



Συλλογή της Νομολογίας

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (δέκατο τμήμα)

της 4ης Ιουλίου 2013 *

«Δημόσιες συμβάσεις — Οδηγία 89/665/ΕΟΚ — Προσφυγή σε θέματα δημοσίων συμβάσεων — Προσφυγή ασκηθείσα από προσφέροντα του οποίου δεν έγινε δεκτή η προσφορά κατά απόφασεως περί αναθέσεως συμβάσεως — Προσφυγή βασιζόμενη στο ότι η επιλεγείσα προσφορά δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της αγοράς — Αντίθετη προσφυγή του αναδόχου βασιζόμενη στη μη τήρηση ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών της αγοράς όσον αφορά την προσφορά του κυρίως προσφεύγοντος — Αμφότερες οι προσφορές δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της αγοράς — Εθνική νομολογία επιβάλλουσα την προηγούμενη εξέταση της αντίθετης προσφυγής και, εάν αυτή κριθεί βάσιμη, το να κριθεί απαράδεκτη η κύρια προσφυγή, χωρίς επί της ουσίας εξέταση — Συμβατόν με το δίκαιο της Ένωσης»

Στην υπόθεση C-100/12,

με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, που υπέβαλε το Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Ιταλία) με απόφαση της 25ης Ιανουαρίου 2012, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 24 Φεβρουαρίου 2012, στο πλαίσιο της δίκης

Fastweb SpA

κατά

Azienda Sanitaria Locale di Alessandria,

παρισταμένων των:

Telecom Italia SpA,

Path-Net SpA,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (δέκατο τμήμα),

συγκείμενο από τους A. Rosas, πρόεδρο τμήματος, E. Juhász και D. Šváby (εισηγητή), δικαστές,

γενική εισαγγελέας: J. Kokott

γραμματέας: A. Impellizzeri, υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 6ης Δεκεμβρίου 2012,

* Γλώσσα διαδικασίας: η ιταλική.

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

- η Telecom Italia SpA και Path-Net SpA, εκπροσωπούμενη από τους A. Lirosi, M. Martinelli και L. Mastromatteo, avvocati,
- η Ιταλική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από την G. Palmieri, επικουρούμενη από τον S. Varone, avvocato dello Stato,
- η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εκπροσωπούμενη από τον A. Tokár και την D. Recchia,

κατόπιν της αποφάσεως που έλαβε, αφού άκουσε τη γενική εισαγγελέα, να εκδικάσει την υπόθεση χωρίς ανάπτυξη προτάσεων,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

- 1 Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία 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 L 395, σ. 33), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (ΕΕ L 335, σ. 31, στο εξής: οδηγία 89/665).
- 2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ της Fastweb SpA (στο εξής: Fastweb) και της Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (τοπική υγειονομική υπηρεσία της Alessandria, στο εξής: ASL) καθώς και της Telecom Italia SpA (στο εξής: Telecom Italia) και της Path-Net SpA, θυγατρικής της Telecom Italia (στο εξής: Path-Net), ως προς την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως στην εν λόγω θυγατρική.

Το νομικό πλαίσιο

- 3 Η δεύτερη και η τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/665 έχουν ως εξής:

«[εκτιμώντας] ότι οι υφιστάμενοι μηχανισμοί, τόσο σε εθνικό όσο και σε κοινοτικό επίπεδο, οι οποίοι στόχο έχουν να εξασφαλίσουν την εν λόγω εφαρμογή, δεν είναι πάντοτε επαρκείς για τον έλεγχο της τήρησης των κοινοτικών διατάξεων, ιδίως σε ένα στάδιο στο οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη διόρθωση·

