

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

L. A. GEELHOED

της 20ής Νοεμβρίου 2003 ¹

I — Εισαγωγή

1. Στην παρούσα υπόθεση ζητείται από το Δικαστήριο να απαντήσει σε τέσσερα 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 ², όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (στο εξής: οδηγία 89/665) ³.

2. Τα ερωτήματα αυτά ανέκυψαν στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ, αφενός, της Siemens AG Österreich (στο εξής: Siemens) και της ARGE Telekom & Partner (στο εξής: ARGE Telekom) και, αφετέρου, της Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, ως αναθέτουσας αρχής (στο εξής: Hauptverband).

3. Το πραγματικό και νομικό πλαίσιο της διαφοράς εκ της οποίας προέκυψαν τα προδικαστικά ερωτήματα είναι περίπλοκο. Θα εκτεθεί κατωτέρω στο σημείο II των προτάσεών μου. Από το πλαίσιο αυτό προκύπτει ότι ευλόγως θα μπορούσαν να διατυπωθούν αμφιβολίες ως προς το παραδεκτό των προδικαστικών αυτών ερωτημάτων, τα οποία έχουν καταστεί εν όλω ή εν μέρει υποθετικά αφότου η διαφορά της κύριας δίκης κατέστη άνευ αντικειμένου.

4. Αυτά καθεαυτά τα ερωτήματα έχουν βεβαίως διατυπωθεί κατά τρόπο περίπλοκο, αν όμως διαβαστούν σε συνδυασμό με τις αιτιολογικές σκέψεις της αποφάσεως περί παραπομπής, παρέχουν επαρκή στοιχεία για τη διατύπωση μιας απαντήσεως. Προς τούτο, τα σημεία εκείνα της αποφάσεως που είναι χρήσιμα θα εκτεθούν συνοπτικώς στο σημείο III των προτάσεών μου. Η Bundesvergabeamt ερωτά, ουσιαστικώς, ως αιτούν δικαστήριο, αν ο τρόπος με τον οποίο ο Αυστριακός νομοθέτης μετέφερε στην εσωτερική νομοθεσία την οδηγία 89/665 είναι ο ορθός, αν ιδίως ληφθούν υπόψη οι (περιορισμένες) αρμοδιότητες της Bundesvergabeamt.

¹ — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ολλανδική.

² — ΕΕ L 395, σ. 33.

³ — ΕΕ L 209, σ. 1.

Π — Η εφαρμοστέα νομοθεσία

γυμνώνως την αναθέτουσα αρχή για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει προσφυγή.»

A — Η κοινοτική νομοθεσία

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

«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 καθορίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον από οποιοδήποτε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση. Ειδικότερα, τα κράτη μέλη μπορούν να απαιτούν από το πρόσωπο που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει τη διαδικασία αυτή να ενημερώνει προη-

6. Το άρθρο 2, παράγραφοι 1, 6, 7 και 8, της οδηγίας 89/665, ορίζει τα ακόλουθα:

«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 θιγόμενων 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 ζημωθέντα από την παράβαση πρόσωπα.
- όργανο κατά την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης και είναι ανεξάρτητη από την αναθέτουσα αρχή και τη βασική αρχή.

$$[\dots]$$

6. 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 κρατικής προμήθειας ή του δημοσίου έργου], οι εξουσίες της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής περιορίζονται στη χορήγηση αποζημίωσης σε κάθε πρόσωπο που υπέστη ζημία από παράβαση.

7. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να καθίσταται δυνατή η αποτελεσματική εκτέλεση των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αρμόδιες για τις διαδικασίες προσφυγής αρχές.

8. Όταν οι υπεύθυνοι για τις διαδικασίες προσφυγής αρχές 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 παράλειψη 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

Ο διορισμός και η λήξη της θητείας των μελών αυτής της ανεξάρτητης αρχής πρέπει να υπόκεινται 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.»

7. Το άρθρο 25 της οδηγίας 92/50 ορίζει τα ακόλουθα:

«Στη συγγραφή υποχρεώσεων, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από τους υποβάλλοντες προσφορά να αναφέρουν στην προσφορά τους τα τμήματα της συμβάσεως που ενδεχομένως προτίθενται να αναθέσουν υπεργολαβικά σε τρίτους. Η ανακοίνωση δεν προδικάζει το ζήτημα της ευθύνης του κύριου παρέχοντος υπηρεσίες.»

8. Το άρθρο 32 της οδηγίας 92/50 ορίζει ότι:

«1. Η ικανότητα των παρεχόντων υπηρεσιών να παράσχουν τις ζητούμενες υπηρεσίες είναι δυνατόν να εκτιμηθεί ειδικότερα βάσει της τεχνογνωσίας, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

2. Η τεχνική ικανότητα των παρεχόντων υπηρεσιών μπορεί να αποδειχθεί, ανάλογα με τη φύση, την έκταση και τον σκοπό των προς παροχή υπηρεσιών, με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα στοιχεία:

[...]

γ) κατάλογο του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν άμεσα είτε όχι στην επιχείρηση του παρέχοντος υπηρεσίες, ιδίως δε εκείνων που είναι επιφορτισμένοι με τους ποιοτικούς ελέγχους·

[...]

η) αναφορά του τμήματος της συμβάσεως που ο παρέχων υπηρεσίες προτίθεται ενδεχομένως να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους.

3. Η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ποια αποδεικτικά στοιχεία επιθυμεί να της υποβληθούν.

4. Η έκταση των πληροφοριών οι οποίες αναφέρονται στο άρθρο 31 και στις παραγράφους 1, 2 και 3 του παρόντος άρθρου δεν πρέπει να υπερβαίνει το αντικείμενο της συμβάσεως, οι δε αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη τους τα νόμιμα συμφέροντα των παρεχόντων υπηρεσιών όσον αφορά την προστασία του απορρήτου των τεχνικών και εμπορικών στοιχείων τους.»

Η εθνική νομοθεσία

9. Οι οδηγίες 89/665 και 92/50 μεταφέρθηκαν στην αυστριακή νομοθεσία με τον Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997 (ομοσπονδιακό νόμο του 1997 περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, BGBl. I, 1997/56, όπως τροποποιημένος δημοσιεύθηκε στο BGBl. I 2000/125, στο εξής: BVergG).

10. Το άρθρο 31 του BVergG αναφέρεται στις εργασίες ή υπηρεσίες που ανατίθενται σε υπεργολάβους και ορίζει ότι:

«1. Τα σχετικά με την προκήρυξη έγγραφα πρέπει να περιλαμβάνουν διατάξεις σχετικά με το αν επιτρέπονται παροχές εκ μέρους επιχειρήσεων οι οποίες αναλαμβάνουν υπεργολαβίες. Η εξ ολοκλήρου εκτέλεση του

αντικειμένου της συμβάσεως από υπεργολαβίες απαγορεύεται, πλην των συμβάσεων αγοράς και της ανάθεσης υπεργολαβιών σε επιχειρήσεις του αυτού ομίλου. Σε περίπτωση συμβάσεων με αντικείμενο την κατασκευή ακινήτων, δεν επιτρέπεται η ανάθεση σε υπεργολάβους σημαντικού τμήματος του αντικειμένου της συμβάσεως [...]. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάζει αν οι επιχειρήσεις υπεργολαβίας του προς τον κατακύρωση του διαγωνισμού εκτελούν αυτές το σημαντικότερο τμήμα του αντικειμένου της συμβάσεως. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις, δόντως αιτιολογημένες, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ορίσει, στα σχετικά με την προκήρυξη του διαγωνισμού έγγραφα, ότι είναι δυνατή η εκτέλεση σημαντικού τμήματος του αντικειμένου της συμβάσεως από υπεργολαβίες. Εξάλλου, η ανάθεση επιμέρους τμημάτων του αντικειμένου της συμβάσεως σε υπεργολαβίες επιτρέπεται μόνον αν η αναλαμβάνουσα την υπεργολαβία επιχείρηση έχει την απαιτούμενη ικανότητα εκτέλεσεως του τμήματος του αντικειμένου της συμβάσεως που της έχει ανατεθεί.

2. Με την προκήρυξη του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ζητεί από τους διαγωνιζόμενους να προσδιορίζουν, στην προσφορά τους, το τμήμα του αντικειμένου της συμβάσεως που προτίθενται, ενδεχομένως, να αναθέσουν υπεργολαβικώς σε τρίτους. Το στοιχείο αυτό δεν επηρεάζει την ευθύνη του αναδόχου.»

11. Το άρθρο 40 του BVergG, με τον τίτλο «Ανάκληση της προκηρύξεως κατά τη διάρκεια της προθεσμίας υποβολής προσφορών», ορίζει ότι:

«1. Διαρκούσης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, επιβάλλεται η ανάκληση της προκηρύξεως του διαγωνισμού όταν συντρέχουν επιτακτικοί λόγοι, ιδίως όταν, προ της εκπνοής της προθεσμίας υποβολής προσφορών, περιέχονται σε γνώση της αναθέτουσας αρχής πληροφοριακά στοιχεία, τα οποία, αν η αναθέτουσα αρχή είχε πληροφορηθεί ενωρίτερα δεν θα είχε εκδώσει μια τέτοια προκήρυξη διαγωνισμού ή θα είχε εκδώσει ουσιαστικώς διαφορετική προκήρυξη.

2. Η ανάκληση υπόκειται στον ίδιο τύπο δημοσιότητας με την προκήρυξη του διαγωνισμού.
3. Η ανάκληση της προκηρύξεως του διαγωνισμού πρέπει να γνωστοποιηθεί στους υποβαλόντες προσφορές και στους υποψήφιους οι οποίοι έχουν ήδη προμηθευθεί τα τεύχη δημοπρατήσεως, με μνεία των λόγων που επέβαλαν την ανάκληση.»

12. Τα άρθρα 52, 53, 53a, 54, 55 και 56 του BVergG –«Εξέταση των προσφορών»–, ορίζουν τα ακόλουθα:

«Άρθρο 52 (Απόρριψη προσφορών)

1. Πριν από την επιλογή της προσφοράς βάσει της οποίας θα γίνει η ανάθεση του αντικειμένου της συμβάσεως, η αναθέτουσα αρχή, στηριζόμενη στα

πορίσματα της εξέτασεως, αποκλείει ανυπερθέτως τις κάτωθι προσφορές:

Άρθρο 53 (Επιλογή της προσφοράς βάσει της οποίας θα κατακυρωθεί ο διαγωνισμός: αρχή της καλύτερης προσφοράς)

- 1) προσφορές εκ μέρους συμμετεχόντων στον διαγωνισμό οι οποίοι δεν παρουσιάζουν εχέγγυα περί της απαιτούμενης οικονομικής, χρηματοπιστωτικής και τεχνικής ικανότητας, ή δεν έχουν την απαιτούμενη αξιοπιστία.

Από τις προσφορές που παραμένουν μετά τον αποκλεισμό προσφορών, η εκτέλεση του αντικειμένου της συμβάσεως ανατίθεται, βάσει της τεχνικώς και οικονομικώς καλύτερης προσφοράς, σύμφωνα με τα κριτήρια που καθορίζει η προκήρυξη του διαγωνισμού (αρχή της καλύτερης προσφοράς). Οι λόγοι που δικαιολογούν την απόφαση περί αναθέσεως του αντικειμένου της συμβάσεως πρέπει να εκτίθενται γραπτώς και, εν πάση περιπτώσει, να περιλαμβάνονται στα πρακτικά, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 50.

[...]

- 8) προσφορές αντίθετες προς τις διατάξεις της προκηρύξεως του διαγωνισμού εσφαλμένες ή ελλιπείς, εφόσον οι πλημμέλειες που παρουσιάζουν δεν έχουν ιαθεί ή δεν μπορούν να ιαθούν, ή προσφορές μερικές, αν δεν επιτρέπεται η υποβολή τους.

