

GAT

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (έκτο τμήμα)
της 19ης Ιουνίου 2003 *

Στην υπόθεση C-315/01,

που έχει ως αντικείμενο αίτηση του Bundesvergabeamt (Αυστρία) προς το Δικαστήριο, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 234 ΕΚ, με την οποία ζητείται, στο πλαίσιο της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου μεταξύ

Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)

και

Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG),

η έκδοση προδικαστικής απόφασης ως προς την ερμηνεία της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών [εκδικάσεως] προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1), καθώς και της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ L 199, σ. 1),

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (έκτο τμήμα),

συγκείμενο από τους J.-P. Puissochet, πρόεδρο τμήματος, R. Schintgen (εισηγητή),
B. Σκουρή, F. Macken και J. N. Cunha Rodrigues, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: L. A. Geelhoed
γραμματέας: R. Grass

λαμβάνοντας υπόψη τις γραπτές παρατηρήσεις που κατέθεσαν:

- η Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), εκπροσωπούμενη από τον S. Korn, Universitätsassistent,

- η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Fruhmann,

- η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τον M. Nolin, επικουρούμενο από τον R. Roniger, Rechtsanwalt,

έχοντας υπόψη την έκθεση του εισηγητή δικαστή,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 10ης Οκτωβρίου 2002,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- 1 Με διάταξη της 11ης Ιουλίου 2001, που περιήλθε στο Δικαστήριο στις 13 Αυγούστου 2001, το Bundesvergabeamt υπέβαλε, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 234 ΕΚ, πέντε προδικαστικά ερωτήματα ως προς την ερμηνεία της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1, στο εξής: οδηγία 89/665), καθώς και της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ L 199, σ. 1).
- 2 Τα ερωτήματα αυτά ανέκυψαν στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ της εταιρίας Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (στο εξής: GAT) και της εταιρίας Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (στο εξής: ÖSAG) σχετικά με την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως προμηθειών για την οποία η GAT είχε υποβάλει προσφορά.

Το νομικό πλαίσιο

Η κοινοτική νομοθεσία

Η οδηγία 89/665

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

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

[...]

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

4 Κατά το άρθρο 2, παράγραφοι 1, 2, 6 και 8, 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:

- α) να λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με την επείγουσα διαδικασία, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της εν λόγω σύμβασης του δημοσίου ή της εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνεται από τις αναθέτουσες αρχές·
- β) να ακυρώνουν ή να επιτρέπουν την ακύρωση των παράνομων αποφάσεων, και ιδίως να καταργούν τις τεχνικές, οικονομικές και χρηματοδοτικές προδιαγραφές που εισάγουν διακρίσεις και περιλαμβάνονται στα έγγραφα με τα οποία καλούνται οι ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, στις συγγραφές υποχρεώσεων ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με τη διαδικασία σύναψης της συγκεκριμένης σύμβασης·
- γ) να επιδιώκουν αποζημίωση στα ζημιωθέντα από την παράβαση πρόσωπα.

2. Οι εξουσίες που προβλέπονται στην παράγραφο 1 μπορούν να ανατίθενται σε ξεχωριστές αρχές υπεύθυνες για διαφορετικές πτυχές των διαδικασιών προσφυγής.

[...]

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

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

[...]

8. Όταν οι υπεύθυνοι για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής δεν είναι δικαστικές, οι αποφάσεις τους πρέπει πάντοτε να αιτιολογούνται γραπτώς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει επίσης να θεσπίζονται διατάξεις που να εγγυώνται την ύπαρξη διαδικασιών με τις οποίες κάθε μέτρο της βασικής αρμόδιας αρχής που εικάζεται ότι είναι παράνομο ή κάθε εικαζόμενη παράλειψή της κατά την εκτέλεση των εξουσιών που της έχουν ανατεθεί, να μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δικαστικής προσφυγής ή προσφυγής ενώπιον άλλης αρχής η οποία θεωρείται δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου [234] 177 της συνθήκης και είναι ανεξάρτητη από την αναθέτουσα αρχή και τη βασική αρχή.

Ο διορισμός και η λήξη της θητείας των μελών αυτής της ανεξάρτητης αρχής πρέπει να υπόκειται στους ίδιους όρους οι οποίοι εφαρμόζονται στους δικαστές όσον αφορά την υπεύθυνη για το διορισμό τους αρχή, τη διάρκεια της θητείας τους, και τη δυνατότητα ανάκλησής τους. Τουλάχιστον ο πρόεδρος αυτής της ανεξάρτητης αρχής πρέπει να έχει τα ίδια νομικά και επαγγελματικά προσόντα με έναν δικαστή. Η ανεξάρτητη αρχή λαμβάνει τις αποφάσεις της μετά τη διεξαγωγή διαδικασίας κατ' αντιμωλία, οι δε αποφάσεις αυτές έχουν, με τα μέσα που καθορίζει κάθε κράτος μέλος, δεσμευτικά νομικά αποτελέσματα.»

Η οδηγία 93/36

- 5 Το άρθρο 15 της οδηγίας 93/36, που περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο 1, με επικεφαλίδα «Κοινοί κανόνες συμμετοχής», του τίτλου IV αυτής, ορίζει, στην παράγραφο 1:

«Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που προβλέπονται στο κεφάλαιο 3 του παρόντος τίτλου, λαμβάνοντας υπόψη τις διατάξεις του άρθρου 16, μετά από έλεγχο της καταλληλότητας των μη αποκλεισθέντων δυνάμει του άρθρου 20 προμηθευτών, τον οποίο διεξάγουν οι αναθέτουσες αρχές σύμφωνα με τα κριτήρια οικονομικής, χρηματοπιστωτικής και τεχνικής ικανότητας που αναφέρονται στα άρθρα 22, 23 και 24.»

- 6 Το άρθρο 23 της οδηγίας 93/36, το οποίο περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο 2, με επικεφαλίδα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής», του τίτλου IV αυτής, προβλέπει, στην παράγραφο 1, στοιχεία α' και δ':

«Η τεχνική ικανότητα του προμηθευτή μπορεί να αποδειχθεί με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους ανάλογα με την φύση, την ποιότητα και το σκοπό των προς προμήθεια προϊόντων:

- α) υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων οι οποίες πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με ένδειξη του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του παραλήπτη δημόσιου ή ιδιωτικού τομέα:

— εάν πρόκειται για προμήθειες προς δημόσια αρχή, οι παραδόσεις αποδεικνύονται με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή,

— εάν πρόκειται για προμήθειες προς ιδιωτικούς φορείς, οι παραδόσεις βεβαιώνονται από τον αγοραστή ή, εάν τούτο δεν είναι δυνατόν, γίνεται απλώς δήλωση από τον προμηθευτή ότι έχουν πραγματοποιηθεί·

[...]

δ) δείγματα, περιγραφή ή/και φωτογραφίες των προς προμήθεια προϊόντων, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να βεβαιώνεται εάν το ζητήσει η αναθέτουσα αρχή».

7 Το άρθρο 26 της οδηγίας 93/36, το οποίο περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο 3, με επικεφαλίδα «Κριτήρια για την ανάθεση συμβάσεων», του τίτλου IV αυτής διασαφηνίζει, στην παράγραφο 1:

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

α) είτε αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή·

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.»

Η εθνική νομοθεσία

8 Οι οδηγίες 89/665 και 93/36 μεταφέρθηκαν στο αυστριακό δίκαιο με τον Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (ομοσπονδιακό νόμο του 1997 για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, BGBl. I, 1997/56, στο εξής: BVergG).

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

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

2. Προκειμένου να θέτει τέρμα στις παραβιάσεις του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου και των σχετικών κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής, το Bundesvergabeamt είναι, μέχρι την ανάθεση της σύμβασης, αρμόδιο:

1) να εκδίδει διατάξεις για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, καθώς και

2) να ακυρώνει παράνομες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής.