ότι το άνοιγμα των συμβάσεων του δημοσίου στον κοινοτικό ανταγωνισμό απαιτεί σημαντική αύξηση των εγγυήσεων διαφάνειας και μη διάκρισης, καθώς και ότι, για να έχει συγκεκριμένα αποτελέσματα το άνοιγμα αυτό, πρέπει να υπάρχουν ταχέα και αποτελεσματικά μέσα προσφυγής σε περίπτωση παράβασης τόσο του κοινοτικού δικαίου όσον αφορά τις συμβάσεις του δημοσίου, όσο και εθνικών κανόνων που μεταγράφουν το δίκαιο αυτό».
- 4 Η τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2007/66 προβλέπει:

«Ως εκ τούτου, οι εγγυήσεις διαφάνειας και αποφυγής των διακρίσεων που επιδιώκονται με τις εν λόγω οδηγίες θα πρέπει να ενισχυθούν προκειμένου να εξασφαλιστεί ότι η Κοινότητα, ως σύνολο, μπορεί να επωφεληθεί πλήρως από τα θετικά αποτελέσματα του εκσυγχρονισμού και της απλούστευσης των κανόνων περί δημόσιων συμβάσεων, που έχουν επιτευχθεί [μεταξύ άλλων, 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 L 134, σ. 114)]. [...]»

- 5 Κατά το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665, με τίτλο «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής»:

«1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις στις οποίες αναφέρεται η οδηγία [2004/18], 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 αγορών.

Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, όσον αφορά τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας [2004/18], 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.

[...]»

- 6 Το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής ορίζει:

«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:

[...]

β) να ακυρώνουν ή να επιτρέπουν την ακύρωση των παράνομων αποφάσεων [...]

[...]».

- 7 Η δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2004/18 έχει ως εξής:

«Η ανάθεση των συμβάσεων που συνάπτονται στα κράτη μέλη για λογαριασμό του κράτους, των αρχών τοπικής αυτοδιοίκησης ή περιφερειακής διοίκησης και άλλων οργανισμών δημοσίου δικαίου, υπόκειται στην τήρηση των αρχών της Συνθήκης [ΣΕΕ], ιδίως στην αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, στην αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και στις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της διαφάνειας. Εντούτοις, για δημόσιες συμβάσεις που υπερβαίνουν κάποια αξία, είναι σκόπιμο να εκπονούνται διατάξεις κοινοτικού συντονισμού των εθνικών διαδικασιών για τη σύναψη αυτών των συμβάσεων, οι οποίες να βασίζονται σε αυτές τις αρχές προκειμένου να διασφαλίζουν τα

αποτελέσματά τους και να εγγυώνται το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Συνεπώς, αυτές οι διατάξεις συντονισμού θα πρέπει να ερμηνεύονται σύμφωνα με τους κανόνες και τις αρχές που αναφέρονται ανωτέρω καθώς και σύμφωνα με τους άλλους κανόνες της Συνθήκης.»

8 Κατά το άρθρο 2 της οδηγίας αυτής:

«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια.»

9 Το άρθρο 32 της εν λόγω οδηγίας ορίζει:

«[...]

2. Για τους σκοπούς της σύναψης μιας συμφωνίας-πλαίσιο, οι αναθέτουσες αρχές ακολουθούν τους διαδικαστικούς κανόνες που ορίζονται στην παρούσα οδηγία σε όλα τα στάδια έως την ανάθεση των συμβάσεων που βασίζονται στην εν λόγω συμφωνία-πλαίσιο. Η επιλογή των συμβαλλομένων στη συμφωνία-πλαίσιο γίνεται κατ' εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης, τα οποία καθορίζονται σύμφωνα με το άρθρο 53.

Οι συμβάσεις που βασίζονται σε συμφωνία-πλαίσιο συνάπτονται σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπονται στις παραγράφους 3 και 4. [...]

[...]

4. [...]

Η ανάθεση των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο οι οποίες έχουν συναφθεί με πλείονες οικονομικούς φορείς, μπορεί να γίνεται:

[...]