Άρθρο 53a (Γνωστοποίηση της αποφάσεως περί επιλογής της καλύτερης προσφοράς)

- 9) προσφορές εκ μέρους συμμετεχόντων στον διαγωνισμό οι οποίοι συνέπραξαν με άλλους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό κατά τρόπο θίγοντα τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής, προσφορές αντίθετες προς τα χρηστά ήθη ή προσφορές κωλύουσες τον ανταγωνισμό.

1. Η αναθέτουσα αρχή ενημερώνει ανυπερθέτως, εγγράφως ή με τηλεομοιοτυπία (fax), πάντως δε κατά τρόπο δυνάμενο να αποδειχθεί, τους υποβαλόντες προσφορά οι οποίοι δεν αποκλείστηκαν, περί της ταυτότητας του διαγωνιζομένου με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή προτίθεται να συνάψει τη σύμβαση. Στην ανακοίνωση αυτή εκτίθενται, επίσης, ενόψει των διατάξεων της παραγράφου 4, προς τους μη επιλεγέντες διαγωνιζομένους, οι λόγοι απορρίψεως της προσφοράς τους.

2. Επί ποινή ακυρότητας, η σύναψη της συμβάσεως δεν επιτρέπεται να χωρήσει προ της παρελεύσεως περιόδου δύο εβδομάδων από της κοινοποιή-

[...]

σεως της αποφάσεως περί αναθέσεως του αντικειμένου της συμβάσεως, την οποία προβλέπει η πρώτη παράγραφος, πλην της περιπτώσεως επείγουσας διαδικασίας δυνάμει του άρθρου 69 ή διαδικασίας απευθείας διαπραγματεύσεων, δυνάμει των άρθρων 74, παράγραφος 3, σημεία 3 έως 5, 76, παράγραφος 3, σημεία 2 έως 5, ή 81, παράγραφος 3, σημεία 2 έως 5. Σε περίπτωση ταχείας διαδικασίας για λόγους επείγοντος, η περίοδος αναμονής πριν από τη σύνταξη της συμβάσεως περιορίζεται σε μία εβδομάδα.

3. Εντός προθεσμίας μιας εβδομάδας ή, σε περίπτωση ταχείας διαδικασίας για λόγους επείγοντος, δυνάμει του άρθρου 69, εντός προθεσμίας τριών ημερών, αρχομένης από της κοινοποίησης της αποφάσεως περί αναθέσεως του αντικειμένου της συμβάσεως, οι μη επιλεγέντες διαγωνιζόμενοι μπορούν να ζητήσουν εγγράφως να τους γνωστοποιηθούν οι λόγοι για τους οποίους δεν επελέγη η προσφορά τους, καθώς και τα χαρακτηριστικά και τα πλεονεκτήματα της επιλεγείσας προσφοράς.

4. Μετά την παραλαβή της αιτήσεως, η αναθέτουσα αρχή ανακοινώνει ανυπερθέτως –εφόσον η αίτηση υποβλήθηκε εμπροθέσμως– το βραδύτερο τρεις ημέρες πριν από την εκπνοή της προθεσμίας αναμονής, στους μη επιλεγέντες διαγωνιζόμενους, το όνομα του επιλεγέντος διαγωνιζόμενου, καθώς και το ύψος της προσφοράς του. Στους μη επιλεγέντες διαγωνιζόμενους πρέπει, επίσης, να γνωστοποιηθούν τα χαρακτηριστικά και τα πλεονεκτήματα της επιλεγείσας προσφοράς, υπό την επιφύ-

λαξη ότι η γνωστοποίηση αυτών των στοιχείων δεν θα έρχεται σε αντίθεση προς το δημόσιο συμφέρον ή δεν θα θίγουν τα θεμελιώδη εμπορικά συμφέροντα επιχειρήσεων ή δεν θα περιορίζουν το ελεύθερο και έντιμο ανταγωνισμό.

5. Αν κρίνει ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί αναθέσεως του αντικειμένου της συμβάσεως θίγει τις διατάξεις του παρόντος νόμου, ή ότι η απόφαση αυτή μπορεί να του προκαλέσει ζημία, ο μη επιλεγείς διαγωνιζόμενος οφείλει ανυπερθέτως να γνωστοποιήσει στην αναθέτουσα αρχή, κατά τρόπο δυνάμενο να αποδειχθεί, την πρόθεσή του να κινήσει διαδικασία προσφυγής, εκθέτοντας, επίσης, τους προς τούτο λόγους.

Άρθρο 54 (Ανάθεση του έργου ή της προμήθειας και σύναψη της συμβάσεως)

1. Διαρκούσης της προθεσμίας για την ανάθεση του έργου ή της προμήθειας, η συμβατική σχέση γεννάται από της γραπτής γνωστοποίησεως στον διαγωνιζόμενο της αποφάσεως περί αποδοχής της προσφοράς του. Σε περίπτωση υπερβάσεως της προθεσμίας για την ανάθεση του έργου ή της προμήθειας ή αν το αντικείμενο της συμβάσεως διαφέρει της προσφοράς, η συμβατική σχέση γεννάται από της εγγράφου δηλώσεως του διαγωνιζόμενου ότι αποδέχεται την εκτέλεση του αντικειμένου της συμβάσεως. Επιβάλλεται σχετικώς να παραχωρηθεί εύλογη προθεσμία στον διαγωνιζόμενο.

2. [...]

Άρθρο 55 (Ανάκληση της προκηρύξεως του διαγωνισμού μετά την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής προσφορών)

1. Μετά την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής προσφορών, η προκήρυξη του διαγωνισμού ανακαλείται αν συντρέχουν επιτακτικοί προς τούτο λόγοι.
2. Η προκήρυξη του διαγωνισμού μπορεί να ανακληθεί αν, μετά τον δυνάμει του άρθρου 52 αποκλεισμό προσφορών, παραμένει μία μόνον προσφορά.
3. Η προκήρυξη τεκμαίρεται ανακληθείσα αν υποβληθεί μία μόνο ή καμία προσφορά.
4. Οι μετέχοντες στον διαγωνισμό ενημερώνονται ανυπερθέτως περί της ανακλήσεως της προκηρύξεως του διαγωνισμού και για τους λόγους που την επέβαλαν.
5. Η ανάκληση της προκηρύξεως, δυνάμει των παραγράφων 1 έως 3, τυγχάνει της αυτής δημοσιότητας με την προκήρυξη του διαγωνισμού.

Άρθρο 56 (Ολοκλήρωση της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως)

1. Η διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως ολοκληρώνεται με τη σύναψη της συμβάσεως ή με την ανάκληση της προκηρύξεως του διαγωνισμού.
2. Οι διαγωνιζόμενοι στους οποίους δεν ανατέθηκε η εκτέλεση του αντικειμένου της συμβάσεως ενημερώνονται ανυπερθέτως μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως. [...]»
13. Το άρθρο 113 του BVergG καθορίζει τις αρμοδιότητες της Bundesvergabeamt. Προβλέπει τα ακόλουθα:
 - «1. Η Bundesvergabeamt είναι αρμόδια να εξετάζει τις προσφυγές, των οποίων επιλαμβάνεται, δυνάμει των διατάξεων του ακόλουθου κεφαλαίου.
 2. Η αρμοδιότητα της Bundesvergabeamt να εξετάζει παραβάσεις του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου και των κανονιστικών αποφάσεων εφαρ-

μογής του εξικνείται μέχρι του χρόνου συνάψεως της συμβάσεως, όσον αφορά

της επιτροπής φιλικού διακανονισμού, απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εκδοθείσας στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, σε περίπτωση που η απόφαση αυτή

1) τη λήψη προσωρινών μέτρων, και

2) την ακύρωση παρανόμων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής.

1) αντιβαίνει προς τις διατάξεις του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου ή προς τις κανονιστικές αποφάσεις εφαρμογής του και

3. Μετά την ανάθεση του αντικειμένου της συμβάσεως ή μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, η Bundesvergabeamt είναι αρμόδια να διαπιστώνει ότι, κατά παράβαση του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου και των κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής του, το αντικείμενο της συμβάσεως δεν ανατέθηκε στον υποβαλόντα την καλύτερη προσφορά, λόγω παραβάσεως του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου ή των κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής του. Σε μια τέτοια περίπτωση, η Bundesvergabeamt έχει την αρμοδιότητα να αποφαινεται, κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, αν ένας υποψήφιος ή ένας από τους αποκλεισθέντες διαγωνιζόμενους δεν είχε καμία πιθανότητα να αναλάβει την εκτέλεση του αντικειμένου της συμβάσεως, εφαρμοζόμενου ορθώς του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου και των κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής του.»

2) ασκεί ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της διαδικασίας συνάψεως της δημοσίας συμβάσεως.

[...]

3. Μετά την ανάθεση του αντικειμένου της συμβάσεως, η Bundesvergabeamt, υπό τις προϋποθέσεις της πρώτης παραγράφου, διαπιστώνει απλώς αν όντως συντρέχει η προβαλλόμενη παράβαση νόμου.»

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

«1. Η Bundesvergabeamt ακυρώνει, με την έκδοση διοικητικής αποφάσεως και λαμβάνοντας υπόψη τη γνώμη

15. Κατά το άρθρο 122, παράγραφος 1, του BVergG, «σε περίπτωση εκπτώσεως παραβιάσεως του ομοσπονδιακού νόμου ή των κανονιστικών αποφάσεων εφαρμογής του εκ μέρους των οργάνων της υπηρεσίας μας αναθέτουσας αρχής, ένας υποψήφιος ή ένας μη επιλεγείς διαγωνιζόμενος μπορεί να προβάλλει δικαίωμα επιστροφής των δαπανών στις οποίες υποβλήθηκε για την κατάρτιση της προσφοράς του ή των λοιπών δαπανών

που προέκυψαν από τη συμμετοχή του στη διαδικασία του διαγωνισμού έναντι της αναθέτουσας αρχής στα όργανα της οποίας καταλογίζεται η συμπεριφορά».

16. Δυνάμει του άρθρου 125, παράγραφος 2, του BVergG, αγωγή αποζημιώσεως, ασκούμενη ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, είναι παραδεκτή μόνον αν προηγηθεί η κατά το άρθρο 113, παράγραφος 3, διαπίστωση εκ μέρους της Bundesvergabeamt. Το πολιτικό δικαστήριο, το οποίο καλείται να αποφανθεί επί μιας τέτοιας αγωγής αποζημιώσεως, καθώς και οι διάδικοι ενώπιον της Bundesvergabeamt, δεσμεύονται από τη διαπίστωση αυτή.

17. Το άρθρο 5 του Verwaltungsvollstreckungsgesetz (νόμου περί αναγκαστικής εκτελέσεως μέσω της διοικήσεως, στο εξής: VVG) ορίζει ότι:

«1. Η υποχρέωση ανοχής μιας πράξεως, παραλείψεως ή ενέργειας, εκτέλεση της οποίας δεν μπορεί να ζητήσει τρίτος, λόγω της ιδιάζουσας φύσεώς της, εκτελείται διά προσφυγής στην αρμόδια εκτελεστική αρχή, η οποία επιβάλλει στον υπόχρεο να συμμορφωθεί προς την υποχρέωσή του, διά της επιβολής σ' αυτόν χρηματικής ποινής ή στερητικής της ελευθερίας ποινής.

2. Η εκτέλεση άρχεται αφού προηγουμένως υπομνησθούν, ως ρήτρα

απειλής, οι συνέπειες εκ της παραβάσεως ή της παραλείψεως. Το απειλούμενο μέτρο εκτελέσεως πρέπει να λαμβάνεται ευθύς μετά την πρώτη παράβαση ή αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία προς ενέργεια. Παράλληλα, πρέπει να τίθεται νέα ρήτρα απειλής σε περίπτωση υποτροπής ή νέας καθυστερήσεως. Το απειλούμενο μέτρο εκτελέσεως δεν λαμβάνεται σε περίπτωση εκπληρώσεως της υποχρεώσεως.