3. Μετά την ανάθεση της συμβάσεως ή μετά το πέρας της διαδικασίας αναθέσεως, το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο να αποφαινεται 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. [...]

10 Το άρθρο 115, παράγραφοι 1 και 5, του BVergG ορίζει:

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

[...]

5. Η προσφυγή πρέπει να περιλαμβάνει:

- 1) τον ακριβή προσδιορισμό της σχετικής διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως καθώς και την προσβαλλόμενη απόφαση,

[...]»

11 Κατά το άρθρο 117, παράγραφοι 1 και 3, του BVergG:

«1. Το Bundesvergabeamt ακυρώνει, με διοικητική απόφαση και λαμβάνοντας υπόψη τη γνώμη που διατύπωσε η Επιτροπή φιλικού διακανονισμού στην υπόθεση αυτή, απόφαση της αναθέτουσας αρχής που εκδόθηκε στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, όταν η επίμαχη απόφαση

- 1) είναι αντίθετη προς τις διατάξεις του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου ή των κανονιστικών διατάξεων εφαρμογής και
- 2) έχει ουσιώδη επίπτωση στην έκβαση της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως.

[...]

3. Μετά την ανάθεση της συμβάσεως, το Bundesvergabeamt, τηρώντας τις προϋποθέσεις της παραγράφου 1, διαπιστώνει αποκλειστικά αν η προβαλλόμενη παρανομία είναι ή όχι πραγματική.»

12 Κατά το άρθρο 122, παράγραφος 1, του BVergG, «[σ]ε περίπτωση τέτοιας παραβάσεως του ομοσπονδιακού νόμου ή των κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής του από τα όργανα της αναθέτουσας αρχής, ο υποψήφιος ή ο υποβαλόν προσφορά που δεν έγινε δεκτή μπορεί να προβάλει δικαίωμα αποδόσεως των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε για την κατάρτιση της προσφοράς του και των άλλων εξόδων στα οποία υποβλήθηκε λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία του διαγωνισμού κατά της αναθέτουσας αρχής στα όργανα της οποίας καταλογίζεται η συμπεριφορά».

- 13 Βάσει του άρθρου 125, παράγραφος 2, του BVergG, αγωγή αποζημιώσεως, η οποία πρέπει να ασκηθεί ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, είναι παραδεκτή μόνον αν προσηγηθεί η κατά το άρθρο 113, παράγραφος 3, διαπίστωση εκ μέρους του Bundesvergabeamt. Το πολιτικό δικαστήριο, το οποίο καλείται να αποφανθεί επί μιας τέτοιας αγωγής αποζημιώσεως, καθώς και οι διάδικοι ενώπιον του Bundesvergabeamt δεσμεύονται από τη διαπίστωση αυτή.
- 14 Σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο c, σημείο 40a, του Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (νόμου του 1991 εισαγωγικού των νόμων περί διοικητικής διαδικασίας, BGBl. 1991/50), ο Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (γενικός νόμος του 1991 περί της διοικητικής διαδικασίας, BGBl. 1991/51, στο εξής: AVG), έχει εφαρμογή στη διοικητική διαδικασία του Bundesvergabeamt.
- 15 Το άρθρο 39, παράγραφοι 1 και 2, του AVG, όπως έχει εφαρμογή στη διαδικασία της κύριας δίκης, ορίζει:

«1. Η διεξαγωγή της διαδικασίας ελέγχου υπόκειται στις διοικητικές διατάξεις.

2. Στο μέτρο που οι διοικητικές διατάξεις δεν περιέχουν συναφώς οδηγίες, η αρμόδια αρχή οφείλει να ενεργεί αυτεπαγγέλτως και να καθορίσει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ελέγχου τηρώντας τις διατάξεις του παρόντος τμήματος. [...]»

Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

- 16 Στις 2 Μαρτίου 2000, η ÖSAG, εκπροσωπούμενη από την Autobahnmeisterei (υπηρεσία διαχείρισης και συντηρήσεως αυτοκινητοδρόμων) Sankt Michael/Lungau, προκήρυξε σε ολόκληρη την Ευρώπη δημόσιο διαγωνισμό προκειμένου να προμηθευτεί ένα «ειδικό μηχανοκίνητο όχημα: νέο, έτοιμο προς λειτουργία και εγκεκριμένο από τις αρχές μηχανοκίνητο σάρωρο οδών προοριζόμενο για την υπηρεσία διαχείρισης και συντηρήσεως του αυτοκινητόδρομου Kalwang, επί του αυτοκινητόδρομου Phym, A9».
- 17 Οι πέντε υποβληθείσες προσφορές ανοίχθηκαν στις 25 Απριλίου 2000. Η GAT είχε υποβάλει προσφορά στην τιμή των 3 517 020 ATS, χωρίς ΦΠΑ. Η προσφορά που είχε υποβάλει η επιχείρηση ÖAF & Steyr Nutsfahrzeuge OHG ανερχόταν στα 4 174 290 ATS καθαρά· η προσφορά ενός άλλου προσφέροντος ανερχόταν στα 4 168 690 ATS, χωρίς ΦΠΑ.
- 18 Όσον αφορά την αξιολόγηση των προσφορών, η προκήρυξη διευκρίνιζε, στο σημείο B.1.13 αυτής:

«B.1.13 Αξιολόγηση προσφορών

Η πλέον συμφέρουσα από τεχνική και οικονομική άποψη προσφορά προσδιορίζεται κατά την αρχή του υποβαλόντος την καλύτερη προσφορά. Βασική προϋπόθεση είναι να αντιστοιχούν τα προσφερόμενα οχήματα στους όρους της προκηρύξεως.

Η αξιολόγηση πραγματοποιείται ως εξής:

Κατά την αξιολόγηση των προσφορών, πρέπει κάθε φορά να λαμβάνεται υπόψη ο υποβαλόν την καλύτερη προσφορά και ο αριθμός των μορίων να υπολογίζεται σε σχέση με τον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά.

[...]

2) Άλλα κριτήρια:

Για άλλα κριτήρια δίδονται 100 μόρια κατ' ανώτατο όριο, τα οποία στη συνολική αξιολόγηση λαμβάνονται υπόψη κατά 20 %.

2.1 Κατάλογος συστάσεων πελατών του μηχανοκινήτου σαρώθρου στην περιοχή των Άλπεων και της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (συστάσεις στη γερμανική γλώσσα): βαρύτητα: 20 μόρια.

Τύπος αξιολογήσεως:

Ο υψηλότερος αριθμός πελατών διαιρούμενος από τον αριθμό πελατών του καταταχθέντος στη δεύτερη θέση, πολλαπλασιαζόμενος επί 20 μόρια.»