— είτε, όταν δεν έχουν καθορισθεί όλοι οι όροι στη συμφωνία-πλαίσιο, αφού επαναδιαγωνισθούν τα μέρη βάσει των ιδίων όρων, εν ανάγκη διευκρινίζοντας τους όρους αυτούς, και, ενδεχομένως, άλλων όρων που επισημαίνονται στη συγγραφή υποχρεώσεων της συμφωνίας-πλαίσιο, σύμφωνα με την ακόλουθη διαδικασία:

α) για κάθε σύμβαση που πρόκειται να συναφθεί, οι αναθέτουσες αρχές διαβουλεύονται γραπτώς με τους οικονομικούς φορείς που είναι ικανοί να εκτελέσουν το αντικείμενο της σύμβασης·

[...]

δ) οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν κάθε σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά βάσει των κριτηρίων ανάθεσης που έχουν καθορισθεί στη συγγραφή υποχρεώσεων της συμφωνίας-πλαίσιο.»

Η διαφορά της κύριας δίκης και το προδικαστικό ερώτημα

10 Κατά το νομοθετικό διάταγμα 82 της 7ης Μαρτίου 2005, περί του κώδικα ψηφιακής διοίκησης (decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 codice dell'amministrazione digitale, τακτικό συμπλήρωμα στην *GURI* αριθ. 112, της 16ης Μαΐου 2005), το Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) (εθνικό κέντρο για την πληροφορική στη δημόσια διοίκηση) έχει την

αρμοδιότητα να συνάπτει συμβάσεις-πλαίσια με τους επιχειρηματίες τους οποίους επιλέγει. Οι μη κρατικές διοικητικές αρχές δύνανται να εκδίδουν πράξεις εκτελέσεως των εν λόγω συμβάσεων-πλαισίων, λαμβάνοντας υπόψη τις σχετικές με αυτές απαιτήσεις.