3. Τα μέτρα εκτελέσεως δεν πρέπει να υπερβαίνουν, σε κάθε περίπτωση, το ποσό των 10 000 αυστριακών σελινίων (ATS), αποτιμώμενα σε χρήμα, ή τη διάρκεια των τεσσάρων εβδομάδων, όταν πρόκειται για στερητική της ελευθερίας ποινή.

4. Η επιβολή προστίμου ως μέτρο εξαναγκασμού επιτρέπεται, επίσης, εις βάρος των νομικών προσώπων, των προσωπικών εταιριών του εμπορικού δικαίου και των καταχωρισμένων κερδοσκοπικών εταιριών, πλην των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου.»

18. Κατά το άρθρο 879 του Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Γενικού Αστικού Κώδικα, στο εξής: ABGB):

«1. Η σύμβαση είναι άκυρη αν αντιβαίνει σε εκ του νόμου προκύπτουσα απαγόρευση ή στα χρηστά ήθη·

2. Οι ακόλουθες συμβάσεις, ειδικότερα, είναι άκυρες:

[...]

III — Τα πραγματικά περιστατικά και η διαδικασία

A — Τα πραγματικά περιστατικά και οι διαδικασίες ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων

19. Στις 21 Σεπτεμβρίου 1999, η Hauptverband δημοσίευσε ανακοίνωση στη σειρά S της *Επίσημης Εφημερίδας των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων* περί της προθέσεώς της να προχωρήσει στη σύναψη δημοσίας συμβάσεως σε δύο στάδια. Αντικείμενο της συμβάσεως ήταν ο σχεδιασμός, η επεξεργασία και η υλοποίηση ενός συστήματος ηλεκτρονικής επεξεργασίας δεδομένων με βάση κάρτες μικροκυκλωμάτων, περιλαμβανομένης της παραδόσεως, της θέσεως σε λειτουργία, της εξασφαλίσεως, της διανομής και της διαθέσεως των καρτών, καθώς και της εγκαταστάσεως και συντηρήσεως τεματικών σταθμών σε ολόκληρη την Αυστρία, όπως επίσης την παροχή τεχνικής υποστηρίξεως στη μονάδα ηλεκτρονικής επεξεργασίας των δεδομένων του συστήματος, της τεχνικής υποστηρίξεως ενός κέντρου κλήσεων για τη διαχείριση των καρτών, καθώς και την παροχή άλλων αναγκαίων για τη λειτουργία του συστήματος υπηρεσιών.

20. Στις 22 Φεβρουαρίου 2000, η «επιτροπή καρτών μικροκυκλωμάτων» της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε να καλέ-

σει πέντε ομίλους διαγωνιζομένων να υποβάλουν προσφορά και να αποκλείσει τον έκτο διαγωνιζόμενο. Στο σημείο 1.19 του εντύπου υποβολής υποψηφιότητας, της 21ης Σεπτεμβρίου 1999, καθώς και στο σημείο 1.8 του εντύπου συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, το οποίο φέρει τον τίτλο «Προκήρυξη υποβολής προσφορών», της 15ης Μαρτίου 2000, τα όρια εντός των οποίων επιτρέπεται προσφυγή σε υπεργολαβίες καθορίστηκαν ως εξής: «Η ανάθεση σε υπεργολαβίες τμήματος του αντικειμένου της συμβάσεως επιτρέπεται μόνον μέχρι του ορίου του 30 % των παροχών και υπό την προϋπόθεση ότι ο υποψήφιος ή ο όμιλος υποψηφίων διατηρούν το κύριο μέρος του αντικειμένου της συμβάσεως, δηλαδή τη διαχείριση του προγράμματος, τον σχεδιασμό του συστήματος, την ανάπτυξη, την υλοποίηση, την παράδοση και την λειτουργία των κύριων συστατικών του όλου συστήματος, που αποτελούν χαρακτηριστικά στοιχεία του προγράμματος, τη διαμόρφωση, την παράδοση και τη διαχείριση των καρτών, αναλόγως της προβλεπόμενης διάρκειας ζωής τους, καθώς και τη διαμόρφωση των τεματικών σταθμών».

21. Κατά την αναθέτουσα αρχή, όπως προκύπτει από την απόφαση περί παραπομπής, το κριτήριο αυτό επιλογής τέθηκε προκειμένου να διασφαλιστεί η ενιαία εκτέλεση της συμβάσεως από τεχνικής απόψεως, καθόσον η προσωπική ευθύνη του προμηθευτή των καρτών θα μπορούσε να αποτελέσει κίνητρο για τη σύμφωνη προς τις προδιαγραφές εκτέλεση του αντικειμένου της συμβάσεως και να παράσχει στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα ασκήσεως αποτελεσματικότερης επιλογής.

22. Εντούτοις, τρεις από τους τέσσερις ομίλους που πράγματι υπέβαλαν προ-

σφορές (μεταξύ των οποίων η Siemens AG και η ARGE Telekom) περιελάμβαναν στα μέλη τους την προμηθεύτρια Austria Card, στην οποία ανετίθετο η «παράδοση των καρτών». Ο μόνος όμιλος διαγωνιζομένων που δεν περιελάμβανε την Austria Card ήταν η EDS/ORGa.

23. Με την ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής, η Hauptverband ενημέρωσε τους τρεις ομίλους διαγωνιζομένων, με έγγραφο της 18ης Δεκεμβρίου 2000, σύμφωνα με το άρθρο 53a του BVergG, ότι αποφάσισε να αναθέσει την εκτέλεση του αντικειμένου της συμβάσεως EDS/ORGa.

24. Οι όμιλοι διαγωνιζομένων που αποκλείστηκαν ζήτησαν να κινηθεί η διαδικασία φιλικού διακανονισμού εκ μέρους της Bundesvergabekontrollkommission (ομοσπονδιακής επιτροπής ελέγχου των διαγωνισμών για δημόσια έργα και προμήθειες). Η εν λόγω επιτροπή αρνήθηκε να κινηθεί η διαδικασία φιλικού διακανονισμού σε μία περίπτωση και επιχείρησε στις δύο άλλες περιπτώσεις να καταλήξει σε φιλική διευθέτηση, άνευ όμως αποτελέσματος. Κατόπιν αυτού οι τρεις αποκλεισθέντες όμιλοι διαγωνιζομένων άσκησαν προσφυγή ενώπιον της Bundesvergabeamt (ομοσπονδιακής υπηρεσίας διαγωνισμών για δημόσια έργα και προμήθειες). Ζήτησαν την ακύρωση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής να αναθέσει στον όμιλο EDS/ORGa την εκτέλεση του αντικειμένου της συμβάσεως, επικουρικά δε να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού.

25. Με απόφαση της 19ης Μαρτίου 2001, η Bundesvergabeamt (όγδοο τμήμα) απέρριψε το σύνολο των αιτημάτων λόγω ελλείψεως ενεργητικής νομιμοποίησης και εννόμου συμφέροντος, υπογραμμίζοντας στο σκεπτικό της ότι οι προσφορές

των προσφευγόντων έπρεπε να απορριφθούν από την αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του άρθρου 52, παράγραφος 1, διότι η Austria Card ανήκε και στους τρεις ομίλους διαγωνιζομένων και διότι η εκ τούτου προκύπτουσα ανταλλαγή πληροφοριών, καθώς και οι διαπραγματεύσεις που οπωσδήποτε προκάλεσε η τριπλή αυτή συμμετοχή σχετικά με τους όρους των προσφορών, πρέπει, κατά την άποψή της, να θεωρηθούν ως σύμπραξη μεταξύ διαγωνιζομένων αντιβαίνουσα προς την αρχή του ανταγωνισμού.

26. Από τη δικογραφία προκύπτει ότι η απόφαση αυτή της Bundesvergabeamt ακυρώθηκε με απόφαση του Verfassungsgerichtshof της 12ης Ιουνίου 2001, με το σκεπτικό ότι εθίγη το συνταγματικό δικαίωμα των τριών ομίλων να δικαστούν από τον φυσικό τους δικαστή, καθόσον η Bundesvergabeamt, πριν εκδώσει την απόφασή της, παρέλειψε να ζητήσει από το Δικαστήριο την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως επί του ερωτήματος αν μπορεί να στερηθεί του δικαιώματος προσφυγής ενώπιον του αρμόδιου εθνικού δικαιοδοτικού οργάνου ένας από τους διαγωνιζομένους του οποίου δεν αποκλείστηκε η προσφορά.

27. Στις 28 και 29 Μαρτίου 2001, η Debis, η τρίτη αποκλεισθείσα διαγωνιζόμενη, καθώς και η ARGE Telekom άσκησαν εκ νέου και διαδοχικά προσφυγές ενώπιον της Bundesvergabeamt, με αίτημα, μεταξύ άλλων, να ακυρωθεί η απόφαση της Hauptverband να μην ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού και, ως προσωρινό μέτρο, να απαγορευθεί στην αναθέτουσα αρχή να προχωρήσει στη σύναψη της συμβάσεως, για διάστημα δύο μηνών από της κινήσεως της διαδικασίας (Debis) ή μέχρις εκδόσεως της επί της

ουσίας αποφάσεως της Bundesvergabeamt (ARGE Telekom).

28. Με απόφαση της 5ης Απριλίου 2001, η Bundesvergabeamt, κρίνοντας επί των αιτήσεων λήψεως προσωρινών μέτρων, απαγόρευσε στην Hauptverband να προβεί στη σύναψη της συμβάσεως μέχρι τις 20 Απριλίου 2001.

29. Με τις προσφυγές τους, η Debis και η ARGE Telekom προέβαλαν επιχειρήματα, αντλούμενα τόσο από την εσωτερική νομοθεσία όσο και από την κοινοτική νομοθεσία, προκειμένου να θεμελιώσουν τον προβαλλόμενο παράνομο χαρακτήρα του διαγωνισμού. Κατά την άποψή τους, η προκήρυξη του διαγωνισμού έπρεπε να ανακληθεί, διότι από την απόφαση της Bundesvergabeamt της 19ης Μαρτίου 2001 προέκυπτε ότι παρέμενε μία μόνον επιχείρηση στην οποία θα μπορούσε να ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως. Πράγματι, αν οι προσφορές της Siemens, της ARGE Telekom και της Debis μπορούσαν να αποκλεισθούν δυνάμει του άρθρου 52, παράγραφος 1, του BVergG, επειδή θίγουν την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, από τις διατάξεις του άρθρου 55, παράγραφοι 2 και 3, BVergG προκύπτει ότι πρέπει να ανακληθεί η προκήρυξη του διαγωνισμού. Πράγματι, παραμένει πλέον ένας μόνον διαγωνιζόμενος (EDS/ORGa). Επιπροσθέτως, η προκήρυξη του διαγωνισμού αντιβαίνει προς το κοινοτικό δίκαιο, καθόσον στο σημείο 1.8 της προκηρύξεως του διαγωνισμού, της 15ης Μαρτίου 2000 περιλαμβάνεται ένα παράνομο κριτήριο. Πράγματι, κατά το σημείο αυτό της προκηρύξεως του διαγωνισμού απαγορεύεται να ανατεθούν σε υπεργολάβους τμήματα του αντικειμένου της συμβάσεως υπερβαίνοντα το 30 % του συνολικού αντικειμένου της συμβάσεως, ή το να ανατεθούν σε υπεργολάβους τα χαρακτηριστικότερα τμήματα του αντικειμένου της συμβάσεως, ιδίως δε η παράδοση και

διαχείριση των καρτών, αναλόγως της προβλεπόμενης διάρκειας ζωής τους. Ο όρος αυτός υποχρέωσε τις προσφεύγουσες να περιλάβουν την Austria Card στον όμιλο διαγωνιζομένων που συνέστησαν. Αν δεν υπήρχε ο όρος αυτός στο σημείο 1.8 της προκηρύξεως, οι προσφεύγουσες θα μπορούσαν να προσφύγουν στις υπηρεσίες ενός υπεργολάβου. Κατά την άποψή τους, η προϋπόθεση αυτή αντιβαίνει προς την κοινοτική νομοθεσία. Επικαλέστηκαν, σχετικώς, την απόφαση που εξέδωσε το Δικαστήριο στις 2 Δεκεμβρίου 1999 στην υπόθεση Holst Italia⁴. Από την απόφαση αυτή προκύπτει ότι μπορεί να ανατεθεί σε τρίτους η παροχή μιας υπηρεσίας η οποία συνιστά το αντικείμενο ενός διαγωνισμού.

