



Συλλογή της Νομολογίας

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τέταρτο τμήμα)

της 5ης Απριλίου 2017*

«Προδικαστική παραπομπή — Δημόσιες συμβάσεις — Διαδικασίες προσφυγών — Οδηγία 89/665/ΕΟΚ — Άρθρο 1, παράγραφος 1 — Άρθρο 2, παράγραφος 1 — Απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία επιτρέπεται σε οικονομικό φορέα να υποβάλει προσφορά — Απόφαση μη υποκείμενη σε προσφυγή σύμφωνα με την ισχύουσα εθνική νομοθεσία»

Στην υπόθεση C-391/15,

με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, που υπέβαλε το Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (ανώτερο δικαστήριο της Ανδαλουσίας, Ισπανία) με απόφαση της 9ης Ιουλίου 2015, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 20 Ιουλίου 2015, στο πλαίσιο της δίκης

Marina del Mediterráneo SL κ.λπ.

κατά

Agencia Pública de Puertos de Andalucía,

παρισταμένων των:

Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía,

Nassir Bin Abdullah and Sons SL,

Puerto Deportivo de Marbella SA,

Ayuntamiento de Marbella,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (τέταρτο τμήμα),

συγκείμενο από τους T. von Danwitz, πρόεδρο τμήματος, E. Juhász (εισηγητή), C. Vajda, K. Jürimäe και Κ. Λυκούργο, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: M. Bobek

γραμματέας: V. Giacobbo-Peyronnel, διοικητική υπάλληλος,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 29ης Ιουνίου 2016,

* Γλώσσα διαδικασίας: η ισπανική

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

- οι Marina del Mediterráneo SL κ.λπ., εκπροσωπούμενοι από τον J. L. Torres Beltrán, procurador, και τον A. Jiménez-Blanco, abogado,
- ο Agencia Pública de Puertos de Andalucía, εκπροσωπούμενος από τον J. M. Rodríguez Gutiérrez, abogado,
- το Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, εκπροσωπούμενο από την I. Nieto Salas, abogada,
- η Ισπανική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. A. Sampol Pucurull και την M. J. García-Valdecasas Dorrego,
- η Ιταλική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από την G. Palmieri, επικουρούμενη από τους P. Pucciariello και F. Di Matteo, avvocati dello Stato,
- η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Fruhmann,
- η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εκπροσωπούμενη από την E. Sanfrutos Cano και τον A. Tokár,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 8ης Σεπτεμβρίου 2016,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- 1 Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία του άρθρου 1, παράγραφος 1, και του άρθρου 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ 1989, L 395, σ. 33), όπως έχει τροποποιηθεί από την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (ΕΕ 2007, L 335, σ. 31) (στο εξής: οδηγία 89/665).
- 2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ των Marina del Mediterráneo SL κ.λπ., κοινοπραξίας επιχειρήσεων με την ονομασία «Marina Internacional de Marbella», και του Agencia Pública de Puertos de Andalucía (Οργανισμού Λιμένων Ανδαλουσίας, στο εξής: Οργανισμός), όσον αφορά τη νομιμότητα αποφάσεως του εν λόγω Οργανισμού να επιτρέψει τη συμμετοχή, σε διαδικασία διοργανωθέντος από αυτόν διαγωνισμού για τη σύναψη συμβάσεως παραχωρήσεως δημόσιων έργων, μιας άλλης κοινοπραξίας.

Το νομικό πλαίσιο

Το δίκαιο της Ένωσης

- 3 Η δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/665 έχει ως εξής:

«[...] οι υφιστάμενοι μηχανισμοί, τόσο σε εθνικό όσο και σε κοινοτικό επίπεδο, οι οποίοι στόχο έχουν να εξασφαλίσουν την εν λόγω εφαρμογή [στην πράξη των οδηγιών στον τομέα των συμβάσεων του δημοσίου], δεν είναι πάντοτε επαρκείς για τον έλεγχο της τήρησης των κοινοτικών διατάξεων, ιδίως σε ένα στάδιο στο οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη διόρθωση».

- 4 Το άρθρο 1 της οδηγίας αυτής, με τίτλο «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής», ορίζει, στις παραγράφους 1 και 3:

«1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις στις οποίες αναφέρεται η οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών [ΕΕ 2004, L 134, σ. 114], εκτός εάν οι εν λόγω συμβάσεις εξαιρούνται κατ' εφαρμογή των άρθρων 10 έως 18 της ανωτέρω οδηγίας.