- 11 Το CNIPA συνήψε τέτοιου είδους σύμβαση-πλαίσιο, μεταξύ άλλων, με την Fastweb και την Telecom Italia. Στις 18 Ιουνίου 2010, η Azienda Sanitria Locale di Alessandria απηύθυνε στις εταιρίες αυτές αίτηση υποβολής προσφοράς για τις «γραμμές μεταφοράς δεδομένων/φωνητικής τηλεφωνίας», βάσει συγγραφής υποχρεώσεων. Με την από 15 Σεπτεμβρίου 2010 απόφαση, η Azienda Sanitaria Locale di Alessandria επέλεξε την υποβληθείσα από την Telecom Italia προσφορά, συνάπτοντας σύμβαση με τη θυγατρική της, Path-Net, στις 27 του ιδίου μηνός.
- 12 Η Fastweb άσκησε προσφυγή κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της εν λόγω συμβάσεως ενώπιον του Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (διοικητικό πρωτοδικείο της περιφέρειας του Piemonte), οι δε Telecom Italia και Path-Net παρενέβησαν στη διαδικασία αυτή και άσκησαν αντίθετη προσφυγή. Ο μόνος ανταγωνιστής εκάστου εκ των επιχειρηματιών αυτών αμφισβητεί το νομότυπον της προσφοράς του ετέρου λόγω μη τηρήσεως ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών, εγγεγραμμένων στη συγγραφή υποχρεώσεων.
- 13 Από τη διαταχθείσα εκ μέρους του αιτούντος δικαστηρίου εξέταση της καταλληλότητας των προσφορών που κατέθεσαν οι δύο αυτές εταιρίες σε σχέση με τη συγγραφή υποχρεώσεων, διαπιστώθηκε ότι καμία από τις προσφορές αυτές δεν πληρούσε το σύνολο των επιβαλλομένων με τη συγγραφή υποχρεώσεων τεχνικών προδιαγραφών. Κατά το αιτούν δικαστήριο, η διαπίστωση αυτή έπρεπε λογικώς να καταλήξει στην αποδοχή των δύο αυτών προσφυγών και, κατά συνέπεια, στην ακύρωση της διαδικασίας αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως της κύριας δίκης, εφόσον κανένας προσφέρων δεν υπέβαλε προσφορά δυνάμενη να καταλήξει στην ανάθεση της συμβάσεως. Η λύση αυτή έχει ενδιαφέρον για την προσφεύγουσα της κύριας δίκης, εφόσον η επανάληψη της διαδικασίας του διαγωνισμού της παρέχει νέα ευκαιρία για να της ανατεθεί η σύμβαση.
- 14 Εντούτοις, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι, με την από 7 Απριλίου 2011 απόφαση της ολομέλειας, το Consiglio di Stato (ιταλικό ανώτατο διοικητικό δικαστήριο) διατύπωσε αρχή του δικαίου όσον αφορά τις προσφυγές σε υποθέσεις αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με την οποία η εξέταση της αντίθετης προσφυγής, η οποία στρέφεται κατά της νομιμοποίησης του κυρίως προσφεύγοντος με τον ισχυρισμό ότι δεν έπρεπε να γίνει δεκτός στη διαδικασία του διαγωνισμού, πρέπει να προηγείται της εξετάσεως της κύριας προσφυγής, ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία ο κυρίως προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την επανάληψη ολόκληρης της διαδικασίας επιλογής και ανεξαρτήτως του αριθμού διαγωνιζομένων που συμμετείχαν σε αυτόν και του είδους των αιτιάσεων που προβάλλονται με την αντίθετη προσφυγή και των αιτημάτων της καθής διοικήσεως.
- 15 Συγκεκριμένα, το Consiglio di Stato κρίνει ότι μόνο το πρόσωπο που συμμετείχε νομίμως στη διαδικασία επιλογής νομιμοποιείται για την άσκηση προσφυγής κατά της διαδικασίας αναθέσεως της οικείας δημόσιας συμβάσεως. Κατά το δικαστήριο αυτό, η διαπίστωση της παράνομης συμμετοχής στον διαγωνισμό του κυρίως προσφεύγοντος έχει αναδρομικό αποτέλεσμα και ο οριστικός αποκλεισμός του από τον διαγωνισμό συνεπάγεται ότι το εν λόγω πρόσωπο βρίσκεται σε κατάσταση που δεν του επιτρέπει να προσβάλει την έκβαση της διαδικασίας επιλογής.
- 16 Σύμφωνα με την εν λόγω νομολογία του Consiglio di Stato, το πρακτικό συμφέρον επαναλήψεως του διαγωνισμού, το οποίο επικαλείται ο προσφεύγων κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως δεν στοιχειοθετεί έννομη κατάσταση που να τον νομιμοποιεί προς άσκηση προσφυγής. Συγκεκριμένα, τέτοιου είδους προσδοκία δεν διαφέρει από την προσδοκία οποιασδήποτε άλλης επιχειρήσεως του κλάδου η οποία προσδοκά να συμμετάσχει σε μελλοντική διαδικασία επιλογής. Κατά συνέπεια, η αντίθετη προσφυγή η οποία στρέφεται κατά της νομιμοποίησης του κυρίως προσφεύγοντος πρέπει πάντοτε να εξετάζεται κατά προτεραιότητα, ακόμα και αν οι διαγωνιζόμενοι ήταν μόνο δύο, δηλαδή ο προσφέρων του οποίου δεν έγινε δεκτή η προσφορά, ο οποίος είναι ο κυρίως προσφεύγων, και ο ανάδοχος της συμβάσεως, ο οποίος είναι ο αντιθέτως προσφεύγων.