30. Με απόφαση της 20ής Απριλίου 2001, η Bundesvergabeamt (ένατο τμήμα) έκανε δεκτά τα κύρια αιτήματα της Debis και της ARGE Telekom και, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 113, παράγραφος 2, σημείο 2, του BVergG, ακύρωσε την απόφαση της Hauptverband να μην ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού. Στο σκεπτικό της αποφάσεώς της τόνισε, κυρίως, ότι η προκήρυξη του διαγωνισμού έπρεπε να ανακληθεί διότι μία από τις ουσιώδεις διατάξεις της ήταν παράνομη, καθόσον η απαγόρευση αναθέσεως σε υπεργολάβους τμήματος του αντικειμένου της συμβάσεως που προέβλεπε το σημείο 1.8 συνιστά προσβολή του δικαιώματος που έλκει ο διαγωνιζόμενος από το κοινοτικό δίκαιο, όπως αυτό ερμηνεύθηκε στην απόφαση Holst Italia⁵, να επικαλείται τις υπηρεσίες ενός υπεργολάβου προκειμένου να αποδείξει την ικανότητά του να εκτελέσει το αντικείμενο του διαγωνισμού.

4 — C-176/98 (Συλλογή σ. I-8607).

5 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4.

31. Παρά την απόφαση αυτή, η Hauptverband αποφάσισε, στις 23 Απριλίου 2001, να αναθέσει την εκτέλεση του αντικειμένου της συμβάσεως στην EDS/ORGA, και, κατά συνέπεια, να προχωρήσει στη σύναψη της σχετικής συμβάσεως με τον όμιλο αυτό διαγωνιζομένων. Διαπιστώνοντας ότι η ισχύς του προσωρινού μέτρου που διέταξε η Bundesvergabeamt στις 5 Απριλίου 2001 έληξε στις 20 Απριλίου 2001, χωρίς να παραταθεί, και ότι η απόφαση της Bundesvergabeamt της 20ής Απριλίου 2001 δυσκόλως μπορούσε να γίνει κατανοητή, καθόσον προέβαινε σε «ακύρωση μιας αποφάσεως περί μη ανακλήσεως», η Hauptverband αποφάνθηκε ότι δεν είχε κριθεί κατά τρόπο νομικώς δεσμευτικό ότι ήταν ανίσχυρη ή ότι ακυρώθηκε η απόφασή της περί συνάψεως της συμβάσεως με τον όμιλο εκείνο των διαγωνιζομένων που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά.

32. Παράλληλως, η Hauptverband αποφάσισε να προσφύγει στο Verfassungsgerichtshof ζητώντας την ακύρωση της αποφάσεως της Bundesvergabeamt της 20ής Απριλίου 2001. Από τη δικογραφία προκύπτει ότι το Verfassungsgerichtshof απέρριψε, αρχικώς, με διάταξή του της 22ας Μαΐου 2001, το αίτημα της Hauptverband να αναγνωριστεί ότι η προσφυγή της έχει ως αποτέλεσμα την αναστολή εκτελέσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως της Bundesvergabeamt, με το σκεπτικό ότι, εν πάση περιπτώσει, η σχετική σύμβαση είχε ήδη συναφθεί, ακολούθως δε, με απόφαση της 2ας Μαρτίου 2002, ακύρωσε την απόφασή.

33. Στις 30 Απριλίου 2001, η Siemens άσκησε ενώπιον της Bundesvergabeamt προσφυγή με την οποία ζητούσε την ακύρωση σειράς αποφάσεων της Hauptverband σχετικών με την απόφασή της να

αναθέσει την εκτέλεση του έργου στην EDS/ORGA. Κατά τη Siemens, η ακύρωση της αποφάσεως της Hauptverband περί μη ανακλήσεως της προκηρύξεως του διαγωνισμού, η οποία δημοσιεύθηκε το 1999, συνεπάγεται τον παράνομο χαρακτήρα της αποφάσεως της Hauptverband να προχωρήσει στη σύναψη της συμβάσεως, καθόσον πρόκειται για μια δεύτερη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως σχετικά με την οποία, όμως, δεν δημοσιεύθηκε η απαιτούμενη προκήρυξη. Παράλληλα με το αίτημα ακυρώσεως ζήτησε τη λήψη προσωρινών μέτρων. Με απόφαση της 11ης Μαΐου 2001, η Bundesvergabeamt απέρριψε το αίτημα της Siemens περί λήψεως προσωρινών μέτρων, επιφυλασσόμενη ως προς την επί της ουσίας απόφασή της.

34. Στις 17 Μαΐου 2001, η ARGE Telekom ζήτησε επίσης τη λήψη προσωρινών μέτρων καθώς και την ακύρωση διαφόρων αποφάσεων της Hauptverband που σχετίζονται με την απόφασή της να μην ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού.

35. Στις 18 Μαΐου 2001, η Siemens υπέβαλε νέο αίτημα λήψεως προσωρινών μέτρων, καθώς και αίτημα ακυρώσεως των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής να μην ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού, να αναθέσει το αντικείμενο της συμβάσεως στην EDS/ORGA, να αποστείλει έγγραφο περί αναθέσεως του έργου και, επομένως, να προχωρήσει στη σύναψη της οριστικής συμβάσεως με την EDS/ORGA, χωρίς να έχει εγκύρως δημοσιοποιήσει την απόφαση περί αναθέσεως του έργου.

36. Με απόφαση της 9ης Ιουλίου 2001, η Bundesvergabeamt απέρριψε τις αιτήσεις λήψεως προσωρινών μέτρων της ARGE Telekom και της Siemens, επιφυλασσόμενη να αποφανθεί επί της ουσίας.

37. Κρίνοντας ότι η επίλυση των διαφορών που ήγαγαν ενώπιόν της η Siemens στις 30 Απριλίου και στις 18 Μαΐου 2001, και η ARGE Telekom στις 17 Μαΐου 2001 προϋπέθετε την ερμηνεία σειράς διατάξεων της οδηγίας 89/665, η Bundesvergabeamt (ένατο τμήμα) αποφάσισε, με διάταξη της 11ης Ιουλίου 2001, να υποβάλλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

B — Τα προδικαστικά ερωτήματα και οι σχετικές επεξηγήσεις

«1) Πρέπει να δοθεί στις διατάξεις της οδηγίας περί ενδίκων μέσων 89/665/ΕΟΚ, ιδίως στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', ενδεχομένως σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 7, η ερμηνεία ότι η απόφαση της αρμόδιας για τις διαδικασίες προσφυγής εθνικής αρχής, υπό την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 8, της οδηγίας περί ενδίκων μέσων 89/665/ΕΟΚ, η οποία αφορά την ακύρωση της αποφάσεως της δημόσιας αναθέτουσας αρχής να μην ανακαλέσει την προκήρυξη διαγωνισμού, έχει το αποτέλεσμα ότι, όταν η εθνική έννομη τάξη δεν παρέχει τη δυνατότητα αποτελεσματικής και αναγκαστικής εκτελέσεως των αποφάσεων της αρμόδιας για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής έναντι της

αναθέτουσας αρχής, η απόφαση της εθνικής αρμόδιας για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής περατώνει άνευ ετέρου την εν λόγω διαδικασία διαγωνισμού χωρίς η αναθέτουσα αρχή να πρέπει να εκδώσει άλλη πράξη;

2) Προκύπτει από τις διατάξεις της οδηγίας περί ενδίκων μέσων 89/665/ΕΟΚ, ιδίως από το άρθρο 2, παράγραφος 7, ενδεχομένως σε συνδυασμό με τις διατάξεις της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, ιδίως άρθρα 25 και 32, παράγραφος 2, στοιχείο γ', ή από άλλη διάταξη του κοινοτικού δικαίου, ιδίως λαμβανομένης υπόψη της ερμηνείας του κοινοτικού δικαίου σύμφωνα με την αρχή της πρακτικής αποτελεσματικότητας, ότι μία διάταξη περί προκηρύξεως διαγωνισμού η οποία, με την απαγόρευση αναθέσεως υπεργολαβίας για ουσιώδη τμήματα της παροχής, εμποδίζει τους προσφέροντες, παρά την αντίθετη νομολογία του ΔΕΚ, ιδίως στην υπόθεση C-176/98, Holst Italia κατά Commune di Cagliari, να αποδείξουν διά της συμβάσεως υπεργολαβίας ότι όντως διαθέτουν μέσα τρίτων και τους στερεί έτσι το δικαίωμα να επικαλεστούν μέσα τρίτων για να αποδείξουν την ικανότητά τους προς εκπλήρωση, αντίκειται τόσο πρόδηλα στο κοινοτικό δίκαιο, ώστε η σύμβαση που συνήφθη βάσει τέτοιας προκηρύξεως 3να πρέπει να θεωρείται άκυρη, ιδίως όταν η εθνική έννομη τάξη περιέχει ήδη διατάξεις που προβλέπουν την ακυρότητα συμβάσεων που αντίκεινται στον νόμο;

3) Προκύπτει από τις διατάξεις της οδηγίας περί ενδίκων μέσων 89/665/ΕΟΚ, ιδίως από το άρθρο 2, παράγραφος 7, ή από άλλη διάταξη του κοινοτικού δικαίου, ιδίως λαμβανομένης υπόψη της ερμηνείας του κοινοτικού δικαίου σύμφωνα με την αρχή της πρακτικής αποτελεσματικότητας, ότι η σύμβαση που αντιβαίνει προς το περιεχόμενο αποφάσεως αρμόδιας για τις διαδικασίες προσφυγής εθνικής αρχής, υπό την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 8, της οδηγίας περί ενδίκων μέσων 89/665/ΕΟΚ, η οποία αφορά την ακύρωση της αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής να μην ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού είναι άκυρη, ιδίως όταν η εθνική έννομη τάξη περιέχει ήδη διάταξη που προβλέπει την ακυρότητα συμβάσεων που αντίκεινται στον νόμο ή στα χρηστά ήθη και όταν η εθνική έννομη τάξη δεν παρέχει τη δυνατότητα αποτελεσματικής και αναγκαστικής εκτελέσεως της αποφάσεως της αρμόδιας για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής έναντι της αναθέτουσας αρχής;

4) α) Πρέπει να δοθεί στις διατάξεις της οδηγίας περί ενδίκων μέσων 89/665/ΕΟΚ, ιδίως στο άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', ενδεχομένως σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 7, η ερμηνεία ότι, όταν η εθνική έννομη τάξη δεν παρέχει άλλως τη δυνατότητα αποτελεσματικής και αναγκαστικής εκτελέσεως της αποφάσεως της αρμόδιας για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής έναντι της αναθέτουσας αρχής, η αρμόδια για τις διαδικασίες προσφυγής αρχή δύναται να υποχρεώσει την αναθέτουσα αρχή, με αναγκαστικώς εκτελεστή εντολή εφαρμόζοντας απευθείας

