπτωση των διαφόρων προσφερόντων.

112. Συναφώς, όπως ορθώς παρατήρησαν το Bundesvergabeamt και οι προσφεύγουσες στην κύρια δίκη, εάν τα κριτήρια αναθέσεως που διατυπώνονταν στην προκήρυξη του διαγωνισμού ήταν άλλα από τα όντως περιλαμβανόμενα σε αυτήν, τόσο ο προσφέρων που άσκησε την προσφυγή όσο και οι άλλοι

26 — «Dans le cas visé au paragraphe 1, point b), le pouvoir adjudicateur mentionne, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée» και «In the case referred to in point (b) of paragraph 1, the contracting authority shall state in the contract documents or in the contract notice all the criteria they intend to apply to the award, where possible in descending order of importance». Η υπογράμμιση δική μου.

25 — Η υπογράμμιση δική μου.

προσφέροντες θα μπορούσαν να είχαν υποβάλει διαφορετική προσφορά, εν προκειμένω, όπως ορθώς τονίζει το Bundesvergabeamt, θα νοούνταν ότι ένας προσφέρων που είχε υπολογίσει ότι θα αποκτούσε τους βαθμούς λόγω του κριτηρίου της ανανεώσιμης ενέργειας θα είχε προτείνει χαμηλότερη τιμή εάν γνώριζε ότι η τιμή θα ήταν τελικά το μόνο κριτήριο που θα εφαρμόζόταν.

τερα το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36 επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού εάν, στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665, ένα από τα κριτήρια αναθέσεως που έχει θεσπίσει αποδεικνύεται παράνομο.

113. Επομένως, προτείνω στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα να δοθεί η απάντηση ότι οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36, απαγορεύουν την εξάρτηση της ακυρώσεως μιας παράνομης αποφάσεως στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 από την προϋπόθεση ότι αποδεικνύεται ότι αυτή η απόφαση είχε ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως, εάν αυτή η απόδειξη προκύπτει από την εξέταση εκ μέρους του επιληφθέντος της προσφυγής οργάνου του εάν η κατάταξη των όντως υποβληθεισών προσφορών θα διέφερε εάν αυτές αποτελούσαν αντικείμενο νέας αξιολογήσεως, κατ' αποκλεισμό του παράνομου κριτηρίου.

115. Από τις εξηγήσεις του Bundesvergabeamt σχετικά με το τρίτο προδικαστικό ερώτημα προκύπτει ότι το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα συνδέεται στενά με το τρίτο υπό την έννοια ότι στο πνεύμα αυτού, μια καταφατική απάντηση στο τρίτο ερώτημα θα συνεπαγόταν άμεσα καταφατική απάντηση στο τέταρτο ερώτημα.

116. Οι παρεμβαίνοντες που έλαβαν θέση επ' αυτού του ερωτήματος πρότειναν επίσης να δοθεί σε αυτό το ερώτημα απάντηση στο πνεύμα της απαντήσεως που πρότειναν αντίστοιχα να δοθεί στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα.

Ε — *Επί του τετάρτου προδικαστικού ερωτήματος*

114. Με το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα, το Bundesvergabeamt ερωτά εάν οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ειδικό-

117. Εκτιμώ ότι το τέταρτο ερώτημα πρέπει να αναδιατυπωθεί προκειμένου να μπορέσει να δοθεί σε αυτό χρήσιμη απάντηση.

118. Δεν μπορούμε από μόνο το γεγονός ότι στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 ένα από τα κριτήρια αναθέσεως αποδείχτηκε παράνομο να συναγάγουμε ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού.

119. Όπως ορθώς παρατήρησαν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση η καθής της κύριας δίκης και η Αυστριακή Κυβέρνηση, εάν η προσφυγή έχει ασκηθεί μετά τη σύναψη της συμβάσεως και εάν ένα κράτος μέλος κάνει χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο άρθρο 2, παράγραφος 6, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665²⁷, η διαπίστωση που έχει γίνει κατά τη διαδικασία προσφυγής, ότι ένα κριτήριο αναθέσεως δεν είναι παράνομο, δεν θα οδηγήσει σε ανάκληση της υποβολής προσφορών αλλά απλώς σε αποζημίωση του αποκλεισμένου προσφέροντος.