- 17 Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται κατά πόσον η νομολογία αυτή, ειδικότερα καθόσον αναγνωρίζει ανεπιφυλάκτως την υπεροχή της αντίθετης προσφυγής επί της κύριας προσφυγής, συνάδει προς τις αρχές της ισότητας, της απαγορεύσεως των διακρίσεων, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, όπως λαμβάνονται υπόψη στα άρθρα 1, παράγραφος 1, και 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665. Συγκεκριμένα, κατά το δικαστήριο αυτό, η προηγούμενη –και πιθανώς αποκλειστική– εξέταση της αντίθετης προσφυγής δύναται να χορηγήσει στον ανάδοχο της συμβάσεως αδικαιολόγητο πλεονέκτημα σε σχέση με τους λοιπούς επιχειρηματίες οι οποίοι μετείχαν στη διαδικασία επιλογής όταν προκύψει ότι η σύμβαση του ανατέθηκε παρανόμως.
- 18 Υπό τις περιστάσεις αυτές, το Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Αντιβαίνει στις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων, της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της προστασίας του ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις, τις οποίες προβλέπει η οδηγία [89/665], στον νομολογιακώς διαμορφωθέντα κανόνα ο οποίος απορρέει από την απόφαση 4/2011 της ολομέλειας του Consiglio di Stato και σύμφωνα με τον οποίο η εξέταση της αντίθετης προσφυγής, η οποία στρέφεται κατά της νομιμοποίησης του κυρίως προσφεύγοντος βάλλοντας κατά της συμμετοχής του στη διαδικασία του διαγωνισμού, πρέπει αναγκαστικά να προηγείται της εξετάσεως της κύριας προσφυγής και έχει προδικαστικό χαρακτήρα σε σχέση με την εξέταση της κύριας προσφυγής, ακόμα και αν ο κυρίως προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την επανάληψη ολόκληρης της διαδικασίας επιλογής και ανεξαρτήτως του αριθμού διαγωνιζομένων που συμμετείχαν σε αυτή, με ειδικότερη αναφορά στην περίπτωση κατά την οποία οι συμμετέχοντες που παρέμειναν στον διαγωνισμό είναι μόνο δύο (δηλαδή ο κυρίως προσφεύγων και ο ανάδοχος αντιθέτως προσφεύγων), καθέναν από τους οποίους προσπαθεί να επιτύχει τον αποκλεισμό του άλλου λόγω του ότι οι υποβληθείσες προσφορές τους δεν πληρούν τις στοιχειώδεις απαιτήσεις καταλληλότητας της προσφοράς[;]»

Επί του παραδεκτού της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως

- 19 Η Telecom Italia και η Path-Net, καθώς και η Ιταλική Κυβέρνηση αμφισβητούν το παραδεκτό της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως για διάφορους λόγους. Πάντως, οι ούτως προβληθείσες τέσσερις ενστάσεις απαραδέκτου δεν μπορούν να γίνουν δεκτές.
- 20 Συγκεκριμένα, πρώτον, η παρούσα προδικαστική παραπομπή λαμβάνει χώρα σε κατάσταση εμπύπτουσα πλήρως στις διατάξεις του άρθρου 267 ΣΛΕΕ. Κατά το πρώτο και το δεύτερο εδάφιο του άρθρου αυτού, δικαστήριο κράτους μέλους μπορεί να ζητήσει από το Δικαστήριο να αποφανθεί επί της ερμηνείας των Συνθηκών και επί των πράξεων του παραγωγού δικαίου, αν κρίνει ότι απόφαση επί του ζητήματος είναι αναγκαία για την έκδοση της δικής του αποφάσεως στην υπόθεση της οποίας έχει επιληφθεί. Ωστόσο, εν προκειμένω, από την απόφαση περί παραπομπής προκύπτει ότι το Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte διερωτάται περί των συνεπειών της οδηγίας 89/665 στο δικονομικό και ουσιαστικό πλαίσιο της κύριας δίκης, εξετάζοντας δύο δυνατές απαντήσεις οι οποίες θα κατέληγαν σε διαφορετικές λύσεις της διαφοράς αυτής.
- 21 Δεύτερον, η απόφαση περί παραπομπής εκθέτει επαρκώς το εθνικό νομικό πλαίσιο, εφόσον περιγράφει και επεξηγεί τη νομολογία του Consiglio di Stato, η οποία βασίζεται στην ερμηνεία την οποία δίδει το δικαστήριο αυτό στο σύνολο των δικονομικών κανόνων και αρχών που αφορούν κατάσταση όπως αυτή της κύριας δίκης και τις εξ αυτών απορρέουσες συνέπειες, κατά το δικαστήριο αυτό, ως προς το παραδεκτό της κύριας προσφυγής του προσφέροντος του οποίου η προσφορά δεν έγινε δεκτή.
- 22 Τρίτον, μολονότι το αιτούν δικαστήριο δεν αναφέρει ποιας συγκεκριμένης διατάξεως του δικαίου της Ένωσης επιθυμεί την ερμηνεία, στο προδικαστικό ερώτημα, κάνει ρητώς μνεία της οδηγίας 89/665 και η απόφαση περί παραπομπής περιέχει αρκούντως πλήρες σύνολο πληροφοριών, βάσει των οποίων το