το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', σε συνδυασμό με το άρθρο 2, παράγραφος 7, να διατάξει την ακύρωση της αντίθετης προς τον νόμο αποφάσεως, παρὰ το γεγονός ότι η εθνική έννομη τάξη παρέχει στην αρμόδια για τις διαδικασίες προσφυγής αρχή, κατά τη διαδικασία ασκήσεως προσφυγής από τους προσφέροντες υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1, της οδηγίας περί ενδίκων μέσων 89/665/ΕΟΚ, μόνον τη δυνατότητα μη αναγκαστικής εκτελεστής ακυρώσεως των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών;

β) Για την περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 4α: Δύνатаι η αρμόδια για τις διαδικασίες προσφυγής αρχή σε μια τέτοια περίπτωση, βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 7, της οδηγίας περί ενδίκων μέσων 89/665/ΕΟΚ, ενδεχομένως σε συνδυασμό με άλλες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, να απειλήσει την επιβολή ή μάλιστα να επιβάλει η ίδια τις αναγκαστικές για την εκτέλεση της συμβάσεως και εύλογες σύμφωνα με την κρίση του δικαστή χρηματικές ποινές κατά των αναθετουσών αρχών ή χρηματικές και στερητικές της ελευθερίας ποινές κατά των μελών του διευθύνοντος οργάνου της αναθέτουσας αρχής, όταν οι αναθέτουσες αρχές ή τα μέλη του διευθύνοντος οργάνου της αναθέτουσας αρχής δεν συμμορφώνονται με τις εντολές της αρμόδιας για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής;»

38. Η Bundesvergabeamt στην απόφασή της περί παραπομπής ανέπτυξε διεξοδικώς τα υποβληθέντα προδικαστικά ερωτήματα. Τα κυριότερα στοιχεία των επεξηγήσεων αυτών είναι συνοπτικώς τα ακόλουθα:

39. Η Bundesvergabeamt ανέπτυξε το πρώτο ερώτημα υπογραμμίζοντας ότι, κατά το άρθρο 113, παράγραφος 2, στοιχείο 2, του BVergG, οι αποφάσεις της δεν περιλαμβάνουν διαταγές προς την αναθέτουσα αρχή, δυνάμενες να τύχουν αναγκαστικής εκτελέσεως κατόπιν αιτήσεως του νικήσαντος διαδίκου. Ως προς το ζήτημα αυτό, οι αρμοδιότητες της Bundesvergabeamt διαφοροποιούνται από τις αρμοδιότητες των αναλόγων εθνικών οργάνων σε άλλους τομείς, όπως της πολεοδομίας, των υδάτων ή των βιομηχανικών και εμπορικών επαγγελμάτων. Τα αντίστοιχα όργανα στους τομείς αυτούς μπορούν να εκδίδουν αποφάσεις δυνάμενες να τύχουν απευθείας εκτελέσεως. Συνεπώς, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων οι προσφεύγοντες βρίσκονται σε σαφώς ασθενέστερη θέση σε σχέση με τους προσφεύγοντες σε άλλους αντίστοιχους τομείς. Το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν αυτή η συνέπεια της εθνικής νομοθεσίας συμβιβάζεται με τις απαιτήσεις της κοινοτικής νομοθεσίας, όπως αυτές προκύπτουν, ιδίως, από το άρθρο 2, παράγραφος 7, της οδηγίας 89/665.

40. Αναφορικά με το δεύτερο ερώτημα, η Bundesvergabeamt τονίζει ότι, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, με την απόφασή της της 20ής Απριλίου 2001 έκρινε ότι οι διαγωνιζόμενοι μπορούν να αποδεικνύουν τις ικανότητές τους επικαλούμενοι τις ικανότητες των υπεργολάβων τους, όταν βεβαίως είναι σε θέση να

αποδείξουν ότι μπορούν πράγματι να έχουν πρόσβαση στις υπηρεσίες των εν λόγω υπεργολάβων. Κατά συνέπεια, η Bundesvergabeamt έκρινε ότι η διάταξη σχετικά με τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για την υποβολή προσφοράς αποκλείουσα, εξ ορισμού, την προσφυγή στις υπηρεσίες υπεργολάβων αντιβαίνει προς την κοινοτική κανονιστική ρύθμιση και ότι η διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως στο πλαίσιο της οποίας τίθεται μια τέτοια προϋπόθεση δεν επιτρέπεται να συνεχιστεί, αλλά πρέπει να ανακληθεί.

Βεβαίως, οι διατάξεις της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων δεν περιλαμβάνουν διατάξεις από τις οποίες ρητώς να προκύπτει αν οι παράνομοι διαγωνισμοί συνεπάγονται ακυρότητα των συμβάσεων στις οποίες κατέληξαν. Συνεπώς, το ζήτημα του κύρους της συμβάσεως μπορεί να θεωρηθεί ως ζήτημα αναγόμενο στη σφαίρα του εθνικού δικαίου.

Πάντως, ένα τέτοιο συμπέρασμα δεν θα ήταν ικανοποιητικό ενόψει της αρχής της πρακτικής αποτελεσματικότητας η οποία διέπει το κοινοτικό δίκαιο. Πράγματι, αναθέτουσα αρχή η οποία δεν συμμορφώνεται προς τις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου ούτε προς τις αποφάσεις του αρμόδιου για την εκδίκαση των σχετικών προσφυγών οργάνου, μπορεί να παρακάμψει το κοινοτικό δίκαιο, χωρίς τον φόβο οποιασδήποτε κυρώσεως, αν, όπως εν προκειμένω, η εσωτερική έννομη τάξη δεν διασφαλίζει την αναγκαστική εκτέλεση των αποφάσεων του αρμόδιου για την εκδίκαση των προσφυγών οργάνου.

Στο πλαίσιο αυτό, η Bundesvergabeamt θεωρεί ότι επιβάλλεται να διευκρινιστεί αν σύμβαση συναφθείσα κατόπιν διαδικασίας αντίθετης προς τις επιταγές του κοινοτικού δικαίου μπορεί να θεωρηθεί ως άκυρη, από απόψεως αστικού δικαίου, καθόσον είναι παράνομη ή αντιβαίνει προς τα χρηστά ήθη.

41. Αναφορικά με τα δύο πρώτα ερωτήματα, η Bundesvergabeamt τονίζει, επίσης, ότι αν η συναφθείσα σύμβαση θεωρηθεί άκυρη, έχει την αρμοδιότητα να κρίνει άκυρες τις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής (ή, πάντως, να λάβει άλλα μέτρα αν το Δικαστήριο απαντήσει καταφατικώς στο τέταρτο ερώτημα, στοιχεία α' και β'), διότι αν η σύμβαση δεν συνήφθη νομτύπως, τότε και ο διαγωνισμός είναι άκυρος. Κατά το αιτούν δικαστήριο, επιβάλλεται, κατά συνέπεια, επακριβέστερη ερμηνεία των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου, προκειμένου να καθοριστεί η αρμοδιότητα του εθνικού δικαστηρίου να αποφαίνεται επί του κύρους του διαγωνισμού και επί του κύρους της συμβάσεως που συνήφθη στο πλαίσιο αυτού.

42. Αναφορικά με το τρίτο ερώτημα, η Bundesvergabeamt τονίζει ότι η Hauptverband, ως αναθέτουσα αρχή, συνήψε τη σύμβαση όχι μόνον κατά παράβαση των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, αλλά και κατά παράβαση, και μάλιστα εκούσια, της αποφάσεως του κατά το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 αρμόδιου για την εκδίκαση των προσφυγών οργάνου. Μια τέτοια συμπεριφορά πρέπει να χαρακτηριστεί ως αντίθετη προς τα χρη-

στά ήθη, με τις συνέπειες που εξ αυτού προκύπτουν για το κύρος της συμβάσεως.

43. Αναφορικά με το τέταρτο ερώτημα, στοιχεία α' και β', η Bundesvergabeamt υπογραμμίζει ότι οι διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας δεν διασφαλίζουν την έγκυρη εκτέλεση των αποφάσεων του αρμόδιου για τις προσφυγές οργάνου, καθόσον η εθνική νομοθεσία δεν προβλέπει την αναγκαστική εκτέλεση αποφάσεως ακυρώνουσας απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Βεβαίως, το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665 παρέχει στα κράτη μέλη ευρύ περιθώριο εκτίμησης ως προς τις αρμοδιότητες του αρμόδιου για την εκδίκαση των προσφυγών οργάνου, όταν όμως αυτό έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό της πρακτικής αποτελεσματικότητας των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων, επιβάλλεται να εξεταστεί, όπως μάλλον φρονεί το αιτούν δικαστήριο, αν πρέπει να εφαρμοστούν απευθείας οι διατάξεις της οδηγίας που προβλέπουν τις αρμοδιότητες του αρμόδιου για την εκδίκαση των προσφυγών οργάνου. Σ' αυτό το πλαίσιο, η Bundesvergabeamt ερωτά αν τα μέσα εξαναγκασμού που προβλέπει η εσωτερική διοικητική νομοθεσία αρκούν για τη διασφάλιση της τηρήσεως των κοινοτικών διατάξεων.

IV — Η ενώπιον του Δικαστηρίου διαδικασία

44. Με την απόφασή της περί παραπομπής, η Bundesvergabeamt ζήτησε από το Δικαστήριο να αποφανθεί επί των προδικαστικών ερωτημάτων με βάση τη διαδικασία ταχείας εκδίκασεως που προβλέπει το άρθρο 104α του Κανονισμού Διαδικα-

σίας. Η ταχεία εκδίκαση θα μπορούσε να αποτρέψει το ενδεχόμενο παρακάμφεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, διά της πολιτικής των τετελεσμένων, του κοινοτικού δικαίου, όπως αυτό θα έχει ερμηνευθεί από το Δικαστήριο. Αν στα υποβληθέντα ερωτήματα δοθεί καταφατική απάντηση, θα μπορούσε να αποτραπεί ο κίνδυνος σοβαρής ζημίας, καθόσον η συναφθείσα μεταξύ της Hauptverband και της EDS/ORGА σύμβαση δεν είχε ακόμα αρχίσει να εκτελείται κατά τον χρόνο εκδόσεως της αποφάσεως περί παραπομπής.

45. Με διάταξη της 13ης Σεπτεμβρίου 2001, ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου απέρριψε το αίτημα αυτό με το σκεπτικό ότι από τα περιστατικά που εκθέτει το αιτούν δικαστήριο δεν προκύπτει ότι είναι εξαιρετικά επείγον να δοθεί απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα.

46. Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 9 Αυγούστου 2001. Η ARGE Telekom, η Hauptverband, η EDS/ORGА, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Επιτροπή κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις, δυνάμει του άρθρου 20 του Οργανισμού (ΕΟΚ) του Δικαστηρίου. Η Hauptverband, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Επιτροπή ανέπτυξαν περαιτέρω τις απόψεις τους κατά τη συνεδρίαση της 18ης Σεπτεμβρίου 2003.

V — Εκτίμηση

A — Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

47. Οι συνθήκες υπό τις οποίες εκδόθηκε η απόφαση περί παραπομπής, εκτενώς εκτεθείσες στα σημεία 19 έως 37 των προτάσεών μου, καθώς και οι επεξηγήσεις των προδικαστικών ερωτημάτων εκ μέρους του αιτούντος δικαστηρίου, επιβάλλουν τις ακόλουθες προκαταρκτικές παρατηρήσεις.

48. Ευθύς μόλις η Hauptverband ανακοίνωσε, σύμφωνα με το άρθρο 53 του BVergG, ως αναθέτουσα αρχή, στους εναπομείναντες διαγωνιζομένους ότι είχε την πρόθεση να αναθέσει την εκτέλεση του έργου στην EDS/ORGА, τρεις όμλοι προσέφυγαν στη Bundesvergabeamt:

1. Με μια πρώτη ομάδα προσφυγών, οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης ζήτησαν την ακύρωση της αποφάσεως της Hauptverband να αναθέσει το αντικείμενο της συμβάσεως στην EDS/ORGА και την ανάκληση της προκηρύξεως του διαγωνισμού. Οι προσφυγές τους αυτές δεν ευδοκίμη-

σαν, καθόσον απεργίφθησαν ως απαράδεκτες με απόφαση της 19ης Μαρτίου 2001.