120. Το ερώτημα που τίθεται είναι εάν, επομένως, οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, ειδικότερα το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36, επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού εάν στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 ένα από τα κριτήρια της αναθέσεως που έχει θεσπίσει αποδεικνύεται

27 — «[...] [Έ]να κράτος μέλος μπορεί να προβλέπει ότι, μετά τη σύναψη της συμβάσεως που ακολουθεί την ανάθεση μιας συμβάσεως, οι υπεύθυνοι για τις διαδικασίες προσφυγής περιορίζονται στην επίδειξη αυτοζημιώσεως πλέον τόνων σε οποιοδήποτε έχει ζημωθεί λόγω παραβάσεως».

παράνομο και ακυρώνεται εν συνεχεία από το επιληφθέν της προσφυγής όργανο.

121. Κατά την άποψή μου πρέπει να δοθεί καταφατική απάντηση στο ούτως επαναδιατυπωθέν ερώτημα.

122. Όπως προκύπτει από την εξέταση του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος, τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να παραμένουν τα ίδια σε όλη τη διάρκεια τη διαδικασίας του διαγωνισμού. Η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να συνεχίσει επομένως μια τέτοια διαδικασία σε περίπτωση ακυρώσεως ενός κριτηρίου αναθέσεως εν μέρους του επιληφθέντος της προσφυγής οργάνου.

123. Επομένως, προτείνω στο τέταρτο προδικαστικό ερώτημα να δοθεί η απάντηση ότι οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36 επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού εφόσον στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 ένα από τα κριτήρια της αναθέσεως αποδεικνύεται παράνομο και ακυρώνεται, κατά συνέπεια, από το επιληφθέν της προσφυγής όργανο.

V — Πρόταση

124. Ενόψει των προεκτεθέντων προτείνω να δοθεί:

— στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα η απάντηση:

«Οι κοινοτικού δικαίου διατάξεις που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ιδίως το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να θεσπίζει, προκειμένου για μια σύμβαση παροχής ηλεκτρικής ενέργειας, κριτήριο ανάθεσης, που υπολογίζεται με συντελεστή 45 %, το οποίο απαιτεί από τον προσφέροντα —χωρίς να επιβάλλει ορισμένη ημερομηνία παραδόσεως— να ορίζει την ποσότητα ηλεκτρικής ενέργειας, που έχει παραχθεί από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας που θα είναι σε θέση να παράσχει σε μη περαιτέρω προσδιοριζόμενο κύκλο πελατών, απονέμοντας την πλειονότητα των μονάδων στον προσφέροντα που δηλώνει τη μεγαλύτερη ποσότητα, ενώ διευκρινίζεται ότι λαμβάνεται υπόψη μόνον η ποσότητα που υπερβαίνει την αναμενόμενη στο πλαίσιο της υπό ανάθεση συμβάσεως κατανάλωση».

— στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα η απάντηση:

«Οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', 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, δεν απαγορεύουν την εξάρτηση της ακυρώσεως μιας παράνομης αποφάσεως στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της

οδηγίας 89/665, από την προϋπόθεση ότι αποδεικνύεται ότι αυτή η απόφαση είχε αποφασιστική επιρροή στην έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως, εφόσον αυτή η προϋπόθεση δεν είναι λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που αφορά παρεμφερείς προσφυγές εσωτερικής φύσεως (αρχή της ισοδυναμίας) και δεν καθιστά στην πράξη αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των απονεμομένων από την κοινοτική έννομη τάξη δικαιωμάτων (αρχή της αποτελεσματικότητας)».

— στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα η απάντηση:

«Οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36, απαγορεύουν την εξάρτηση της ακυρώσεως μιας παράνομης απόφάσεως στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 από την προϋπόθεση ότι αποδεικνύεται ότι αυτή η απόφαση είχε ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της διαδικασίας αναθέσεως, εάν αυτή η απόδειξη προκύπτει από την εξέταση εκ μέρους του επιληφθέντος της προσφυγής οργάνου του εάν η κατάταξη των όντως υποβληθεισών προσφορών θα διέφερε εάν αυτές αποτελούσαν αντικείμενο νέας αξιολογήσεως, κατ' αποκλεισμό του παράνομου κριτηρίου».

— στο τέταρτο προδικαστικό ερώτημα η απάντηση:

«Οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36, επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού εφόσον στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής βάσει του άρθρου 1 της οδηγίας 89/665 ένα από τα κριτήρια της αναθέσεως αποδεικνύεται παράνομο και ακυρώνεται, κατά συνέπεια, από το επιληφθέν της προσφυγής όργανο».