Δικαστήριο μπορεί να καθορίσει τα στοιχεία του δικαίου της Ένωσης τα οποία χρήζουν ερμηνείας, λαμβανομένου υπόψη του αντικειμένου της διαφοράς της κύριας δίκης (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 2006, C-346/05, Chateignier, Συλλογή 2006, σ. I-10951, σκέψη 19 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

- 23 Τέλος, τέταρτον, η διαφορά αυτή δεν αφορά προφανώς δημόσια σύμβαση αντιστοιχούσα στην εξαίρεση του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665. Συνεπώς, καθόσον η αξία της συμβάσεως αυτής φθάνει το κατώτατο όριο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18, όπως καθορίζεται στο άρθρο 7 της οδηγίας αυτής, όπερ απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει, αλλά περί του οποίου δεν τίθεται στο παρόν στάδιο καμία αμφιβολία, οι δύο προαναφερθείσες οδηγίες εφαρμόζονται όσον αφορά σύμβαση όπως αυτή της κύριας δίκης. Υπενθυμίζεται, συναφώς, ότι το γεγονός ότι διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού άπτεται μόνον εθνικών επιχειρήσεων δεν ασκεί επιρροή ως προς την εφαρμογή της οδηγίας 2004/18 (βλ., συναφώς, απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 2008, C-213/07, Μηχανική, Συλλογή 2008, σ. I-9999, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Επί του προδικαστικού ερωτήματος

- 24 Με το ερώτημά του το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να μάθει αν οι διατάξεις της οδηγίας 89/665, μεταξύ άλλων τα άρθρα 1 και 2, έχουν την έννοια ότι αν, στο πλαίσιο διαδικασίας εκδικάσεως προσφυγής, ο ανάδοχος εγείρει ένσταση απαραδέκτου λόγω ελλείψεως νομιμοποιήσεως του κυρίως προσφεύγοντος, για τον λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να απορρίψει την υποβληθείσα από τον κυρίως προσφεύγοντα προσφορά εφόσον δεν πληρούσε τις καθορισθείσες από την αναθέτουσα αρχή στη συγγραφή υποχρεώσεων τεχνικές προδιαγραφές, αντιβαίνει προς το εν λόγω άρθρο 1, παράγραφος 3, το να κριθεί απαράδεκτη η προσφυγή αυτή κατόπιν προηγούμενης εξετάσεως της ενστάσεως απαραδέκτου, όταν ο κυρίως προσφεύγων αμφισβητεί τη νομιμότητα της προσφοράς του αναδόχου για παρεμφερή λόγο και μόνον οι δύο αυτοί επιχειρηματίες υπέβαλαν προσφορά.
- 25 Επισημαίνεται ότι από το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665 προκύπτει ότι η οδηγία αποσκοπεί στο να καταστεί δυνατή η άσκηση αποτελεσματικών προσφυγών κατά των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών οι οποίες είναι ασυμβίβαστες με το δίκαιο της Ένωσης. Κατά την παράγραφο 3 του εν λόγω άρθρου, 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.
- 26 Συναφώς, απόφαση με την οποία η αναθέτουσα αρχή αποκλείει την προσφορά υποψηφίου πριν καν προβεί στην επιλογή της καλύτερης προσφοράς συνιστά απόφαση κατά της οποίας πρέπει, δυνάμει του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/665, να είναι δυνατή η άσκηση προσφυγής, δεδομένου ότι η διάταξη αυτή ισχύει για όλες τις λαμβανόμενες από αναθέτουσες αρχές αποφάσεις που διέπονται από τους κανόνες του δικαίου της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων και δεν προβλέπει κανέναν περιορισμό όσον αφορά τη φύση και το περιεχόμενο των εν λόγω αποφάσεων (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, C-249/01, Hackermüller, Συλλογή 2003, σ. I-6319, σκέψη 24 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).
- 27 Επομένως, στη σκέψη 26 της προαναφερθείσας αποφάσεως Hackermüller, το Δικαστήριο έκρινε ότι η μη παροχή εκ μέρους της υπεύθυνης για τις διαδικασίες εκδικάσεως προσφυγής αρχής της δυνατότητας ασκήσεως προσφυγής σε προσφέροντα του οποίου η προσφορά είχε απορριφθεί λόγω ελλείψεως νομιμοποιήσεως του πριν καν προβεί σε επιλογή θα είχε ως αποτέλεσμα να στερείται ο προσφέρων όχι μόνο του δικαιώματος ασκήσεως προσφυγής κατά της αποφάσεως της οποίας προβάλλει το παράνομο, αλλά και του δικαιώματος να αμφισβητήσει το βάσιμο του λόγου αποκλεισμού που επικαλείται η εν λόγω αρχή για να δικαιολογήσει τη μη στοιχειοθέτηση της ιδιότητας του προσώπου που έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προβαλλόμενη παρανομία.