- 2) Με μια δεύτερη ομάδα προσφυγών, οι αποκλεισθέντες διαγωνιζόμενοι ζήτησαν από την Bundesvergabeamt, μεταξύ άλλων, να ακυρώσει την κατά πλάσμα απόφαση της Hauptverband να μην ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού, ως αναθέτουσα αρχή. Επέλεξαν αυτή την οδό, καθόσον δεν είχαν πλέον τη δυνατότητα, όπως υπογράμμισαν η Hauptverband και η Αυστριακή Κυβέρνηση στις γραπτές και προφορικές παρατηρήσεις τους, να προσβάλουν για δεύτερη φορά, ενώπιον της Bundesvergabeamt, την απόφαση περί αναθέσεως του αντικείμενου της συμβάσεως. Η δεύτερη αυτή προσφυγή των αποκλεισθέντων διαγωνιζομένων ευδοκίμησε. Στο πλαίσιο προσωρινών μέτρων που αποφάσισε, στις 5 Απριλίου 2001, η Hauptverband απαγόρευσε τη σύναψη συμβάσεως μέχρι και τις 20 Απριλίου 2001. Στη συνέχεια, με διάταξη της 20ής Απριλίου 2001, η Bundesvergabeamt ακύρωσε την κατά πλάσμα απόφαση να μην ανακληθεί η προκήρυξη του διαγωνισμού. Πάντως, η απόφαση αυτή δεν εμπόδισε την αναθέτουσα αρχή να συνάψει τη σύμβαση με την EDS/ORGA λίγες ημέρες αργότερα.

- 3) Κατόπιν αυτού, οι αποκλεισθέντες διαγωνιζόμενοι άσκησαν μια τρίτη ομάδα προσφυγών με αίτημα την ακύρωση των αποφάσεων που έλαβε η Hauptverband μετά την απόφασή της να επιλέξει ως καλύτερη προφορά αυτή που υπέβαλε η EDS/

ORGA, των αποφάσεων δηλαδή που έλαβε κατά παράβαση της αποφάσεως της Bundesvergabeamt της 20ής Απριλίου 2001, σύμφωνα με την οποία θα έπρεπε να ανακληθεί η προκήρυξη του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτής της τρίτης ομάδας προσφυγών, η Bundesvergabeamt υπέβαλε τα εξεταζόμενα προδικαστικά ερωτήματα. Όπως προκύπτει από την απόφαση περί παραπομπής οι προσφεύγοντες στηρίζουν την προσφυγή τους σε δύο κυρίως επιχειρήματα:

- η απόφαση περί αναθέσεως του αντικείμενου της συμβάσεως, της 18ης Δεκεμβρίου 2000, είναι εξ υπαρχής άκυρη, δεδομένου ότι η επιτροπή καρτών δεν είχε ακόμα δώσει την απαιτούμενη άδεια·
- οι αποφάσεις που κατέληξαν στη σύναψη της συμβάσεως μεταξύ της Hauptverband και της EDS/ORGA είναι όλες άκυρες, καθόσον ελήφθησαν στο πλαίσιο μιας άκυρης διαδικασίας διαγωνισμού.

49. Δεν αμφισβητείται ότι η Hauptverband και η EDS/ORGA συνήψαν σύμβαση με την οποία περατώθηκε το δεύτερο στάδιο της διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως η οποία είχε κινηθεί στις 22 Φεβρουαρίου 2000. Κατά την αυστριακή νομοθεσία, μόνον τα πολιτικά

δικαστήρια είναι αρμόδια να αποφανθούν επί του κύρους αυτής της συμβάσεως και των ενδεχομένων αποζημιώσεων.

53. Με βάση κυρίως αυτό το πλαίσιο πρέπει να εξεταστεί, κατ' αρχάς, το παραδεκτό των ερωτημάτων.

50. Από το περιεχόμενο των υποβληθέντων ερωτημάτων και τις σχετικές επεξηγήσεις προκύπτει ότι η Bundesvergabeamt αμφιβάλλει ως προς το αν έχει τις απαιτούμενες αρμοδιότητες ώστε να διασφαλίζει την αποτελεσματική εφαρμογή της οδηγίας 89/665, δεδομένου ότι η διαδικασία διαγωνισμού την οποία η ίδια έκρινε ως αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο κατέληξε, παρά ταύτα, στη σύναψη συμβάσεως με σημαντικής αξίας αντικείμενο.

B — Επί του παραδεκτού των ερωτημάτων

54. Η Hauptverband, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Επιτροπή υπογράμμισαν στις γραπτές και προφορικές παρατηρήσεις τους ότι τα ερωτήματα δεν είναι παραδεκτά, επικαλούμενες λόγους εκ διαμέτρου αντίθετους.

51. Κατά το μέτρο που το αιτούν δικαστήριο φρονεί ότι το πλαίσιο εντός του οποίου εντάσσονται τα ερωτήματα που ανέκυψαν το παρωθεί να αμφισβητήσει με τα ερωτήματα αυτά, σιωπηρώς ή και ρητώς, το κατά πόσον συμβιβάζεται το αυστριακό νομοθετικό πλαίσιο περί δημοσίων συμβάσεων με την οδηγία 89/665, υπερβαίνει το πλαίσιο που θέτει το άρθρο 234 ΕΚ στην προδικαστική διαδικασία, η οποία ως διαδικασία συνεργασίας μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του Δικαστηρίου περιορίζεται στην ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου προς επίλυση μιας συγκεκριμένης διαφοράς.

55. Η Επιτροπή διατυπώνει αμφιβολίες ως προς το αν το αιτούν δικαστήριο έχει πράγματι δικαστικές αρμοδιότητες, καθόσον στην ίδια την απόφαση περί παραπομπής αναφέρεται ότι οι αποφάσεις του δεν συνεπάγονται «διαταγή προς την αναθέτουσα αρχή δυνάμενη να τύχει αναγκαστικής εκτελέσεως». Κατά συνέπεια, η Επιτροπή θέτει το ζήτημα αν τα ερωτήματα της Bundesvergabeamt είναι παραδεκτά, ενόψει της νομολογίας του Δικαστηρίου και, ιδίως, των αποφάσεων Victoria Film⁶ και Salzmann⁷, κατά την οποία τα εθνικά δικαιοδοτικά όργανα μπορούν να υποβάλουν ερωτήματα στο Δικαστήριο μόνον εφόσον εκκρεμεί ενώπιόν τους μια διαφορά και μόνον εφόσον καλούνται να αποφανθούν στο πλαίσιο διαδικασίας καταλήγουσας στην έκδοση αποφάσεως δικαστικού χαρακτήρα.

52. Συνεπώς, πρέπει να εξεταστεί αν η απάντηση που θα δώσει το Δικαστήριο στα υποβληθέντα προδικαστικά ερωτήματα μπορεί να χρησιμεύσει για την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης.

6 — Απόφαση της 12ης Νοεμβρίου 1998, C-134/97 (Συλλογή 1998, σ. I-7023, σκέψη 14).

7 — Απόφαση της 14ης Ιουνίου 2001, C-178/99 (Συλλογή 2001, σ. I-4421, σκέψη 14).

56. Η Αυστριακή Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι τα ερωτήματα είναι απαράδεκτα, καθόσον έχουν διατυπωθεί κατά τρόπο δυσνόητο για όσους δεν έχουν εξοικειωθεί με τους ουσιαστικούς και διαδικαστικούς κανόνες της αυστριακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων. Κατά την άποψή της, επιβάλλεται τα προδικαστικά ερωτήματα που έχουν ως αντικείμενο περιπλοκές και ουσιώδεις πτυχές της εσωτερικής νομοθεσίας να διατυπώνονται κατά τρόπο σαφή και κατανοητό για όσους δεν έχουν εξοικειωθεί με τη συγκεκριμένη εσωτερική έννομη τάξη.

57. Η Hauptverband υποστηρίζει ότι τα υποβληθέντα ερωτήματα είναι απαράδεκτα, καθόσον στην απόφαση περί παραπομπής εκτίθενται ανεπαρκώς τα πραγματικά περιστατικά της διαφοράς της κύριας δίκης. Συγκεκριμένα, η διαφορά δεν αφορά μία μόνον αλλά τρεις διαφορετικές διαδικασίες επί της ουσίας. Επιπροσθέτως, η Bundesvergabeamt δεν αναφέρθηκε στις υποθέσεις που εκκρεμούν ενώπιον του Verfassungsgerichtshof και ενώπιον του Handelsgericht Wien.

58. Εξάλλου, η Bundesvergabeamt δεν έχει αρμοδιότητα να υποβάλει προδικαστικά ερωτήματα, καθόσον, μετά την απόφασή της της 19ης Μαρτίου 2001, δεν είχε πλέον καμία αρμοδιότητα να επιλαμβάνεται προσφυγών κατά της απόφασης περί αναθέσεως του αντικείμενου της σύμβασης. Επομένως, η Bundesvergabeamt δεν έχει πλέον αρμοδιότητα να αποφασίζει επί του κύρους αυτής της απόφασης ούτε επί του κύρους των αποφάσεων που έλαβε στη συνέχεια η Hauptverband. Τέλος, η Bundesvergabeamt δεν έχει καμία αρμοδιότητα να

εκτιμά το κύρος μιας σύμβασης αστικού δικαίου η οποία συνήφθη μετά το πέρας της διαδικασίας συνάψεως δημοσίας σύμβασης.

59. Τέλος, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Hauptverband υπογράμμισαν, κατά την προφορική διαδικασία, τις συνέπειες της απόφασης του Verfassungsgerichtshof, της 2ας Μαρτίου 2002, ως προς το παραδεκτό της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής απόφασης. Με την απόφαση αυτή ακυρώθηκε η απόφαση της Bundesvergabeamt, της 20ής Απριλίου 2001. Το Verfassungsgerichtshof έκρινε ότι είναι λογικώς αδύνατη η ακύρωση μιας απόφασης όταν αυτή συνίσταται στην αποχή από κάθε ενέργεια. Η κατ' αυτής προσφυγή που άσκησαν οι όμλοι αποκλεισθέντων διαγωνιζομένων έπρεπε να κριθεί απαράδεκτη. Κατά το μέτρο που η Bundesvergabeamt προχώρησε στην επί της ουσίας εξέταση μιας προσφυγής που θα έπρεπε να κριθεί απαράδεκτη, περιεβλήθη αρμοδιότητα την οποία δεν έχει. Το αποτέλεσμα ήταν να θιγεί το δικαίωμα της Hauptverband για διαδικασία ενώπιον του νόμιμου δικαστή.

60. Η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Hauptverband υποστηρίζουν ότι η απόφαση αυτή του Verfassungsgerichtshof καθιστά τα υποβληθέντα στο Δικαστήριο ερωτήματα άνευ ενδιαφέροντος για την επίλυση της διαφοράς και υποθετικά, τουλάχιστον εν μέρει, δηλαδή καθόσον ρητώς ή σιωπηρώς αναφέρονται στην απόφαση της 20ής Απριλίου 2001 της Bundesvergabeamt. Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, το στοιχείο αυτό καθιστά τα ερωτήματα απαράδεκτα. Τούτο, εν

πάση περιπτώσει, ισχύει για το πρώτο ερώτημα και ίσως για το τρίτο και το τέταρτο ερώτημα, στοιχεία α' και β'.