Οι συμβάσεις κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας περιλαμβάνουν τις δημόσιες συμβάσεις, τις συμφωνίες-πλαίσιο, τις συμβάσεις παραχώρησης δημόσιων έργων και τα δυναμικά συστήματα αγорών.

Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, όσον αφορά τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18/EK, οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν τα άρθρα 2 έως 2στ της παρούσας οδηγίας, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές έχουν ληφθεί κατά παράβαση της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων που μεταφέρουν την εν λόγω νομοθεσία.

[...]

3. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση.»
- 5 Το άρθρο 2 της εν λόγω οδηγίας, με τίτλο «Απαιτήσεις για τις διαδικασίες προσφυγής», προβλέπει στην παράγραφο 1:

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

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

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

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

- 6 Η οδηγία 2004/17/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 1), καταργήθηκε από την οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ 2014, L 94, σ. 243). Στα άρθρα της 3 έως 7, τα οποία περιλαμβάνονταν στον τίτλο I, κεφάλαιο II, τμήμα 2, απαριθμούσε τις δραστηριότητες στις οποίες είχε εφαρμογή.
- 7 Η οδηγία 2004/18 καταργήθηκε από την οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65). Στο άρθρο της 57, με τίτλο «Εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής», που περιλαμβάνεται στον τίτλο III, ο οποίος επιγραφόταν «Κανόνες που εφαρμόζονται στις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων», προέβλεπε τα εξής:

«Ο παρών τίτλος δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων, οι οποίες:

- α) ανατίθενται για τις δημόσιες συμβάσεις έργων στις περιπτώσεις των άρθρων 13, 14 και 15, της παρούσας οδηγίας.
- β) ανατίθενται από τις αναθέτουσες αρχές κατά την άσκηση μιας ή περισσότερων από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 3 έως 7 της οδηγίας 2004/17/EK, όταν οι παραχωρήσεις αυτές γίνονται για την άσκηση των εν λόγω δραστηριοτήτων.

Ωστόσο, η παρούσα οδηγία εξακολουθεί να εφαρμόζεται στις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων οι οποίες ανατίθενται από αναθέτουσες αρχές οι οποίες ασκούν μια ή περισσότερες από τις δραστηριότητες που ορίζονται στο άρθρο 6 της οδηγίας 2004/17/EK και συνάπτονται για τις δραστηριότητες αυτές, ενόσω το οικείο κράτος μέλος επικαλείται τη δυνατότητα που αναφέρεται στο άρθρο 71 δεύτερο εδάφιο της εν λόγω οδηγίας προκειμένου να αναστείλει την εφαρμογή της.»

Το ισπανικό δίκαιο

- 8 Το άρθρο 25, παράγραφος 1, του Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (νόμου 29/1998 περί διοικητικών διαφορών, της 13ης Ιουλίου 1998 (BOE αριθ. 167, της 14ης Ιουλίου 1998, σ. 23516), ορίζει το αντικείμενο της προσφυγής στο πλαίσιο της διοικητικής διαφοράς και, ειδικότερα, τη διοικητική πράξη που είναι δεκτική προσφυγής ως εξής:

«[π]αραδεκτώς ασκείται ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων προσφυγή κατά κανονιστικών πράξεων, καθώς και κατά ρητών ή σιωπηρών πράξεων της διοικήσεως, με τις οποίες περατώνεται η διοικητική διαδικασία, είτε πρόκειται για τελικές είτε για προπαρασκευαστικές πράξεις, εφόσον με αυτές λαμβάνεται άμεσα ή έμμεσα απόφαση επί της ουσίας, αποκλείεται η συνέχιση της διαδικασίας ή η άμυνα ή προσβάλλονται κατά ανεπανόρθωτο τρόπο δικαιώματα ή έννομα συμφέροντα.»