- 28 Όταν βέβαια, προκειμένου να αποσοβηθεί αυτός κίνδυνος, αναγνωρίζεται στον προσφέροντα το δικαίωμα να αμφισβητήσει το βάσιμο του λόγου αποκλεισμού στο πλαίσιο της διαδικασίας εκδικάσεως προσφυγής, την οποία κινεί για να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της αποφάσεως με την οποία η αναθέτουσα αρχή δεν έκρινε ως καλύτερη τη δική του προσφορά, δεν μπορεί να αποκλειστεί, στο πλαίσιο αυτής της διαδικασίας, το ενδεχόμενο να καταλήξει η αρμόδια αρχή στο συμπέρασμα ότι η συγκεκριμένη προσφορά έπρεπε να είχε αποκλειστεί σε προηγούμενο στάδιο και ότι η προσφυγή του προσφέροντος πρέπει να απορριφθεί για τον λόγο ότι, λαμβανομένου υπόψη αυτού του στοιχείου, δεν έχει υποστεί ή δεν ενδέχεται να υποστεί ζημία από την παράβαση που προβάλλει (βλ. προαναφερθείσα απόφαση Hacker Müller, σκέψη 27).
- 29 Στην κατάσταση αυτή, ο προσφέρων ο οποίος κίνησε διαδικασία προσφυγής κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως πρέπει να έχει το δικαίωμα να αμφισβητήσει ενώπιον της αρχής αυτής, στο πλαίσιο της εν λόγω διαδικασίας, τη βασιμότητα του λόγου για τον οποίο έπρεπε να είχε απορριφθεί η προσφορά του (βλ., συναφώς, προαναφερθείσα απόφαση Hacker Müller, σκέψεις 28 και 29).
- 30 Τούτο έχει, κατ' αρχήν, εφαρμογή επίσης όταν η ένσταση απαραδέκτου δεν εγείρεται αυτεπαγγέλτως από την επιληφθείσα της διαφοράς αυτής αρχή, αλλά στο πλαίσιο αντίθετης προσφυγής ασκηθείσας από διάδικο της διαδικασίας εκδικάσεως της προσφυγής, όπως ο ανάδοχος ο οποίος συνήθως παρεμβαίνει στην εν λόγω διαδικασία.
- 31 Στην υπόθεση της κύριας δίκης, το αιτούν δικαστήριο, κατόπιν εξετάσεως της καταλληλότητας των προσφορών τις οποίες υπέβαλαν οι δύο οικείες εταιρίες, διαπίστωσε ότι η προσφορά της Fastweb δεν πληρούσε όλες τις τεχνικές προδιαγραφές που επιβάλλονται με τη συγγραφή υποχρεώσεων. Πάντως, κατέληξε στο ίδιο συμπέρασμα όσον αφορά την προσφορά του άλλου προσφέροντος, Telecom Italia.
- 32 Η εν λόγω κατάσταση διαφέρει από αυτή επί της οποίας εκδόθηκε η προαναφερθείσα απόφαση Hacker Müller, μεταξύ άλλων, λόγω του ότι διαπιστώθηκε ότι η επιλεγείσα προσφορά, εσφαλμένως, δεν αποκλείστηκε στο στάδιο της εξετάσεως των προσφορών παρά το ότι δεν πληρούσε τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων.