61. Θα μπορούσε να δοθεί μια σύντομη απάντηση στο πρώτο επιχείρημα που προέβαλε η Επιτροπή προς στήριξη του λόγου απαραδέκτου που προβάλλει. Προσφάτως, στην απόφαση GAT⁸, το Δικαστήριο ρητώς υπογράμμισε ότι οι αποφάσεις της Bundesvergabeamt έχουν πράγματι δικαστικό χαρακτήρα και ότι, κατά συνέπεια, το Δικαστήριο έχει πράγματι την αρμοδιότητα να απαντά στα ερωτήματα που του υποβάλλει η εν λόγω αρχή. Το Δικαστήριο υπογράμμισε σχετικά ότι, όπως προκύπτει από το ίδιο το γράμμα του άρθρου 125, παράγραφος 2, του BVergG, αναγνωριστική απόφαση της Bundesvergabeamt εκδιδόμενη δυνάμει του άρθρου 113, παράγραφος 3, του εν λόγω νόμου, δεν αποτελεί απλώς προϋπόθεση παραδεκτού οποιασδήποτε αγωγής αποζημιώσεως ασκηθείσας ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, λόγω υπαίτιας παραβάσεως διατάξεων αυτού του νόμου, αλλά, επιπροσθέτως, δεσμεύει τόσο τους ενώπιον της Bundesvergabeamt διαδίκους όσο και το επιλαμβανόμενο πολιτικό δικαστήριο. Επομένως, το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να απαντά στα ερωτήματα που του υποβάλλει η Bundesvergabeamt.

62. Κατά τη γνώμη μου, και ο δεύτερος λόγος απαραδέκτου που προβάλλει η Αυστριακή Κυβέρνηση είναι αβάσιμος. Από την λεπτομερή απόφαση περί παραπομπής και το σκεπτικό της προκύπτουν απολύτως οι λόγοι για τους οποίους το αιτούν δικαστήριο υπέβαλε τα ερωτήματα

του, έστω και αν, εκ πρώτης όψεως, τα ερωτήματα αυτά δίνουν την εντύπωση ότι δεν είναι σαφώς διατυπωμένα. Εξάλλου, η Αυστριακή Κυβέρνηση, προβάλλοντας τον λόγο αυτό, ο οποίος αφορά κυρίως την εσωτερική νομοθεσία, δεν λαμβάνει υπόψη της ότι σκοπός της διαδικασίας που προβλέπει το άρθρο 234 ΕΚ δεν είναι η ερμηνεία ή ο έλεγχος του κύρους της εσωτερικής νομοθεσίας, αλλά της κοινοτικής νομοθεσίας, ειδικότερα δε εν προκειμένω, η ερμηνεία ορισμένων διατάξεων των οδηγιών 89/665 και 92/50⁹.

63. Ο τρίτος λόγος απαραδέκτου που προβάλλει η Hauptverband είναι περισσότερο πειστικός, ιδίως αν εξεταστεί υπό το πρίσμα των προκαταρκτικών παρατηρήσεων που διατύπωσα ανωτέρω στα σημεία 48 έως 53 των προτάσεών μου. Βεβαίως, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να καθορίσει αν η απόφαση περί παραπομπής είναι σύμφωνη με τους εσωτερικούς ουσιαστικούς και δικονομικούς κανόνες¹⁰, να διαπιστώσει τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά¹¹ και να προβεί στην εκτίμησή τους¹², η αρμοδιότητα αυτή όμως δεν είναι απεριορίστη. Αν από την απόφαση περί παραπομπής, από τη δικογραφία, ή από τις γραπτές

9 — Βλ., μεταξύ άλλων, την απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 1976, 63/76, Inzivillo (Συλλογή τόμος 1976, σ. 767, σκέψη 6).

10 — Βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 16ης Μαρτίου 1978, 104/77, Oehlschlager (Συλλογή τόμος 1978, σ. 277, σκέψη 4), και της 28ης Ιανουαρίου 1999, C-181/96, Wilkens (Συλλογή 1999, σ. I-399, σκέψη 33).

11 — Βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 5ης Οκτωβρίου 1999, C-175/98 και C-177/98, Lirussi και Bizzarro (Συλλογή 1999, σ. I-6881, σκέψεις 37 και 38) της 22ας Ιανουαρίου 2002, C-390/99, Canal Satélite Digital (Συλλογή 2002, σ. I-607, σκέψη 18) και της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, C-167/01, Inspire Art (Συλλογή 2003, σ. I-10155, σκέψη 43).

12 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 16ης Ιουλίου 1992, C-343/90, Lourenço Dias (Συλλογή 1992, σ. I-4673, σκέψη 14), και Canal Satélite Digital (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 11, σκέψη 43).

8 — Απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01 (Συλλογή 2003, σ. I-6351, σκέψεις 25 έως 29).

και προφορικές παρατηρήσεις προκύπτει ότι η απάντηση στα υποβληθέντα ερωτήματα δεν θα επηρεάσει, προφανώς, την επίλυση της διαφοράς, και ότι, κατά συνέπεια, τα ερωτήματα αυτά έχουν υποθετικό χαρακτήρα, κατά πάγια νομολογία, το Δικαστήριο δεν αποφαινεται επί των ερωτημάτων αυτών¹³.

64. Για τον λόγο αυτό, επιβάλλεται να εξεταστεί αν τα ερωτήματα που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο υποβοηθούν την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης.

65. Όπως ήδη υπογράμμισα ανωτέρω στα σημεία 48 έως 51 των προτάσεών μου, η Hauptverband προχώρησε στη σύναψη συμβάσεως με την EDS/ORGa, χωρίς να δώσει συνέχεια στην απόφαση της Bundesvergabeamt με την οποία ακυρώθηκε η κατά πλαίσια απόφαση της Hauptverband να μην ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού. Στη διαφορά της κύριας δίκης οι προσφεύγοντες υποστηρίζουν, μεταξύ άλλων, ότι οι αποφάσεις της Hauptverband οι οποίες τελικώς κατέληξαν στη σύναψη της συμβάσεως είναι άκυρες στο σύνολό τους, καθόσον ελήφθησαν στο πλαίσιο μιας παράνομης διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως.

66. Εφόσον στο πλαίσιο της αυστριακής εννόμου τάξεως δεν απόκειται στην Bundesvergabeamt, αλλά στα πολιτικά δικαστήρια, να κρίνουν το κύρος της συμβάσεως που συνήφθη στις 23 Απριλίου 2002 μεταξύ της Hauptverband και της EDS/

ORGa, η απάντηση στα υποβληθέντα ερωτήματα δεν δύναται, κατ' αρχήν, να συμβάλει στην επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης.

67. Κατά την αυστριακή νομοθεσία, τα πολιτικά δικαστήρια είναι αρμόδια να αποφαινούνται επί διαφορών σχετικών με συμβάσεις συναφθείσες μετά την απόφαση περί αναθέσεως του αντικειμένου της συμβάσεως. Σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 6, τελευταία φράση, της οδηγίας 89/665, η αυστριακή νομοθεσία περιορίζει τις αρμοδιότητες του δικαιοδοτικού αυτού οργάνου σε ζητήματα αποζημιώσεως προσώπων τα οποία ζημώθηκαν λόγω παραβάσεως των κανόνων περί συνάψεως δημοσίας συμβάσεως.

68. Δεδομένου ότι στο πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται η διαφορά της κύριας δίκης η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί αναθέσεως του αντικειμένου της συμβάσεως δεν ακυρώθηκε από τη Bundesvergabeamt και ότι η απόφαση αυτή εκτελέστηκε μέσω της συνάψεως μιας ή περισσότερων συμβάσεων, δεν χωρεί αμφιβολία ότι τα πολιτικά δικαστήρια είναι αποκλειστικώς αρμόδια να αποφανθούν επί διαφορών σχετικών με τις συμβάσεις στη σύναψη των οποίων κατέληξε η συγκεκριμένη διαδικασία.

69. Ενόψει των ανωτέρω, επιβάλλεται, κατά την άποψή μου, το συμπέρασμα ότι τα υποβληθέντα από τη Bundesvergabeamt ερωτήματα, διά των οποίων ουσια-

13 — Βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 16ης Δεκεμβρίου 1981, 244/80, Foglia (Συλλογή 1981, σ. 3045, σκέψη 21), και της 21ης Μαρτίου 2002, C-451/99, Cura Anlagen (Συλλογή 2002, σ. I-3193, σκέψη 26) και Inspire Art (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 11, σκέψη 47).

στικώς ερωτάται αν οι αρμοδιότητες που της παρέχει ο BVergG ανταποκρίνονται στις ελάχιστες απαιτήσεις που θέτει το άρθρο 2, παράγραφος 7, της οδηγίας 89/665, είναι καθαρώς υποθετικά.

70. Εξάλλου, ο υποθετικός χαρακτήρας των ερωτημάτων αναδεικνύεται και από το ίδιο το περιεχόμενό τους. Από κοινού εξεταζόμενα, συγκλίνουν, όπως υπογράμμισα ανωτέρω στο σημείο 51 των προτάσεών μου, στο να ζητήσουν από το Δικαστήριο να προβεί σε έλεγχο της συμφωνίας με το κοινοτικό δίκαιο του όλου συστήματος ενδίκου προστασίας που προβλέπει η εσωτερική νομοθεσία περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, χωρίς ιδιαίτερη σχέση με τη συγκεκριμένη διαφορά μεταξύ των διαδίκων της κύριας δίκης. Υποβάλλοντας τέτοια ερωτήματα, το αιτούν δικαστήριο αγνόησε την αποστολή που αναθέτει στο Δικαστήριο το άρθρο 234 ΕΚ, που συνίσταται στην απονομή της δικαιοσύνης εντός των κρατών μελών και όχι στη διατύπωση συμβουλευτικών γνώμων επί γενικών ή υποθετικών ζητημάτων¹⁴.

71. Η τελευταία πτυχή που πρέπει να εξεταστεί αναφορικά με το ζήτημα του παραδεκτού των υποβληθέντων ερωτημάτων είναι οι συνέπειες της αποφάσεως του Verfassungsgerichtshof της 2ας Μαρτίου 2002.

72. Κατά τη διάταξη παραπομπής, η Bundesvergabeamt υπέβαλε τα ερωτήματα αυτά ιδίως διότι η απόφασή της της 20ής Απριλίου 2001, με την οποία ακυρώθηκε η κατά πλάσμα απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην ανακαλέσει την προκήρυξη του διαγωνισμού, δεν επιδέχεται αναγκαστική εκτέλεση κατά την αυστριακή νομοθεσία. Τούτο προκύπτει αναμφισβητήτως από το πρώτο, το τρίτο και το τέταρτο ερώτημα, στοιχεία α' και β'. Δεδομένου ότι το Verfassungsgerichtshof ακύρωσε την απόφαση της 20ής Απριλίου 2001 ακριβώς επειδή η Bundesvergabeamt δεν ήταν αρμόδια να λάβει μια τέτοια απόφαση, οι άμεσα συνδεόμενες με την απόφαση αυτή ερωτήσεις κατέστησαν άνευ αντικειμένου. Κατά συνέπεια, κατέστησαν καθαρώς υποθετικές, ανεξαρτήτως μάλιστα των επιχειρημάτων που εξέθεσα ανωτέρω.

73. Καίτοι το δεύτερο ερώτημα δεν αφορά άμεσα την απόφαση της 20ής Απριλίου 2001, εντούτοις το ερώτημα αυτό επηρεάζεται κατά τη γνώμη μου, από την προαναφερθείσα απόφαση του Verfassungsgerichtshof. Πράγματι, επί της ουσίας, το σκεπτικό της ακυρωθείσας αποφάσεως της 20ής Απριλίου 2001 στηριζόταν στην υπόθεση ότι η διαδικασία του διαγωνισμού είναι άκυρη επειδή ένας από τους όρους που επιβλήθηκαν στους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό αντιβαίνει προς την κοινοτική κανονιστική ρύθμιση, όπως την ερμήνευσε το Δικαστήριο με την απόφαση *Holst Italia*¹⁵. Η υπόθεση αυτή, όμως, αποτελεί τον πυρήνα του δεύτερου ερωτήματος.