- 9 Το άρθρο 107, παράγραφος 1, του Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (νόμου 30/1992 περί του νομικού καθεστώτος των δημοσίων αρχών και της κοινής διοικητικής διαδικασίας), της 26ης Νοεμβρίου 1992 (BOE αριθ. 285, της 27ης Νοεμβρίου 1992, σ. 40300), όπως έχει τροποποιηθεί από τον Ley 4/1999 (νόμο 4/1999) της 13ης Ιανουαρίου 1999 (BOE αριθ. 12, της 14ης Ιανουαρίου 1999, σ. 1739) (στο εξής: νόμος 30/1992), προβλέπει:

«Κατά των προπαρασκευαστικών αποφάσεων και πράξεων με τις οποίες λαμβάνεται άμεσα ή έμμεσα απόφαση επί της ουσίας, αποκλείεται η συνέχιση της διαδικασίας ή η άμυνα ή προσβάλλονται κατά ανεπανόρθωτο τρόπο δικαιώματα ή έννομα συμφέροντα, οι ενδιαφερόμενοι δύνανται να καταθέσουν ιεραρχική προσφυγή και αίτηση θεραπείας, προβάλλοντας κάποιον από τους λόγους ακυρότητας ή ακυρώσεως που προβλέπονται στα άρθρα 62 και 63 του παρόντος νόμου.

Τα ελαττώματα των λοιπών προπαρασκευαστικών πράξεων δύνανται να προβληθούν από τους ενδιαφερομένους στο πλαίσιο του ελέγχου της αποφάσεως με την οποία περατώνεται η διαδικασία.»

- 10 Ο Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (νόμος 30/2007 περί των δημοσίων συμβάσεων), της 30ής Οκτωβρίου 2007 (BOE αριθ. 261, της 31ης Οκτωβρίου 2007, σ. 44336), τροποποιήθηκε από τον Ley 34/2010 (νόμο 34/2010), της 5ης Αυγούστου 2010 (BOE αριθ. 192, της 9ης Αυγούστου 2010, σ. 69400) (στο εξής: νόμος 30/2007), προκειμένου να προστεθούν, στα άρθρα 310 έως 320, οι διατάξεις σχετικά με την ειδική προσφυγή στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.
- 11 Το άρθρο 310, παράγραφος 2, του νόμου 30/2007, το οποίο συνιστά ειδική διάταξη στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, που θέτει σε εφαρμογή τον γενικό κανόνα του άρθρου 107, παράγραφος 1, του νόμου 30/1992, ορίζει:

«Αντικείμενο προσφυγής δύνανται να αποτελέσουν οι εξής πράξεις:

- a) Οι προκηρύξεις, οι συγγραφές υποχρεώσεων και τα τεύχη της συμβάσεως που καθορίζουν τους όρους του διαγωνισμού.
- b) Οι προπαρασκευαστικές πράξεις που εκδίδονται κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αναθέσεως, εφόσον με αυτές λαμβάνεται άμεσα ή έμμεσα η απόφαση σχετικά με την ανάθεση, αποκλείεται η συνέχιση της διαδικασίας ή η άμυνα ή προσβάλλονται κατά ανεπανόρθωτο τρόπο δικαιώματα ή έννομα συμφέροντα. Θεωρούνται προπαρασκευαστικές πράξεις αποκλείουσες τη συνέχιση της διαδικασίας οι πράξεις της επιτροπής του διαγωνισμού με τις οποίες αποφασίζεται ο αποκλεισμός υποψηφίου.
- c) οι κατακυρωτικές πράξεις των αναθετουσών αρχών.»

Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

- 12 Στις 12 Απριλίου 2011, οι Marina del Mediterráneo κ.λπ. άσκησαν ενώπιον του αρμόδιου διοικητικού οργάνου την ειδική προσφυγή που ασκείται σε υποθέσεις συνάψεως δημόσιας συμβάσεως κατά της αποφάσεως της επιτροπής του διαγωνισμού με την οποία επετράπη η συμμετοχή της κοινοπραξίας των Ayuntamiento de Marbella (municipalité de Marbella), Puerto Deportivo de Marbella SA και Nassir bin Abdullah and Sons SL (στο εξής: δεύτερη κοινοπραξία), στον διαγωνισμό για τη σύναψη συμβάσεως παραχωρήσεως δημόσιων έργων με την ονομασία «Επέκταση του λιμανιού “la Bajadilla”, στη Marbella».
- 13 Η διαδικασία του διαγωνισμού κινήθηκε από έναν ad hoc οργανισμό με λειτουργική αυτονομία και νομική προσωπικότητα, ο οποίος υπάγεται στο Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía (Υπουργείο Δημοσίων Έργων και Στεγάσεως της Ανδαλουσίας, Ισπανία). Η προκήρυξη

του διαγωνισμού έγινε στις 27 Νοεμβρίου 2010. Βάσει των πληροφοριών που παρασχέθηκαν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ενώπιον του Δικαστηρίου, η αξία της εν λόγω δημόσιας συμβάσεως ανέρχεται σε 77 000 000 ευρώ.