- 19 Στις 16 Μαΐου 2000, η ÖSAG απέρριψε την προσφορά της GAT με το αιτιολογικό ότι η προσφορά δεν ανταποκρινόταν στους όρους της προκήρυξης, διότι η προσφερόμενη συσκευή καθαρισμού πεζοδρομίων μπορούσε να λειτουργήσει μέχρι τη θερμοκρασία των 0° C, ενώ στην προκήρυξη απαιτείται θερμοκρασία λειτουργίας τουλάχιστον -5°. Επιπλέον, παρά τη σχετική πρόσκληση της ÖSAG, η GAT δεν κατέστησε ευχερή τον απαιτούμενο στην προκήρυξη έλεγχο της συσκευής σε ακτίνα 300 km από την έδρα του οργανισμού που προκήρυξε τον διαγωνισμό, προϋπόθεση που προβλεπόταν στην προκήρυξη. Εξάλλου, η ÖSAG αμφισβήτησε την προταθείσα από την GAT τιμή. Τέλος, παρά τη σχετική πρόσκληση που της απηύθυνε η ÖSAG, η GAT δεν διευκρίνισε επαρκώς το τεχνικό σύστημα καθαρισμού των κατόπτρων της συσκευής που πρότεινε.
- 20 Σύμφωνα με την πρόταση για την ανάθεση της συμβάσεως της 31ης Ιουλίου 2000, η σύμβαση ανατέθηκε εγγράφως στην επιχείρηση ÖAF & Steyr Nutsfahrzeuge OHG με έγγραφο της 23ης Αυγούστου 2000. Οι λοιποί προσφέροντες ενημερώθηκαν με έγγραφο της 12ης Ιουλίου 2000 για τον υπερθεματιστή. Η GAT ενημερώθηκε για την απόρριψη της προσφοράς της με έγγραφο της 17ης Ιουλίου 2000. Το όνομα του υπερθεματιστή καθώς και το ποσό της συμβάσεως της ανακοινώθηκαν με έγγραφο της 5ης Οκτωβρίου 2000.
- 21 Στις 17 Νοεμβρίου 2000, η GAT άσκησε προσφυγή ενώπιον του Bundesvergabeamt προκειμένου να διαπιστωθεί ότι η σύμβαση δεν είχε ανατεθεί στον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά και προέβαλε ότι η προσφορά της είχε απορριφθεί παρανόμως. Η επισυναφθείσα στην προσφορά της τεχνική περιγραφή του καθορισμού των κατόπτρων ήταν επαρκής, κατ' αυτήν, για έναν ειδικό. Επιπλέον, κάλεσε την ÖSAG να επισκεφθεί το εργοστάσιο του προμηθευτή της προσφεύγουσας. Εν πάση περιπτώσει, το κριτήριο αναθέσεως σχετικά με τη «δυνατότητα επισκέψεως του αντικειμένου της συμβάσεως σε ακτίνα 300 km από την έδρα του οργανισμού που προκήρυξε τον διαγωνισμό» αντιβαίνει στις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, καθόσον συνιστά έμμεση δυσμενή διάκριση. Η ÖSAG θα έπρεπε να αναγνωρίσει όλα τα αντικείμενα συγκρίσεως που βρίσκονται στην Ευρώπη. Επιπλέον, κατά την GAT, το κριτήριο θα έπρεπε να χρησιμοποιηθεί μόνον ως κριτήριο αναθέσεως και όχι, όπως εσφαλμένως έπραξε εκ των υστέρων η ÖSAG, ως κριτήριο καταλληλότητας. Είναι βεβαίως αληθές ότι το προσφερόμεν από τη GAT βασικό μοντέλο του μηχανοκίνητου σαρώθρου οδών μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε θερμοκρασία χαμηλότερη του 0° βαθμών Κελσίου. Η ÖSAG είχε ωστόσο επιφυλαχθεί όσον αφορά τη δυνατότητα πρόσθετης επιλογής. Η επιλογή που πρότεινε η GAT μπορούσε να λειτουργήσει, σύμφωνα με την προκήρυξη, σε θερμοκρασία -5° Κελσίου. Τέλος, η

τιμή που πρόσφερε η GAT δεν είναι καθόλου ακατάλληλη. Αντιθέτως, η GAT ήταν σε θέση να εξηγήσει επαρκώς στην ÖSAG γιατί η τιμή που είχε προσφέρει ήταν πολύ συμφέρουσα.

- 22 Θεωρώντας ότι η επίλυση της διαφοράς της οποίας είχε επιληφθεί επέβαλλε την ερμηνεία αρκετών διατάξεων του κοινοτικού δικαίου, το Bundesvergabeamt αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) α) Συνάγεται από το άρθρο 2, παράγραφος 8, της οδηγίας 89/665, από άλλη διάταξη της οδηγίας ή από διάταξη του κοινοτικού δικαίου ότι απαγορεύεται στην υπεύθυνη για τις διαδικασίες προσφυγής αρχή υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας, καθώς και στην αρμόδια για την άσκηση των κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας εξουσιών αρχή, να λαμβάνει υπόψη αυτεπαγγέλτως και ανεξαρτήτως των ισχυρισμών των μετεχόντων στη διαδικασία προσφυγής τις περιστάσεις οι οποίες ασκούν επιρροή από απόψεως του δικαίου που διέπει τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων και, κατά την άποψη της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής, έχουν σημασία για την απόφαση επί της διαδικασίας προσφυγής;

β) Αντιβαίνει στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665 σε συνδυασμό εν πάση περιπτώσει με άλλες αρχές του κοινοτικού δικαίου μια απόφαση της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας, καθώς και της αρμόδιας για την άσκηση των εξουσιών του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας αρχής, η οποία απορρίπτει αίτηση του προσφέροντος με την οποία επιδιώκεται έμμεσα η επιδίκαση αποζημιώσεως, όταν η διαδικασία συνάψεως συμβάσεως πάσχει ήδη ουσιώδη πλημμέλεια λόγω άλλης και όχι της προσβαλλομένης από τον εν λόγω προσφέροντα αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, επειδή ο προσφέρων υπέστη ενδεχόμενη ζημία για άλλους λόγους επίσης ανεξαρτήτως της προσβαλλομένης αποφάσεως;

- 2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο ερώτημα 1α, απαγορεύουν οι διατάξεις της οδηγίας 93/36, ιδίως δε οι διατάξεις των άρθρων 15 έως 26 της οδηγίας αυτής, στην αναθέτουσα αρχή να λαμβάνει υπόψη, κατά τη διεξαγωγή της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, συστάσεις για τα προϊόντα που προσφέρουν οι προσφέροντες όχι στο πλαίσιο της εξετάσεως της καταλληλότητας των προσφερόντων αλλά να τις προβλέπει ως κριτήριο αναθέσεως, οπότε η αρνητική αξιολόγηση των συστάσεων αυτών να μην έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό του προσφέροντος από τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως, αλλά να καταλήγει απλώς στο ότι μια προσφορά αξιολογείται δυσμενέστερα στο πλαίσιο ενός συστήματος μορίων, στο οποίο, για παράδειγμα, μια κακή αξιολόγηση των συστάσεων μπορεί να αντισταθμιστεί με χαμηλότερη τιμή;
- 3) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στα ερωτήματα 1α και 2, συνάδει ένα κριτήριο αναθέσεως κατά το οποίο οι συστάσεις για τα προϊόντα αξιολογούνται υπό την έννοια ότι λαμβάνεται υπόψη μόνον ο αριθμός των συστάσεων και δεν ελέγχεται επί της ουσίας αν οι εμπειρίες που έχουν οι αναθέτουσες αρχές με το προϊόν ήσαν καλές ή κακές, επιπλέον δε λαμβάνονται υπόψη μόνον συστάσεις από την περιοχή των Άλπεων και της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, προς τις ασκούσες επιρροή διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, συμπεριλαμβανομένου του άρθρου 26 της οδηγίας 93/36, προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως καθώς και προς τις διεθνούς δικαίου υποχρεώσεις των Κοινοτήτων;
- 4) Συνάδει ένα κριτήριο αναθέσεως κατά το οποίο μπορεί να αξιολογηθεί θετικά μόνον η δυνατότητα ελέγχου του αντικειμένου της προκηρύξεως εντός ακτίνας 300 km από την έδρα της προκηρύσσουσας αρχής προς τις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, ιδίως δε προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως;
- 5) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 2 ή αρνητικής απαντήσεως στα ερωτήματα 3 ή 4, έχει το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665, σε συνδυασμό εν πάση περιπτώσει με άλλες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, την έννοια ότι, όταν η παράβαση που διέπραξε η αναθέτουσα