- 33 Ωστόσο, υπό το πρίσμα της διαπίστωσης αυτής, η αντίθετη προσφυγή του αναδόχου δεν μπορεί να καταλήξει στην απόρριψη της προσφυγής ενός προσφέροντος στην υποθετική περίπτωση κατά την οποία αμφισβητηθεί το νομότυπον της προσφοράς εκάστου επιχειρηματία στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας και για παρεμφερείς λόγους. Συγκεκριμένα, στην περίπτωση αυτή, κάθε ανταγωνιστής μπορεί να επικαλεστεί έννομο συμφέρον που να αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών, το οποίο μπορεί να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά.
- 34 Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, στο υποβληθέν ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 έχει την έννοια ότι αν, στο πλαίσιο εκδικάσεως προσφυγής, ο ανάδοχος στον οποίο ανατέθηκε η σύμβαση και άσκησε την αντίθετη προσφυγή εγείρει ένσταση απαραδέκτου λόγω ελλείψεως νομιμοποιήσεως του κυρίως προσφεύγοντος, για τον λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να απορρίψει την υποβληθείσα από τον κυρίως προσφεύγοντα προσφορά εφόσον δεν πληρούσε τις καθορισθείσες από την αναθέτουσα αρχή στη συγγραφή υποχρεώσεων τεχνικές προδιαγραφές, αντιτίθεται στην απόρριψη της κύριας προσφυγής ως απαράδεκτης κατόπιν της προηγουμένης εξετάσεως της εν λόγω ενστάσεως απαραδέκτου χωρίς να εξετασθεί αν συνάδει προς τις εν λόγω προδιαγραφές τόσο η προσφορά του αναδόχου, στον οποίο ανατέθηκε η σύμβαση, όσο και του προσφέροντος που άσκησε την κύρια προσφυγή.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 35 Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού 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 (δέκατο τμήμα) αποφαινεται:

Το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, έχει την έννοια ότι αν, στο πλαίσιο εκδικάσεως προσφυγής, ο ανάδοχος, στον οποίο ανατέθηκε η σύμβαση και άσκησε την αντίθετη προσφυγή, εγείρει ένσταση απαραδέκτου λόγω ελλείψεως νομιμοποίησης του κυρίως προσφεύγοντος, για τον λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να απορρίψει την υποβληθείσα από τον κυρίως προσφεύγοντα προσφορά εφόσον δεν πληρούσε τις καθορισθείσες από την αναθέτουσα αρχή στη συγγραφή υποχρεώσεων τεχνικές προδιαγραφές, αντιτίθεται στην απόρριψη ως απαράδεκτης της κύριας προσφυγής κατόπιν της προηγουμένης εξετάσεως της εν λόγω ενστάσεως απαραδέκτου χωρίς να εξετασθεί αν συνάδει προς τις εν λόγω προδιαγραφές τόσο η προσφορά του αναδόχου, στον οποίο ανατέθηκε η σύμβαση, όσο και του προσφέροντος που άσκησε την κύρια προσφυγή.

(υπογραφές)