- 14 Διαγωνιζόμενες στην εν λόγω διαδικασία διαγωνισμού ήταν μόνον οι επίμαχες δύο κοινοπραξίες της κύριας δίκης.
- 15 Με την προσφυγή τους, οι Marina del Mediterráneo κ.λπ. προβάλλουν, κατ' ουσίαν, ότι η συμμετοχή της δεύτερης κοινοπραξίας στην κινηθείσα διαδικασία του διαγωνισμού έγινε κατά παράβαση τόσο της εθνικής ρύθμισης όσο και της νομοθεσίας της Ένωσης, καθόσον, αφενός, ο Δήμος της Marbella είναι διοικητική αρχή, η οποία δεν μπορεί να θεωρηθεί επιχείρηση κατά την έννοια της εθνικής ρύθμισης ή οικονομικός φορέας, καθότι τούτο θα οδηγούσε σε νόθευση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχειρίσεως των υποψηφίων, και, αφετέρου, η κοινοπραξία αυτή δεν πληροί τις απαιτούμενες προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας, διότι ο οικονομικός κίνδυνος που αναλαμβάνει καλύπτεται από τον προϋπολογισμό του δήμου αυτού.
- 16 Με απόφαση της 3ης Μαΐου 2011, ο εκτελεστικός διευθυντής του Οργανισμού απέρριψε την προσφυγή. Με την εν λόγω απόφαση, ο ως άνω διευθυντής αναφέρεται στη νομολογία του Δικαστηρίου και, ειδικότερα, στην απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), με την οποία αναγνωρίζεται ότι κάθε φορέας του δημοσίου ή κοινοπραξία τέτοιων φορέων, οι οποίοι προσφέρουν υπηρεσίες στην αγορά, έστω και περιστασιακά, έχουν την ιδιότητα του διαγωνιζομένου. Περαιτέρω, ο εν λόγω διευθυντής θεωρεί ότι, λαμβανομένων υπόψη των εσόδων του προϋπολογισμού του Δήμου της Marbella, καταδείχθηκε η οικονομική φερεγγυότητα της δεύτερης κοινοπραξίας.
- 17 Όπως προκύπτει από τη δικογραφία που διαθέτει το Δικαστήριο, η επίμαχη στην κύρια δίκη δημόσια σύμβαση ανατέθηκε, με απόφαση της 6ης Ιουνίου 2011, στη δεύτερη κοινοπραξία. Η διοικητική προσφυγή που άσκησαν κατά της αποφάσεως αυτής οι Marina del Mediterráneo κ.λπ. απορρίφθηκε με απόφαση της 11ης Ιουλίου 2011.
- 18 Με έγγραφο της 5ης Ιουλίου 2011, οι Marina del Mediterráneo κ.λπ. άσκησαν ένδικη προσφυγή ενώπιον του Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (ανώτερο δικαστήριο της Ανδαλουσίας, Ισπανία), κατά της από 3 Μαΐου 2011 αποφάσεως του εκτελεστικού διευθυντή του Οργανισμού. Με την προσφυγή αυτή, η εν λόγω κοινοπραξία, επαναλαμβάνοντας τα επιχειρήματα που προέβαλε ενώπιον του διοικητικού αυτού οργάνου στο πλαίσιο της ειδικής προσφυγής του τομέα των δημόσιων συμβάσεων, ζητεί την ακύρωση της αποφάσεως αυτής και, συνεπακόλουθα, την ακύρωση των μεταγενέστερών της πράξεων, ειδικότερα της αποφάσεως της 6ης Ιουνίου 2011 περί αναθέσεως της επίμαχης συμβάσεως στη δεύτερη κοινοπραξία.
- 19 Με απόφαση της 19ης Φεβρουαρίου 2015, το επιληφθέν εθνικό δικαστήριο πληροφόρησε τους διαδίκους της κύριας δίκης ότι υπάρχει λόγος απαραδέκτου της ασκηθείσας ένδικης προσφυγής, ο οποίος απορρέει από την εθνική ρύθμιση που ορίζει τις πράξεις κατά των οποίων μπορεί να ασκηθεί η ειδική προσφυγή του τομέα των δημόσιων συμβάσεων. Κατά την εν λόγω εθνική ρύθμιση, προσφυγή μπορεί να ασκηθεί κατά των προπαρασκευαστικών πράξεων με τις οποίες αποφασίζεται, άμεσα ή έμμεσα, η ανάθεση της συμβάσεως, καθίσταται αδύνατη η συνέχιση της διαδικασίας ή η άμυνα, ή προκαλείται ανεπανόρθωτη βλάβη σε δικαιώματα ή έννομα συμφέροντα.
- 20 Επομένως, η απόφαση επιτροπής διαγωνισμού με την οποία δεν αποκλείεται διαγωνιζόμενος, αλλά, αντιθέτως, γίνεται δεκτή η υποβολή της προσφοράς του και επιτρέπεται η συμμετοχή του στην κινηθείσα διαδικασία του διαγωνισμού, δεν συνιστά δεκτική προσφυγής πράξη με την οποία λαμβάνεται απόφαση, τούτο όμως δεν εμποδίζει τον ενδιαφερόμενο να καταγγείλει τις ενδεχόμενες παρατηρηθείσες πλημμέλειες προκειμένου να τις επικαλεσθεί a posteriori κατά την προσβολή της πράξεως περί αναθέσεως της επίμαχης συμβάσεως, η οποία έχει χαρακτήρα αποφάσεως.