αρχή έγκνεται στη θέσπιση ενός παρανόμου κριτηρίου αναθέσεως, ο προσφέρων έχει αξίωση αποζημιώσεως μόνον όταν μπορεί να αποδειχθεί συγκεκριμένα ότι χωρίς το παράνομο κριτήριο αναθέσεως ο προσφέρων θα είχε υποβάλει την καλύτερη προσφορά;»

- 23 Το αιτούν δικαστήριο ζήτησε επίσης από το Δικαστήριο να εκδικάσει την προδικαστική υπόθεση κατά την ταχεία διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 104α του Κανονισμού Διαδικασίας, προβάλλοντας ότι, αφενός, το πρώτο ερώτημα ανακύπτει περίπου στο ήμισυ των διαδικασιών προσφυγών που ασκούνται ενώπιόν του και, αφετέρου, το Verfassungsgerichtshof [συνταγματικό δικαστήριο] ακύρωσε ήδη πολλές αποφάσεις του Bundesvergabeamt με το αιτιολογικό, ακριβώς, ότι αυτό έλαβε αυτεπαγγέλτως υπόψη παράνομες πηγές των επίμαχων διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων.
- 24 Με απόφαση της 13ης Σεπτεμβρίου 2001, το αίτημα αυτό απορρίφθηκε ωστόσο από τον Πρόεδρο του Δικαστηρίου, κατόπιν προτάσεως του εισηγητή δικαστή, αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα, με το αιτιολογικό ότι οι περιστάσεις τις οποίες επικαλείται το αιτούν δικαστήριο δεν απεδείκνυαν το εξαιρετικώς επείγον προς έκδοση αποφάσεως επί των υποβληθέντων προδικαστικών ερωτημάτων.

Επί της αρμοδιότητας του Δικαστηρίου

- 25 Στηριζόμενη στην απόφαση περί παραπομπής του Bundesvergabeamt, της 11ης Ιουλίου 2001, εκδοθείσα στο πλαίσιο άλλης υποθέσεως συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, που πρωτοκολλήθηκε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου υπό τον αριθμό C-314/01 και που επί του παρόντος εκκρεμεί ενώπιόν του, η Επιτροπή εκφράζει αμφιβολίες ως προς τον δικαιοδοτικό χαρακτήρα της αιτούσας αρχής, επειδή αυτή αναγνώρισε, με την εν λόγω απόφαση, ότι οι αποφάσεις της «δεν περιλαμβάνουν διαταγές στην αναθέτουσα αρχή, που μπορούν να τύχουν αναγκαστικής εκτελέσεως». Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, η Επιτροπή διερωτάται ως προς το παραδεκτό των ερωτημάτων που υπέβαλε το Bundesvergabeamt στην παρούσα υπόθεση ενόψει

της νομολογίας του Δικαστηρίου, και ειδικότερα των αποφάσεων της 12ης Νοεμβρίου 1998, C-134/97, Victoria Film (Συλλογή 1998, σ. I-7023, σκέψη 14), και της 14ης Ιουνίου 2001, C-178/99, Salzmann (Συλλογή 2001, σ. I-4421, σκέψη 14), κατά τις οποίες τα εθνικά δικαστήρια μπορούν να υποβάλλουν προδικαστικά ερωτήματα στο Δικαστήριο μόνον εφόσον εκκρεμεί ενώπιόν τους διαφορά και εφόσον καλούνται να αποφανθούν στο πλαίσιο διαδικασίας που πρόκειται να καταλήξει στην έκδοση αποφάσεως δικαιοδοτικού χαρακτήρα.

- 26 Συναφώς, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, αφενός, μετά την ανάθεση της συμβάσεως, το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο, δυνάμει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BVergG, να διαπιστώνει ότι, λόγω παραβάσεως της ασκούσας επιρροή εθνικής κανονιστικής ρυθμίσεως, η σύμβαση δεν ανατέθηκε στον υποβαλόντα τη χαμηλότερη προσφορά.
- 27 Αφετέρου, από την ίδια τη φρασεολογία του άρθρου 125, παράγραφος 2, του BVergG προκύπτει ότι η διαπίστωση του Bundesvergabeamt βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του ίδιου νόμου όχι μόνον συνιστά προϋπόθεση παραδεκτού κάθε αγωγής αποζημιώσεως που ασκείται ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων για υπαίτια παράβαση της εν λόγω κανονιστικής ρυθμίσεως, αλλά, επιπροσθέτως, δεσμεύει τόσο τους διαδίκους ενώπιον του Bundesvergabeamt όσο και το επιληφθέν πολιτικό δικαστήριο.
- 28 Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, ούτε ο δεσμευτικός χαρακτήρας μιας αποφάσεως που εκδίδει το Bundesvergabeamt βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BVergG ούτε, επομένως, ο δικαιοδοτικός χαρακτήρας αυτής δεν μπορούν να αμφισβητηθούν λυσιτελώς.
- 29 Επομένως, το Δικαστήριο είναι εν προκειμένω αρμόδιο να απαντήσει στα ερωτήματα που υπέβαλε το Bundesvergabeamt.

Επί του παραδεκτού των προδικαστικών ερωτημάτων

- 30 Η Αυστριακή Κυβέρνηση προβάλλει ότι το πρώτο ερώτημα, στοιχείο α', και το πέμπτο ερώτημα δεν είναι παραδεκτά, στον βαθμό που τέθηκαν στο πλαίσιο διαδικασίας η οποία κινήθηκε βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BVergG, που δεν αποτελεί διαδικασία προσφυγής κατά την έννοια της οδηγίας 89/665, αλλά απλή διαδικασία διαπιστώσεως.
- 31 Η Αυστριακή Κυβέρνηση προβάλλει συναφώς ότι ο αυστριακός νομοθέτης χρησιμοποίησε την ευχέρεια που του προσφέρει το άρθρο 2, παράγραφος 6, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665, προβλέποντας ότι, μετά τη σύναψη της συμβάσεως που ακολουθεί την ανάθεση, οι εξουσίες της αρχής που έχει την ευθύνη των διαδικασιών προσφυγής περιορίζονται στη χορήγηση αποζημιώσεως σε κάθε πρόσωπο το οποίο ζημιώθηκε λόγω παραβάσεως. Όμως, στην αυστριακή έννομη τάξη, η εξουσία επιδίκασεως τέτοιων αποζημιώσεων, που το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη να προβλέπουν, δεν απονέμεται στο Bundesvergabeamt, αλλά, όπως προκύπτει από τα άρθρα 122 και 125 του BVergG, στα πολιτικά δικαστήρια.
- 32 Η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονεί ότι υπό τις προϋποθέσεις αυτές, η απάντηση στο πρώτο ερώτημα, στοιχείο α', και στο πέμπτο ερώτημα δεν είναι αναγκαία για την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης.
- 33 Συναφώς, επιβάλλεται να υπογραμμιστεί ότι, αφενός, η κατανομή της εξουσίας που προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665 μεταξύ πολλών αρμοδίων αρχών δεν αντιβαίνει προς τις διατάξεις της οδηγίας αυτής, αφού το άρθρο 2, παράγραφος 2, αυτής επιτρέπει ρητά στα κράτη μέλη να παρέχουν τις εξουσίες που προβλέπει η παράγραφος 1 της διατάξεως αυτής σε διακριτές αρχές αρμόδιες για διαφορετικές πτυχές των διαδικασιών προσφυγής.