14 — Βλ. προσφάτως την απόφαση *Inspire Art* (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 11, σκέψη 45).

15 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4.

Ασχέτως της ορθότητάς της, δεν εναπόκειται στο Δικαστήριο να την εξετάσει, καθόσον περιλαμβάνεται σε απόφαση της Bundesvergabeamt η οποία δεν έχει πλέον καμία επίπτωση επί της διαφοράς της κύριας δίκης.

στηρίζεται είναι ανακριβής. Είναι δηλαδή ανακριβές ότι από την απόφαση Holst Italia¹⁶ προκύπτει ότι η προϋπόθεση που τίθεται στο σημείο 1.8 της προκηρύξεως της 15ης Μαρτίου 2000 προκειμένου να επιτραπεί η υπεργολαβία αντιβαίνει προς την κοινοτική νομοθεσία.

74. Για τους λόγους αυτούς, καταλήγω στο συμπέρασμα ότι τα ερωτήματα που υπέβαλε η Bundesvergabeamt στο Δικαστήριο στο πλαίσιο της παρούσας υποθέσεως δεν εξυπηρετούν την επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης και πρέπει, κατά συνέπεια, να θεωρηθούν απαράδεκτα, ως καθαρώς υποθετικά.

Γ — Επί της ουσίας

75. Ελικοειδώς, για την περίπτωση που το Δικαστήριο δεν ακολουθήσει τις προτάσεις μου σχετικά με το απαράδεκτο όλων των ερωτημάτων που υποβλήθηκαν, αλλά κρίνει απαράδεκτα μόνον τα ερωτήματα εκείνα που ευθέως επηρεάζονται από την απόφαση του Bundesverfassungsgerichtshof της 2ας Μαρτίου 2002, δηλαδή το πρώτο, το τρίτο και το τέταρτο ερώτημα, στοιχεία α' και β', επανέρχομαι στην εξέταση του δεύτερου ερωτήματος.

76. Αναφορικά με το ερώτημα αυτό η Επιτροπή, ορθώς κατά τη γνώμη μου, υπογράμμισε ότι η βάση επί της οποίας

77. Η εφαρμοστέα στην παρούσα διαδικασία διαγωνισμού οδηγία 92/50 δεν περιλαμβάνει, πράγματι, καμία διάταξη από την οποία να προκύπτει απαγόρευση υπεργολαβιών. Από το άρθρο 25 της οδηγίας αυτής προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει από τον διαγωνιζόμενο να προσδιορίσει, στην προσφορά του, το μέρος του αντικειμένου της συμβάσεως που προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικώς σε τρίτους. Επιπρόσθετως, το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχείο η', της οδηγίας ορίζει ότι μπορεί να δικαιολογηθεί η τεχνική ικανότητα του παρέχοντος υπηρεσίες, με βάση τη φύση, την ποσότητα και τη χρησιμότητα των υπηρεσιών που πρόκειται να παρασχεθούν, με προσδιορισμό του τμήματος του αντικειμένου της συμβάσεως που ο παρέχων τις υπηρεσίες προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει υπεργολαβικώς σε τρίτους.

78. Όπως ορθώς υπογράμμισαν η Επιτροπή, η Αυστριακή Κυβέρνηση και η Hauptverband, προκειμένου να κριθεί αν μπορεί να επιτραπεί απαγόρευση υπεργολαβιών, πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ μας τέτοιου είδους απαγορεύσεως στο πλαίσιο της εξέτασης της ικανότητας των διαγωνιζομένων και μιας απαγορεύσεως

16 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4.

στο πλαίσιο εκτελέσεως της συμβάσεως μετά τη σύναψή της.

στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οντοτήτων που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως [...].».

79. Η απόφαση *Holst Italia*¹⁷ του Δικαστηρίου, στην οποία αναφέρθηκε η Bundesvergabeamt, αφορά το στάδιο εξετάσεως και επιλογής στο πλαίσιο της διαδικασίας διαγωνισμού.

Στη σκέψη 26 της αποφάσεως αυτής, το Δικαστήριο υπογραμμίζει σχετικώς: «Όπως προκύπτει τόσο από το αντικείμενο όσο και από το γράμμα των εν λόγω διατάξεων, ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να διαθέσει, προς εκτέλεση της συμβάσεως, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες »

Στη σκέψη 31 το Δικαστήριο καταλήγει το σκεπτικό του ως εξής: «[...] η οδηγία 92/50 έχει την έννοια ότι επιτρέπει σε παρέχοντα υπηρεσίες, ο οποίος καλείται να αποδείξει ότι πληροί τις οικονομικές, χρηματοδοτικές και τεχνικές προϋποθέσεις συμμετοχής του σε διαδικασία προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, με σκοπό τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών, να κάνει χρήση των ικανοτήτων άλλων οντοτήτων, ανεξάρτητα από τη νομική φύση των δεσμών που διατηρεί με αυτές, υπό την προϋπόθεση ότι είναι σε θέση να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται

80. Δίδω την ακόλουθη ερμηνεία στην απόφαση αυτή: οι μετέχοντες σε διαγωνισμό για τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως δεν μπορούν να αποκλειστούν με το αιτιολογικό ότι δεν διαθέτουν οι ίδιοι όλα τα απαιτούμενα μέσα για την εκτέλεση της συμβάσεως. Μια τέτοια απαγόρευση θα είχε ως συνέπεια τον εξ αρχής σοβαρό περιορισμό του αριθμού των διαγωνιζομένων, ιδίως σε περιπτώσεις που το αντικείμενο της συμβάσεως είναι μεγαλύτερης σημασίας και τεχνικώς πολύπλοκο. Τούτο θα έθετε σε κίνδυνο την υλοποίηση του σκοπού της οδηγίας 92/50. Εντούτοις, προκειμένου να βεβαιωθεί για την ορθή εκτέλεση της συμβάσεως, ο κύριος του έργου μπορεί να ζητήσει από τον υποψήφιο ο οποίος προτίθεται να προσφύγει στη βοήθεια τρίτων, να παράσχει στοιχεία σχετικά με τις διαθέσιμες ικανότητες των εν λόγω τρίτων.

81. Εντούτοις, από το γράμμα του σημείου 1.8 των όρων του διαγωνισμού που εξέθεσα ανωτέρω στο σημείο 20 των προτάσεών μου, προκύπτει ότι οι όροι αυτοί δεν αφορούν το στάδιο εξετάσεως και επιλογής στο πλαίσιο της διαδικασίας του διαγωνισμού, αλλά το στάδιο που αφορά την εκτέλεση της συμβάσεως μετά την υπογραφή της.

82. Στο στάδιο αυτό, η οδηγία 92/50 δεν αποκλείει την απαγόρευση ή τον περιορισμό της προσφυγής σε υπεργολαβίες, στο πλαίσιο της επιδιώξεως του κυρίου του

¹⁷ — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4.

έργου να μην ανατεθούν ουσιώδη τμήματα του αντικειμένου της συμβάσεως σε τρίτους των οποίων δεν είχε την ευκαιρία να εξετάσει, στο πλαίσιο του διαγωνισμού τις ικανότητες και την ποιότητά τους. Σύμφωνα με το γράμμα του, το άρθρο 25 της εν λόγω οδηγίας αφορά ρητώς μόνον το στάδιο εξετάσεως και επιλογής στο πλαίσιο της διαδικασίας του διαγωνισμού. Σκοπός της διατάξεως είναι να παράσχει στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα ελέγχου των ικανοτήτων των ενδιαφερομένων, απαραίτητη προϋπόθεση για την ορθή εκτίμηση των προσφορών. Δεν μπορεί εξ αυτής της διατάξεως να συναχθεί επιχείρημα υπέρ της απαγορεύσεως προσφυγής σε υπεργολαβίες κατά το στάδιο μετά τη σύναψη της συμβάσεως.

83. Συνεπώς, η βάση επί της οποίας στηρίζεται η απόφαση της Bundesvergabeamt της 20ής Απριλίου 2001, ότι δηλαδή το σημείο 1.8 των όρων του διαγωνισμού αντίκειται προς την κοινοτική νομοθεσία και ότι, ως εκ τούτου, πρέπει να ανακληθεί η προκήρυξη του διαγωνισμού, είναι ανακριβής.

84. Καίτοι το αιτούν δικαστήριο δεν ζητεί με τα ερωτήματά του τον έλεγχο της ερμηνείας που έδωσε το Δικαστήριο με την απόφασή του στη υπόθεση *Holst Italia*¹⁸, εκτιμώ ότι δυσχερώς θα μπο-

ρούσε να αποφύγει το Δικαστήριο αναθεώρηση μας προφανώς εσφαλμένης νομολογίας του. Ιδίως αν ληφθεί υπόψη ότι επ' αυτής στηρίζεται η απόφαση του αιτούντος δικαστηρίου στην οποία αναφέρονται τα προδικαστικά ερωτήματα, πράγμα που καθιστά τα ερωτήματα αυτά υποθετικά και για τον πρόσθετο αυτό λόγο.

85. Κατά τα λοιπά, πέραν της βάσεως επί της οποίας στηρίζεται η απόφαση της 20ής Απριλίου, ότι δηλαδή συνήφθη σύμβαση στο πλαίσιο διαδικασίας διαγωνισμού η προκήρυξη του οποίου περιείχε όρο αντίθετο προς την κοινοτική νομοθεσία, ή ότι ο διαγωνισμός συνεχίστηκε κατά παράβαση αποφάσεως οργάνου προβλεπόμενου στο άρθρο 2, παράγραφος 8, της οδηγίας 89/665, και εν γνώσει της αντιθέσεως με την απόφαση αυτή, το κύρος ή, ενδεχομένως, η ακύρωση συμβάσεων που έχουν ήδη συναφθεί πρέπει να κριθεί κατά την εφαρμοστέα εσωτερική νομοθεσία.

86. Το συμπέρασμα αυτό επιρρωννύεται, μεταξύ άλλων, από την απόφαση που το Δικαστήριο εξέδωσε στην υπόθεση *Alcatel*¹⁹ και με τις προτάσεις που ανέπτυξε ο γενικός εισαγγελέας Alber στην υπόθεση *Επιτροπή κατά Αυστρίας*²⁰.

19 — Απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98, *Alcatel Austria* κ.λπ. (Συλλογή 1999, σ. I-7671, σκέψη 49).

20 — Προτάσεις της 19ης Ιανουαρίου 1999, απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-328/96 (Συλλογή 1999, σ. I-7479, σκέψη 48).

VI — Πρόταση

87. Για τους λόγους αυτούς προτείνω στο Δικαστήριο:

- να κρίνει απαράδεκτα τα ερωτήματα που υπέβαλε η Bundesvergabeamt με την απόφασή της της 11ης Ιουλίου 2001
- επικουρικώς, να κρίνει απαράδεκτα το πρώτο, το τρίτο και το τέταρτο ερώτημα, στοιχεία α' και β', και να απαντήσει ως εξής στο δεύτερο ερώτημα:

«Σε περίπτωση διεξαγωγής διαγωνισμού για τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως η προκήρυξη του οποίου περιελάμβανε όρο αντίθετο προς την κοινοτική νομοθεσία ή σε περίπτωση συνεχίσεως αυτού του διαγωνισμού κατ' αντίθεση προς απόφαση αρχής αρμόδιας να επιλαμβάνεται προσφυγών, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2, παράγραφος 8, 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, την οποία η εν λόγω αρχή εξέδωσε λαμβάνοντας υπόψη την αντίθεση αυτή, το κύρος και ενδεχομένως η ακύρωση συμβάσεων που έχουν ήδη συναφθεί, εκτιμάται κατά την εφαρμοστέα εσωτερική νομοθεσία.»