- 21 Το αιτούν δικαστήριο διατηρεί αμφιβολίες ως προς τη συμβατότητα της ρυθμίσεως αυτής με τις διατάξεις του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, όπως έχουν ερμηνευθεί από το Δικαστήριο, μεταξύ άλλων με την απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle και RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5).
- 22 Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, το Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (ανώτερο δικαστήριο της Ανδαλουσίας) αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα εξής προδικαστικά ερωτήματα:
- «1) Έχουν το άρθρο 1, παράγραφος 1, και το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας 89/665, υπό το πρίσμα των αρχών της καλόπιστης συνεργασίας και της πρακτικής αποτελεσματικότητας της οδηγίας, την έννοια ότι αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση, όπως το άρθρο 310, παράγραφος 2, του νόμου 30/2007 [...], καθόσον αυτή δεν επιτρέπει την άσκηση προσφυγής κατά των προπαρασκευαστικών πράξεων αναθέτουσας αρχής, όπως είναι η πράξη με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή διαγωνιζομένου, στην περίπτωση του οποίου προβάλλεται ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις τεχνικής ικανότητας και οικονομικής επάρκειας τις οποίες επιβάλλουν η εθνική νομοθεσία και η νομοθεσία της Ένωσης;
- 2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, έχουν άμεσο αποτέλεσμα τα άρθρα 1, παράγραφος 1, και 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας 89/665;»

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

Εισαγωγικές παρατηρήσεις

- 23 Εισαγωγικώς, όσον αφορά τις αμφιβολίες που εξέφρασε η Ισπανική Κυβέρνηση ως προς το παραδεκτό της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως, πρέπει να υπομνησθεί ότι, κατά το άρθρο 1, παράγραφος 1, πρώτο και δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2007/66, η οδηγία 89/665 εφαρμόζεται, σε πλαίσιο όπως αυτό της υποθέσεως της κύριας δίκης, μόνο επί συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18, πλην των περιπτώσεων κατά τις οποίες οι συμβάσεις αυτές αποκλείονται από το εν λόγω πεδίο κατ' εφαρμογή των άρθρων 10 έως 18 της τελευταίας οδηγίας. Επομένως, οι εκτιμήσεις που ακολουθούν στηρίζονται στην παραδοχή ότι η οδηγία 2004/18 έχει εφαρμογή επί της επίμαχης στην κύρια δίκη συμβάσεως και, ως εκ τούτου, ότι η οδηγία 89/665 έχει επίσης εφαρμογή επί της διαδικασίας της κύριας δίκης, πράγμα το οποίο οφείλει πάντως να επαληθεύσει το αιτούν δικαστήριο.