- 34 Αφετέρου, επιβάλλεται η υπόμνηση ότι, μολονότι, μετά την ανάθεση της συμβάσεως, το Bundesvergabeamt δεν είναι αρμόδιο να χορηγεί αποζημίωση στα πρόσωπα τα οποία ζημιώθηκαν λόγω παραβάσεως του κοινοτικού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών διατάξεων μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο, αλλά αποκλειστικά να διαπιστώνει ότι, λόγω μιας τέτοιας παραβάσεως, η σύμβαση δεν ανατέθηκε στην καλύτερη προσφορά, μια τέτοια διαπίστωση, όπως προκύπτει από τη σκέψη 27 της παρούσας αποφάσεως, όχι μόνον συνιστά προϋπόθεση παραδεκτού κάθε αγωγής αποζημιώσεως που ασκείται ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, αλλά, επιπροσθέτως, δεσμεύει τόσο τους διαδίκους ενώπιον του Bundesvergabeamt όπως και το πολιτικό δικαστήριο που επιλαμβάνεται της υποθέσεως.
- 35 Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, πρέπει να συναχθεί ότι, ακόμα και όταν επιλαμβάνεται βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του BVergG, το Bundesvergabeamt ενεργεί στο πλαίσιο της διαδικασίας προσφυγής που προβλέπει η οδηγία 89/665 και, όπως προκύπτει ήδη από τη σκέψη 28 της παρούσας αποφάσεως, καλείται να εκδώσει απόφαση δεσμευτικού χαρακτήρα.
- 36 Εξάλλου, όπως επιβεβαιώνει το άρθρο 117, παράγραφος 3, του BVergG, στο πλαίσιο διαδικασίας που κινήθηκε βάσει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του ίδιου νόμου, το Bundesvergabeamt είναι αρμόδιο να εξακριβώνει την ύπαρξη της προβαλλόμενης παρανομίας. Όμως, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι, κατά την άσκηση αυτής της αρμοδιότητας, μπορεί να κρίνει αναγκαίο να υποβάλει προδικαστικά ερωτήματα στο Δικαστήριο.
- 37 Εφόσον τέτοια ερωτήματα, τα οποία κρίνονται αναγκαία από το Bundesvergabeamt προκειμένου να του επιτρέψουν να εξακριβώσει την ύπαρξη παρανομίας, αφορούν την ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου, δεν είναι δυνατό να κριθούν απαράδεκτα (βλ., υπό το ίδιο πνεύμα, μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 13ης Μαρτίου 2001, C-379/98, PreussenElektra, Συλλογή 2001, σ. I-2099, σκέψη 38, και της 10ης Δεκεμβρίου 2002, C-153/00, Der Weduwe, Συλλογή 2002, σ. I-11319, σκέψη 31).

- 38 Αντιθέτως, το Bundesvergabeamt το οποίο δεν έχει άμεση αρμοδιότητα να επιδικάζει αποζημιώσεις στα πρόσωπα τα οποία ζημώνονται λόγω παρανομίας, δεν μπορεί να υποβάλει παραδεκτώς στο Δικαστήριο προδικαστικά ερωτήματα τα οποία αφορούν την ίδια τη χορήγηση ή τις προϋποθέσεις χορηγήσεως αποζημιώσεως.
- 39 Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι όλα τα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε εν προκειμένω το Bundesvergabeamt είναι παραδεκτά, με εξαίρεση το πέμπτο, το οποίο ακριβώς αποβλέπει στο να εξακριβώσει υπό ποιες προϋποθέσεις ο υποβαλόν προσφορά, ο οποίος διατείνεται ότι ζημώθηκε με τη θέσπιση ενός παράνομου κριτηρίου αναθέσεως, δικαιούται αποζημιώσεως.

Επί του πρώτου ερωτήματος, στοιχεία α' και β'

- 40 Το Bundesvergabeamt εκθέτει, με τη διάταξή του περί παραπομπής, ότι από τα άρθρα 113, παράγραφος 3, και 115, παράγραφος 1, του BVergG προκύπτει ότι, σε διαδικασία προσφυγής που κινήθηκε μετά την ανάθεση της συμβάσεως, αυτό οφείλει να εξακριβώσει τη νομιμότητα της προσβαλλόμενης αποφάσεως περί αναθέσεως, δεν μπορεί όμως να δεχθεί την προσφυγή παρά μόνον αν η προσβαλλόμενη παράνομη απόφαση είχε ακριβώς ως συνέπεια ότι η σύμβαση δεν ανατέθηκε στον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά υπό την έννοια του εν λόγω νόμου. Κατά συνέπεια, όταν η διαδικασία συνάψεως συμβάσεως πάσχει ήδη από βασική παρανομία λόγω άλλης ενδεχομένως προγενέστερης αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, η οποία έχει ως συνέπεια ότι ο ενδεχόμενος υπερθεματιστής δεν είναι σε καμία περίπτωση ο υποβαλόν την καλύτερη προσφορά υπό την έννοια του νόμου και η εν λόγω διαφορετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν προσβλήθηκε επίσης από τον προσφεύγοντα στα πλαίσια της διαδικασίας προσφυγής, είναι αδύνατο για το Bundesvergabeamt να δεχθεί την προσφυγή. Σε μια τέτοια περίπτωση, ο προσφεύγων δεν «ζημώθηκε» από την προσβαλλόμενη παράβαση, κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 89/665, διότι η ζημία που προκλήθηκε, υπό τη μορφή των δαπανών οι οποίες ανελήφθησαν ασκόπως, είχε ως αιτία άλλη παράβαση της αναθέτουσας αρχής.

- 41 Το Bundesvergabeamt υπενθυμίζει εξάλλου ότι, βάσει του άρθρου 39, παράγραφος 2, του AVG, οφείλει να προσδιορίσει αυτεπαγγέλτως τα ασκούντα επιρροή πραγματικά περιστατικά και, επομένως, να εξετάσει αυτεπαγγέλτως αν, στην κύρια υπόθεση, άλλα κριτήρια αναθέσεως εκτός του κριτηρίου της «δυνατότητα επιτόπιου ελέγχου», που αμφισβητεί η προσφεύγουσα, είναι νόμιμα. Παρατηρεί επίσης ότι, σύμφωνα με την απόφαση του Verfassungsgerichtshof (Αυστρία) της 8ης Μαρτίου 2001 (B 707/00), το ζήτημα της εφαρμογής συγκεκριμένων διαδικαστικών διατάξεων σχετικών με την αρχή του ανακριτικού συστήματος — το οποίο επιτρέπει στην αρμόδια για τις διαδικασίες προσφυγής αρχή να λαμβάνει υπόψη περιστάσεις που ασκούν επιρροή από την άποψη του δικαίου της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεων ανεξαρτήτως των ισχυρισμών των διαδίκων — μπορεί να εγείρει, αν ληφθεί υπόψη η κατ' αντιμωλία διαδικασία προσφυγής που προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφος 8, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665, ορισμένα ζητήματα κοινοτικού δικαίου που καθιστούν υποχρεωτική την προδικαστική παραπομπή στο Δικαστήριο, δυνάμει του άρθρου 234, τρίτο εδάφιο, ΕΚ.
- 42 Το Bundesvergabeamt εξηγεί ότι αυτή η νομολογία του Verfassungsgerichtshof το παρακίνησε να υποβάλει το πρώτο ερώτημα, στοιχεία α' και β', έστω και αν το ίδιο δεν παραγνωρίζει ούτε την αναγκαιότητα η διαδικασία να διεξάγεται κατ' αντιμωλία — η οποία προκύπτει όχι από το άρθρο 2, παράγραφος 8, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665, που δεν έχει εφαρμογή στις «ανεξάρτητες αρχές» που επιλαμβάνονται κατ' έφεση, αλλά από τις επιταγές που επιβάλλονται σε ένα δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ — δεν έρχεται σε αντίθεση προς την αρχή του ανακριτικού συστήματος που έχει εφαρμογή στις διοικητικές διαδικασίες, ούτε ότι το Δικαστήριο εμμέσως αναγνώρισε ήδη ότι το Bundesvergabeamt διεξάγει κατ' αντιμωλία διαδικασία, στο μέτρο που του έχει αναγνωρίσει το δικαίωμα να υποβάλει αίτηση προς έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.
- 43 Από τα προεκτεθέντα, καθώς και από το κανονιστικό πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται προκύπτει ότι, με το πρώτο του ερώτημα, στοιχεία α' και β', το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, αν η οδηγία 89/665 εμποδίζει, αφενός, όπως, στο πλαίσιο μέσου ένδικης προστασίας που ασκήθηκε από υποβαλόντα προσφορά προκειμένου να διαπιστωθεί, με σκοπό να του καταβληθεί μεταγενέστερα αποζημίωση, η παρανομία της αποφάσεως περί αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, η αρμόδια αρχή της διαδικασίας προσφυγής εγείρει αυτεπαγγέλτως το παράνομο άλλης αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής, πλην της προσβαλλόμενης από τον υποβαλόντα προσφορά και,