Επί του πρώτου ερωτήματος

- 24 Με το πρώτο του ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, εάν το άρθρο 1, παράγραφος 1, και το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας 89/665 έχουν την έννοια ότι αντιτίθενται σε εθνική νομοθεσία δυνάμει της οποίας η απόφαση να επιτραπεί σε διαγωνιζόμενο να συμμετάσχει στη διαδικασία διαγωνισμού, απόφαση η οποία φέρεται ότι παραβιάζει το δίκαιο της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή την εθνική νομοθεσία που μεταφέρει την οδηγία αυτή στο εσωτερικό δίκαιο, δεν περιλαμβάνεται στις προπαρασκευαστικές πράξεις της αναθέτουσας αρχής κατά των οποίων μπορεί να ασκηθεί αυτοτελής ένδικη προσφυγή.
- 25 Μολονότι το άρθρο 310, παράγραφος 2, στοιχείο b, του νόμου 30/2007 επιτρέπει να ασκηθεί αυτοτελής προσφυγή κατά των προπαρασκευαστικών πράξεων με τις οποίες λαμβάνεται, άμεσα ή έμμεσα, η απόφαση σχετικά με την ανάθεση, αποκλείεται η συνέχιση της διαδικασίας ή η άμυνα, ή προσβάλλονται κατά ανεπανόρθωτο τρόπο δικαιώματα ή έννομα συμφέροντα, οι λοιπές προπαρασκευαστικές πράξεις, όπως η απόφαση που επιτρέπει σε διαγωνιζόμενο να συμμετάσχει σε

διαδικασία, μπορούν, όπως προκύπτει από τη δικογραφία που υποβλήθηκε στο Δικαστήριο, να αμφισβητηθούν μόνο στο πλαίσιο προσφυγής κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της δημόσιας συμβάσεως.

- 26 Πρέπει να υπομνησθεί ότι το γράμμα του άρθρου 1, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας συνεπάγεται, με τη χρήση της φράσεως «όσον αφορά τις διαδικασίες», ότι κάθε απόφαση αναθέτουσας αρχής που διέπεται από τους κανόνες του δικαίου της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων και η οποία ενδέχεται να τους παραβιάσει υπόκειται στον δικαστικό έλεγχο του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της ίδιας οδηγίας. Η διάταξη αυτή αναφέρεται επομένως γενικώς στις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, χωρίς να διακρίνει τις αποφάσεις αυτές αναλόγως του περιεχομένου τους ή του χρόνου της εκδόσεώς τους (βλ. απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle και RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, σκέψη 28 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).
- 27 Αυτή η ευρεία ερμηνεία της έννοιας της «αποφάσεως» αναθέτουσας αρχής επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι η διάταξη του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665 δεν προβλέπει κανέναν περιορισμό ως προς τη φύση και το περιεχόμενο των αποφάσεων τις οποίες αφορά. Περαιτέρω, η περιοριστική ερμηνεία της έννοιας αυτής δεν συμβιβάζεται με το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 89/665, το οποίο επιβάλλει στα κράτη μέλη να προβλέπουν διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων κατά οποιασδήποτε αποφάσεως των αναθετουσών αρχών (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle και RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, σκέψη 30 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).
- 28 Κατά συνέπεια, η απόφαση με την οποία επιτρέπεται η συμμετοχή διαγωνιζομένου σε διαδικασία διαγωνισμού, όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, αποτελεί απόφαση κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας.
- 29 Η ερμηνεία αυτή της έννοιας των δεκτικών προσφυγής «αποφάσεων που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές» δεν τίθεται υπό αμφισβήτηση από το γεγονός ότι το Δικαστήριο έχει κρίνει, στη σκέψη 35 της αποφάσεως της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle και RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), ότι δεν είναι δεκτικές προσφυγής οι ενέργειες που εντάσσονται στο στάδιο της εσωτερικής διαβουλεύσεως της αναθέτουσας αρχής προκειμένου να συνάψει δημόσια σύμβαση. Συγκεκριμένα, όσον αφορά την επίμαχη στην κύρια δίκη αποδοχή της υποβολής προσφοράς ενός διαγωνιζομένου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η απόφαση αυτή εκφεύγει, εκ της φύσεώς της, από το πλαίσιο της εσωτερικής διαβουλεύσεως της αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, η απόφαση κοινοποιήθηκε στους Marina del Mediterraneo κ.λπ.
- 30 Όσον αφορά το χρονικό σημείο από το οποίο υφίσταται δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής, πρέπει να υπομνησθεί ότι η οδηγία 89/665, όπως προκύπτει από τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της, προβλέπει στην ενίσχυση, τόσο σε εθνικό όσο και σε επίπεδο Ένωσης, των μηχανισμών που αποσκοπούν στο να εξασφαλίσουν την αποτελεσματική εφαρμογή των σχετικών με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων οδηγιών, ιδίως σε στάδιο στο οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη διόρθωση. Προς τούτο, το άρθρο 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, της εν λόγω οδηγίας επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε «οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών» (βλ., απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau κ.λπ., C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 74).
- 31 Όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο, μολονότι η οδηγία 89/665 δεν προβλέπει τυπικώς το χρονικό σημείο από το οποίο υφίσταται η δυνατότητα ασκήσεως της προσφυγής που προβλέπεται στο άρθρο της 1, παράγραφος 1, ο σκοπός της εν λόγω οδηγίας, που αναφέρεται στην προηγούμενη σκέψη, δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να εξαρτούν την άσκηση της προσφυγής από το αν η οικεία διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως έχει προχωρήσει τυπικώς σε συγκεκριμένο στάδιο (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle και RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, σκέψη 38).

- 32 Ελλείπει σχετικής ρυθμίσεως της Ένωσης που να ορίζει το χρονικό σημείο από το οποίο υφίσταται δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής, στο εθνικό δίκαιο εναπόκειται, κατά πάγια νομολογία, να καθορίζει τους δικονομικούς κανόνες της διαδικασίας που αποσκοπεί στη διασφάλιση των δικαιωμάτων τα οποία οι πολίτες αντλούν από το δίκαιο της Ένωσης. Ωστόσο, οι δικονομικοί αυτοί κανόνες δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκοί από εκείνους που αφορούν παρεμφερή ένδικα βοηθήματα τα οποία προβλέπονται για την προστασία των δικαιωμάτων που αντλούνται από την εσωτερική έννομη τάξη (αρχή της ισοδυναμίας) και δεν πρέπει να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχει η έννομη τάξη της Ένωσης (αρχή της αποτελεσματικότητας) (αποφάσεις της 30ής Σεπτεμβρίου 2010, Strabag κ.λπ., C-314/09, EU:C:2010:567, σκέψη 34, της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, σκέψη 46, καθώς και της 26ης Νοεμβρίου 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, σκέψεις 32, 35 και 37).
- 33 Ειδικότερα, οι δικονομικοί κανόνες για την άσκηση ενδίκων προσφυγών, οι οποίοι αποσκοπούν στη διασφάλιση των δικαιωμάτων που παρέχει το δίκαιο της Ένωσης στους θιγόμενους από αποφάσεις των αναθετουσών αρχών υποψηφίους και διαγωνιζομένους, δεν πρέπει να επηρεάζουν την πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 89/665 (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 3ης Μαρτίου 2005, Fabricom, C-21/03 και C-34/03, EU:C:2005:127, σκέψη 42, της 6ης Οκτωβρίου 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, σκέψη 47, καθώς και της 15ης Σεπτεμβρίου 2016, Star Storage κ.λπ., C 439/14 και C-488/14, EU:C:2016:688, σκέψη 43).
- 34 Όσον αφορά, ειδικώς, την απόφαση με την οποία επιτρέπεται σε διαγωνιζόμενο να συμμετάσχει σε διαδικασία διαγωνισμού, όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, αντιβαίνει στις διατάξεις της οδηγίας 89/665 το γεγονός ότι η επίμαχη στην κύρια δίκη εθνική ρύθμιση απαιτεί, σε όλες τις περιπτώσεις, να αναμείνει ο διαγωνιζόμενος την απόφαση περί αναθέσεως της επίμαχης συμβάσεως πριν αποκτήσει τη δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής κατά της αποφάσεως με την οποία επιτρέπεται η συμμετοχή στον διαγωνισμό σε άλλο διαγωνιζόμενο.
- 35 Η ερμηνεία αυτή δεν κλονίζεται από τη διαπίστωση ότι η πλήρης επίτευξη του επιδιωκόμενου με την οδηγία 89/665 σκοπού θα διακυβευόταν αν οι υποψήφιοι και οι διαγωνιζόμενοι μπορούσαν νομίμως να επικαλεστούν, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας διεξαγωγής του διαγωνισμού, παραβάσεις των κανόνων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, υποχρεώνοντας με τον τρόπο αυτόν την αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 51 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Πράγματι, η διαπίστωση αυτή αφορά τη δικαιολόγηση των εύλογων αποκλειστικών προθεσμιών των προσφυγών κατά των δεκτικών προσφυγής αποφάσεων και όχι την απαγόρευση ασκήσεως αυτοτελούς προσφυγής κατά της αποφάσεως με την οποία επιτρέπεται η συμμετοχή διαγωνιζομένου σε διαδικασία διαγωνισμού, όπως προκύπτει από την επίμαχη στην κύρια δίκη ρύθμιση.
- 36 Επιπλέον, στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να καθορίσει αν πληρούνται οι λοιπές προϋποθέσεις σχετικά με τη διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής που προβλέπει η οδηγία 89/665. Συναφώς, πρέπει να τονιστεί ότι, κατά τις διατάξεις του άρθρου 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, και παράγραφος 3, της εν λόγω οδηγίας, για να μπορούν να θεωρηθούν αποτελεσματικές οι προσφυγές κατά των αποφάσεων που λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή, πρέπει αυτές να μπορούν να κινηθούν τουλάχιστον από κάθε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση και υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από φερόμενη παραβίαση του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή των κανόνων μεταφοράς του δικαίου αυτού στην εσωτερική έννομη τάξη (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 5ης Απριλίου 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, σκέψη 23). Επομένως, στον εθνικό δικαστή εναπόκειται, ειδικότερα, να καθορίσει, στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης, εάν οι Marina del Mediterraneo κ.λπ. έχουν ή είχαν συμφέρον να τους ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και αν υπέστησαν ή ενδέχεται να υποστούν ζημία από την απόφαση του Οργανισμού με την οποία επιτρέπεται στη δεύτερη κοινοπραξία να υποβάλει την προσφορά της.