αφετέρου, η εν λόγω αρχή απορρίπτει το αίτημά του με το αιτιολογικό ότι, λόγω της εγεργθείσας αυτεπαγγέλτως παρανομίας, η διαδικασία διαγωνισμού ήταν οπωσδήποτε παράτυπη και η ενδεχόμενη ζημία του προσφέροντος θα είχε έτσι προκληθεί ακόμα και χωρίς την παρανομία που αυτός προβάλλει.

- 44 Συναφώς, επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι η οδηγία 89/665, όπως προκύπτει από την πρώτη και τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της, αποβλέπει στην ενίσχυση, τόσο σε εθνικό όσο και σε κοινοτικό επίπεδο, των μηχανισμών που στόχο έχουν να εξασφαλίζουν την αποτελεσματική εφαρμογή των σχετικών με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων οδηγιών, ιδίως σε στάδιο στο οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη διόρθωση. Προς τούτο, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ., μεταξύ άλλων, προπαρατεθείσα απόφαση Alcatel Austria κ.λπ., σκέψεις 33 και 34, και απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ., Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 74).
- 45 Πάντως, η οδηγία 89/665 προσδιορίζει τις ελάχιστες προϋποθέσεις στις οποίες πρέπει να ανταποκρίνονται οι διαδικασίες προσφυγής που προβλέπουν οι εθνικές έννομες τάξεις, προκειμένου να διασφαλιστεί η τήρηση των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 27ης Φεβρουαρίου 2003, C-327/00, Santex, Συλλογή 2002, σ. I-1877, σκέψη 47).
- 46 Ελλείψει ειδικής διατάξεως στον τομέα αυτόν, εναπόκειται επομένως στην εσωτερική έννομη τάξη κράτους μέλους να προσδιορίσει αν, και υπό ποιες προϋποθέσεις, η αρμόδια αρχή για τις εν λόγω διαδικασίες προσφυγής μπορεί να εγείρει αυτεπαγγέλτως τις παρανομίες οι οποίες δεν προβλήθηκαν από τους διαδίκους στη διαφορά που ήχθη ενώπιον της αρχής αυτής.

- 47 Ούτε ο σκοπός της οδηγίας 89/665 ούτε η ανάγκη να διεξαχθεί κατ' αντιμωλία συζήτηση στις διαδικασίες προσφυγής που προβλέπει η οδηγία αυτή εμποδίζουν τα κράτη μέλη να θεσπίσουν στην εσωτερική τους έννομη τάξη μια τέτοια δυνατότητα.
- 48 Πράγματι, αφενός, δεν μπορεί να αντιβαίνει προς τον σκοπό της οδηγίας αυτής, ο οποίος συνίσταται στο να διασφαλίζει την τήρηση των επιταγών του κοινοτικού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων με αποτελεσματικά και γρήγορα μέσα έννομης προστασίας, το ότι η αρμόδια αρχή για τις διαδικασίες προσφυγής εγείρει αυτεπαγγέλτως τις παρανομίες που επηρεάζουν μια διαδικασία κατακυρώσεως, χωρίς να αναμένει να πράξει τούτο ένας από τους διαδίκους.
- 49 Αφετέρου, η ανάγκη οι διαδικασίες προσφυγής να διεξάγονται κατ' αντιμωλία δεν μπορεί να αποκλείσει το ότι η αρμόδια αρχή για μια τέτοια διαδικασία μπορεί να εγείρει αυτεπαγγέλτως μια παρανομία που αυτή πρώτη διαπιστώνει, αλλά συνεπάγεται απλώς ότι, προτού εκδώσει την απόφασή της, η αρχή αυτή οφείλει να σεβαστεί το δικαίωμα των διαδίκων να διατυπώσουν την άποψή τους ως προς την εγερθείσα αυτεπαγγέλτως παρανομία.
- 50 Επομένως, η οδηγία 89/665 δεν εμποδίζει όπως, στο πλαίσιο μέσου ένδικης προστασίας που ασκήθηκε από υποβαλόντα προσφορά προκειμένου να διαπιστωθεί, με σκοπό να του καταβληθεί μεταγενέστερα αποζημίωση, η παρανομία της αποφάσεως περί αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, η αρμόδια αρχή της διαδικασίας προσφυγής εγείρει αυτεπαγγέλτως το παράνομο άλλης αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πλην της προσβαλλόμενης από τον υποβαλόντα προσφορά.
- 51 Πάντως, από τα προηγούμενα δεν προκύπτει ωστόσο ότι η εν λόγω αρχή μπορεί να απορρίψει το αίτημα του υποβαλόντος προσφορά με το αιτιολογικό ότι, λόγω της εγερθείσας αυτεπαγγέλτως παρανομίας, η διαδικασία διαγωνισμού ήταν οπωσδήποτε παράτυπη και η ενδεχόμενη ζημία του προσφέροντος θα είχε έτσι προκληθεί ακόμα και χωρίς την παρανομία που αυτός προβάλλει.

- 52 Πράγματι, αφενός, όπως προκύπτει από τη νομολογία του Δικαστηρίου, το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 ισχύει για όλες τις λαμβανόμενες από αναθέτουσες αρχές αποφάσεις που διέπονται από τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, ΗΙ, Συλλογή 2002, σ. I-5553, σκέψη 37, και της 23ης Ιανουαρίου 2003, C-57/01, Μακεδονικό Μετρό και Μηχανική, Συλλογή 2003, σ. I-1091, σκέψη 68) και δεν προβλέπει κανένα περιορισμό όσον αφορά τη φύση και το περιεχόμενο των εν λόγω αποφάσεων (βλ., μεταξύ άλλων, προπαρατεθείσες αποφάσεις Alcatel Austria κ.λπ., σκέψη 35, και ΗΙ, σκέψη 49).
- 53 Αφετέρου, μεταξύ των διαδικασιών προσφυγής που η οδηγία 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη να θεσπίσουν προκειμένου να διασφαλίζουν ότι οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο αποτελεσματικών και όσο το δυνατό ταχύτερων προσφυγών, περιλαμβάνεται ρητά, στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', αυτής, εκείνη που επιτρέπει την επιδίκαση αποζημιώσεως στα ζημωθέντα λόγω παραβάσεως πρόσωπα.
- 54 Επομένως, ο υποψήφιος ο οποίος ζημώθηκε λόγω της απόφασεως περί αναθέσεως της δημοσίας συμβάσεως, της οποίας αμφισβητεί τη νομιμότητα, δεν μπορεί να στερηθεί του δικαιώματος να ζητήσει αποζημίωση λόγω της προκληθείσας ζημίας από την απόφαση αυτή με το αιτιολογικό ότι η διαδικασία κατακυρώσεως ήταν εν πάση περιπτώσει παράτυπη λόγω της παρανομίας, που προβλήθηκε αυτεπαγγέλτως, άλλης απόφασεως, ενδεχομένως προγενέστερης, της αναθέτουσας αρχής.
- 55 Το συμπέρασμα αυτό επιβάλλεται κατά μείζονα λόγο στην περίπτωση κατά την οποία το κράτος μέλος κάνει χρήση της ευχέρειας, που του επιφυλάσσει το άρθρο 2, παράγραφος 6, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665, να περιορίσει, μετά τη σύναψη της συμβάσεως που ακολουθεί την ανάθεση της δημοσίας συμβάσεως, τις εξουσίες της αρμόδιας για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής στη χορήγηση αποζημιώσεως. Σε μια τέτοια περίπτωση, πράγματι, η προβαλλόμενη από τον υποψήφιο παρανομία δεν μπορεί να πλήττεται από καμιά από τις κυρώσεις που προβλέπει η οδηγία 89/665.

- 56 Εν όψει όλων των προεκτεθέντων, πρέπει στο πρώτο ερώτημα να δοθεί η απάντηση ότι η οδηγία 89/665 δεν εμποδίζει όπως, στο πλαίσιο μέσου ένδικης προστασίας που ασκήθηκε από υποβαλόντα προσφορά προκειμένου να διαπιστωθεί, με σκοπό να του καταβληθεί μεταγενέστερα αποζημίωση, η παρανομία της αποφάσεως περί αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, η αρμόδια αρχή της διαδικασίας πρόσφυγής εγείρει αυτεπαγγέλτως το παράνομο άλλης αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πλην της προσβαλλόμενης από τον υποβαλόντα προσφορά. Αντιθέτως, η οδηγία αυτή εμποδίζει όπως η εν λόγω αρχή απορρίπτει το αίτημα του υποβαλόντος προσφορά με το αιτιολογικό ότι, λόγω της εγεργθείσας αυτεπαγγέλτως παρανομίας, η διαδικασία διαγωνισμού ήταν οπωσδήποτε παράτυπη και η ενδεχόμενη ζημία του προσφέροντος θα είχε έτσι προκληθεί ακόμα και χωρίς την παρανομία που αυτός προβάλλει.

Επί του δευτέρου ερωτήματος

- 57 Από τη σκέψη 18 της παρούσας αποφάσεως καθώς και από την ίδια τη διατύπωση του τρίτου ερωτήματος προκύπτει ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, η πρόσκληση προς υποβολή προσφορών επέβαλλε ότι, προκειμένου να αποτιμήσει τις προσφορές για τον προσδιορισμό της συμφερότερης οικονομικά προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να λάβει υπόψη τον αριθμό των συστάσεων σχετικά με τα προϊόντα που προσφέρουν οι υποψήφιοι σε άλλους πελάτες, χωρίς να εξετάσει αν η πείρα αυτών των τελευταίων με τα αποκτηθέντα προϊόντα ήταν καλή ή κακή.
- 58 Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, επιβάλλεται το δεύτερο ερώτημα να νηθεί ως αποβλέπον στο αν η οδηγία 93/36 εμποδίζει όπως, στο πλαίσιο διαδικασίας αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως προμηθειών, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει υπόψη τον αριθμό των συστάσεων σχετικά με τα προϊόντα που οι υποψήφιοι προσφέρουν σε άλλους πελάτες όχι ως κριτήριο εξακριβώσεως της ικανότητας αυτών να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση, αλλά ως κριτήριο αναθέσεως της εν λόγω συμβάσεως.

- 59 Συναφώς, επιβάλλεται να παρατηρηθεί ότι, στο σύστημα της οδηγίας 93/36, ο έλεγχος της καταλληλότητας των προμηθευτών να παραδίδουν τα προϊόντα που αποτελούν το αντικείμενο της προς ανάθεση συμβάσεως και η ανάθεση της συμβάσεως αποτελούν δύο διαφορετικές διαδικασίες στο πλαίσιο της σύναψης δημοσίας συμβάσεως. Πράγματι το άρθρο 15, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/36 προβλέπει ότι η ανάθεση της συμβάσεως γίνεται αφού ελεγχθεί η καταλληλότητα των προμηθευτών (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, σχετικά με τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87, Beentjes, Συλλογή 1988, σ. 4635, σκέψη 15).
- 60 Ακόμη κι αν η οδηγία 93/36, η οποία, σύμφωνα με την πέμπτη και έκτη αιτιολογική της σκέψη, επιδιώκει τον συντονισμό των εθνικών διαδικασιών ως προς τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, αφήνοντας όμως άθικτες κατά το δυνατόν τις διαδικασίες και τη διοικητική πρακτική που ισχύουν σε κάθε κράτος μέλος, δεν αποκλείει την ταυτόχρονη πραγματοποίηση του ελέγχου της καταλληλότητας των προσφερόντων και της αναθέσεως της συμβάσεως, οι δύο διαδικασίες διέπονται από διαφορετικούς κανόνες (βλ., υπό την έννοια αυτή, προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 16).
- 61 Το άρθρο 15, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/36 προβλέπει ότι ο έλεγχος της καταλληλότητας των προσφερόντων γίνεται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα κριτήρια οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας που αναφέρονται στα άρθρα 22, 23 και 24 της ίδιας οδηγίας. Σκοπός των άρθρων αυτών δεν είναι να οριοθετηθεί η αρμοδιότητα των κρατών μελών για τον καθορισμό του επιπέδου οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας που απαιτείται για τη συμμετοχή στους διάφορους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αλλά να καθορισθούν τα δικαιολογητικά ή τα αποδεικτικά στοιχεία που μπορούν να προσκομιστούν για να αποδειχθεί η χρηματοδοτική, οικονομική και τεχνική ικανότητα των προμηθευτών (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 17).
- 62 Όσον αφορά τα κριτήρια που μπορούν να γίνουν δεκτά ως κριτήρια αναθέσεως της δημοσίας συμβάσεως προμηθειών, το άρθρο 26, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/36 προβλέπει ότι οι αναθέτουσες αρχές στηρίζονται είτε αποκλειστικά στη χαμηλότερη τιμή είτε, όταν η ανάθεση γίνεται βάσει της προσφοράς που είναι η πιο συμφέρουσα

οικονομικά, σε διάφορα κριτήρια, που ποικίλλουν ανάλογα με την εν λόγω σύμβαση, για παράδειγμα η τιμή, η προθεσμία παραδόσεως, το κόστος λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η ποιότητα, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, τα τεχνικά πλεονεκτήματα, η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική βοήθεια.

- 63 Όπως προκύπτει σαφώς από τη διατύπωση της διατάξεως αυτής και, ειδικότερα, τη χρήση της φράσεως «για παράδειγμα» τα κριτήρια τα οποία μπορούν να γίνουν δεκτά ως κριτήρια αναθέσεως μιας δημοσίας συμβάσεως στον υποβαλόντα την πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά, δεν απαριθμούνται περιοριστικά (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, σχετικά με τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, SIAC Construction, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψη 35 και, σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψη 54).
- 64 Πάντως, μπορεί μεν το άρθρο 26, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/36 να αφήνει στην αναθέτουσα αρχή την επιλογή των κριτηρίων αναθέσεως της συμβάσεως που προτίθεται να εφαρμόσει, η επιλογή όμως αυτή δεν μπορεί να αναφέρεται παρά μόνο στα κριτήρια που αφορούν την εξακρίβωση της προσφοράς που είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομικά (βλ., κατά το πνεύμα αυτό, προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes, σκέψη 19, SIAC Construction, σκέψη 36, και Concordia Bus Finland, σκέψη 59).
- 65 Επιβάλλεται όμως η διαπίστωση ότι η υποβολή ενός καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων που πραγματοποιήθηκαν κατά τα τελευταία τρία έτη, που αναφέρει το ποσό, την ημερομηνία και τον δημόσιο ή ιδιωτικό αποδέκτη, περιλαμβάνεται ρητά μεταξύ των αποδεικτικών αναφορών ή αποδεικτικών στοιχείων που, βάσει του άρθρου 23, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 93/36, μπορούν να απαιτούνται για να δικαιολογήσουν την τεχνική ικανότητα των προμηθευτών.
- 66 Εξάλλου, ένας απλός κατάλογος αναφορών, όπως ο απαιτούμενος από την επίδικη στην κύρια δίκη πρόσκληση υποβολής προσφορών, η οποία περιλαμβάνει αποκλειστικά την ταυτότητα και τον αριθμό των προγενέστερων πελατών των υποψη-