- 37 Από το σύνολο των ανωτέρω εκτιμήσεων προκύπτει ότι στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, και το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας 89/665 έχουν την έννοια ότι, σε περίπτωση όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, αντιτίθενται σε εθνική νομοθεσία δυνάμει της οποίας η απόφαση με την οποία επιτρέπεται σε διαγωνιζόμενο να συμμετάσχει στη διαδικασία διαγωνισμού, απόφαση η οποία φέρεται ότι παραβιάζει το δίκαιο της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή την εθνική νομοθεσία που μεταφέρει την οδηγία αυτή στο εσωτερικό δίκαιο, δεν περιλαμβάνεται στις προπαρασκευαστικές πράξεις της αναθέτουσας αρχής κατά των οποίων μπορεί να ασκηθεί αυτοτελής ένδικη προσφυγή.

Επί του δευτέρου ερωτήματος

- 38 Με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά εάν το άρθρο 1, παράγραφος 1, και το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας 89/665 έχουν άμεσο αποτέλεσμα.
- 39 Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι οι διατάξεις του άρθρου 1, παράγραφος 1, και του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας αυτής είναι απαλλαγμένες αιρέσεων και ακρούντως σαφείς, ώστε να θεμελιώνουν δικαίωμα ιδιώτη δυνάμενο να προβληθεί, ενδεχομένως, κατά αναθέτουσας αρχής (βλ. απόφαση της 2ας Ιουνίου 2005, Korpensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345, σκέψη 38).
- 40 Όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 70 των προτάσεων του, η ίδια εκτίμηση ισχύει επίσης για το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο α', της εν λόγω οδηγίας, λαμβανομένων υπόψη τόσο της σαφούς και ακριβούς διατυπώσεως της διατάξεως αυτής όσο και της λειτουργικής συνάφειας του σκοπού της με τον σκοπό του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της ίδιας οδηγίας.
- 41 Από το σύνολο των ανωτέρω εκτιμήσεων προκύπτει ότι στο δεύτερο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 1, και το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας 89/665 έχουν άμεσο αποτέλεσμα.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 42 Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τέταρτο τμήμα) αποφαινεται:

- 1) Το άρθρο 1, παράγραφος 1, και το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπως έχει τροποποιηθεί από την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, έχουν την έννοια ότι, σε περίπτωση όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, αντιτίθενται σε εθνική νομοθεσία δυνάμει της οποίας η απόφαση με την οποία επιτρέπεται σε διαγωνιζόμενο να συμμετάσχει στη διαδικασία διαγωνισμού, απόφαση η οποία φέρεται ότι παραβιάζει το δίκαιο της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή την εθνική νομοθεσία που μεταφέρει την οδηγία αυτή στο εσωτερικό δίκαιο, δεν περιλαμβάνεται στις προπαρασκευαστικές πράξεις της αναθέτουσας αρχής κατά των οποίων μπορεί να ασκηθεί αυτοτελής ένδικη προσφυγή.

- 2) Το άρθρο 1, παράγραφος 1, και το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', της οδηγίας 89/665, όπως έχει τροποποιηθεί από την οδηγία 2007/66, έχουν άμεσο αποτέλεσμα.**

(υπογραφές)