φίων, δεν περιλαμβάνει όμως άλλες διευκρινίσεις σχετικά με τις πραγματοποιηθείσες στους πελάτες αυτούς παραδόσεις, δεν παρέχει καμιά ένδειξη που να επιτρέπει να εξακριβωθεί η πλέον συμφέρουσα οικονομικώς προσφορά, κατά την έννοια του άρθρου 26, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/36, και, επομένως, δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να αποτελέσει κριτήριο αναθέσεως κατά την έννοια της διάταξης αυτής.

- 67 Εν όψει των προεκτεθέντων, στο δεύτερο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η οδηγία 93/36 εμποδίζει όπως, στο πλαίσιο διαδικασίας αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως προμηθειών, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει υπόψη τον αριθμό των συστάσεων σχετικά με τα προϊόντα που οι υποψήφιοι προσφέρουν σε άλλους πελάτες όπως κριτήριο εξακριβώσεως της ικανότητας αυτών να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση, αλλά ως κριτήριο αναθέσεως της εν λόγω συμβάσεως.

Επί του τρίτου ερωτήματος

- 68 Στο τρίτο ερώτημα δεν χρειάζεται να δοθεί απάντηση, δεδομένου ότι υποβλήθηκε μόνο για την περίπτωση κατά την οποία θα δινόταν καταφατική απάντηση στο δεύτερο.

Επί του τετάρτου ερωτήματος

- 69 Με το τέταρτο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, αν το κοινοτικό δίκαιο, ειδικότερα, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, εμποδίζει όπως ένα κριτήριο αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως προμηθειών βάσει του οποίου η θετική αξιολόγηση της προσφοράς των υποψηφίων είναι δυνατή μόνον αν το προϊόν το οποίο αποτελεί αντικείμενο της εν λόγω προσφοράς μπορεί να ελεγχθεί από την αναθέτουσα αρχή εντός ακτίνας 300 km από τον τόπο εγκαταστάσεως της τελευταίας.

- 70 Για να δοθεί απάντηση στο ερώτημα αυτό, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι ένα τέτοιο κριτήριο δεν μπορεί να αποτελέσει κριτήριο αναθέσεως της συμβάσεως.
- 71 Πράγματι, αφενός, από το άρθρο 23, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας 93/36 προκύπτει ότι, στο πλαίσιο δημοσίας συμβάσεως προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτήσουν την υποβολή δειγμάτων, περιγραφών και/ή φωτογραφιών των προς προμήθεια προϊόντων ως αποδεικτικών αναφορών ή αποδεικτικών στοιχείων της τεχνικής ικανότητας των προμηθευτών προς εκτέλεση της οικείας συμβάσεως.
- 72 Αφετέρου, ένα τέτοιο κριτήριο όπως αυτό που αποτελεί αντικείμενο του τετάρτου ερωτήματος δεν είναι ικανό να επιτρέψει την εξακρίβωση της πλέον συμφέρουσας οικονομικώς προσφοράς, κατά την έννοια του άρθρου 26, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 93/36, και, επομένως, δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να αποτελέσει κριτήριο αναθέσεως κατά την έννοια της διατάξεως αυτής.
- 73 Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, δεν χρειάζεται να εξεταστεί αν το κριτήριο αυτό είναι επίσης αντίθετο προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, η οποία, όπως επανειλημμένως έκρινε το Δικαστήριο, αποτελεί τη βάση των οδηγιών σχετικά με τις διαδικασίες συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων (βλ., μεταξύ άλλων, προπαρατεθείσες αποφάσεις HI, σκέψη 45, και Univerale-Bau κ.λπ., σκέψη 91).
- 74 Εν όψει των προεκτεθέντων, επιβάλλεται στο τέταρτο ερώτημα να δοθεί η απάντηση ότι η οδηγία 93/36 εμποδίζει όπως, στο πλαίσιο δημοσίας συμβάσεως προμηθειών, η απαίτηση όπως τα προϊόντα τα οποία αποτελούν αντικείμενο των προσφορών μπορούν να ελεγχθούν από την αναθέτουσα αρχή εντός ακτίνας 300 χιλιομέτρων από τον τόπο εγκαταστάσεως της τελευταίας χρησιμοποιείται ως κριτήριο αναθέσεως της εν λόγω συμβάσεως.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 75 Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Επιτροπή, που υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, δεν αποδίδονται. Δεδομένου ότι η διαδικασία έχει, ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης, τον χαρακτήρα παρεμπιπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (έκτο τμήμα),

κρίνοντας επί των ερωτημάτων που του υπέβαλε με διάταξη της 11ης Ιουλίου 2001 το Bundesvergabeamt, αποφαινεται:

- 1) Η οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών [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, δεν εμποδίζει όπως, στο πλαίσιο μέσου ένδικης προστασίας που ασκήθηκε από υποβαλόντα προσφορά προκειμένου να διαπιστωθεί, με σκοπό να του καταβληθεί μεταγενέστερα αποζημίωση, η παρανομία της αποφάσεως περί αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, η αρμόδια αρχή της διαδικασίας προ-

σφυγής εγείρει αυτεπαγγέλτως το παράνομο άλλης αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πλην της προσβαλλόμενης από τον υποβαλόντα προσφορά. Αντιθέτως, η οδηγία αυτή εμποδίζει όπως η εν λόγω αρχή απορρίπτει το αίτημά του με το αιτιολογικό ότι, λόγω της εγερθείσας αυτεπαγγέλτως παρανομίας, η διαδικασία διαγωνισμού ήταν οπωσδήποτε παράτυπη και η ενδεχόμενη ζημία του προσφέροντος θα είχε έτσι προκληθεί ακόμα και χωρίς την παρανομία που αυτός προβάλλει.

- 2) Η οδηγία 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, εμποδίζει όπως, στο πλαίσιο διαδικασίας αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως προμηθειών, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει υπόψη τον αριθμό των συστάσεων σχετικά με τα προϊόντα που οι υποψήφιοι προσφέρουν σε άλλους πελάτες όχι ως κριτήριο εξακριβώσεως της ικανότητας αυτών να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση, αλλά ως κριτήριο αναθέσεως της εν λόγω συμβάσεως.
- 3) Η οδηγία 93/36 εμποδίζει όπως, στο πλαίσιο δημοσίας συμβάσεως προμηθειών, η απαίτηση όπως τα προϊόντα τα οποία αποτελούν αντικείμενο των προσφορών μπορούν να ελεγχθούν από την αναθέτουσα αρχή εντός ακτίνας 300 km από τον τόπο εγκαταστάσεως της τελευταίας χρησιμοποιείται ως κριτήριο αναθέσεως της εν λόγω συμβάσεως.

Puissochet

Schintgen

Σκουρής

Macken

Cunha Rodrigues

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 19 Ιουνίου 2003.

Ο Γραμματέας

Ο Πρόεδρος του έκτου τμήματος

R. Grass

J.-P. Puissochet