

ΠΑΝΤΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ
ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

PANTEION UNIVERSITY OF SOCIAL AND POLITICAL SCIENCES



ΣΧΟΛΗ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ

«ΔΗΜΟΣΙΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ»

ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: «ΔΙΚΑΙΟ, ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ»

Η διεύρυνση των δυνητικών λόγων αποκλεισμού υποψηφίου αναδόχου

προς μια νέα θεώρηση των δημοσίων συμβάσεων κατά το Ευρωπαϊκό Δίκαιο,

με αφορμή την απόφαση C-124/17

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Ηλίας Κουλιανόπουλος

ΑΘΗΝΑ 2019

Τριμελής Επιτροπή

Χρυσούλα Μουκίου, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Τμήματος Δημόσιας Διοίκησης
Παντείου Πανεπιστημίου (επιβλέπουσα)

Μελέτιος Μουστάκας, Καθηγητής Τμήματος Δημόσιας Διοίκησης Παντείου
Πανεπιστημίου

Φερενίκη Παναγοπούλου, Επίκουρη Καθηγήτρια Τμήματος Δημόσιας Διοίκησης
Παντείου Πανεπιστημίου

Copyright ©Ηλίας Κουλιανόπουλος, 2020

All rights reserved. Με την επιφύλαξη παντός δικαιώματος.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας διπλωματικής εργασίας εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα. Ερωτήματα που αφορούν τη χρήση της διπλωματικής εργασίας για κερδοσκοπικό σκοπό πρέπει να απευθύνονται προς το συγγραφέα.

Η έγκριση της διπλωματικής εργασίας από το Πάντειο Πανεπιστήμιο Κοινωνικών και Πολιτικών Επιστημών δεν υποδηλώνει αποδοχή των γνώμων του συγγραφέα.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

1. Εισαγωγή
2. Οι λόγοι αποκλεισμού υπό το καθεστώς των οδηγιών του 2004: η «ανταγωνιστικο-κεντρική» προσέγγιση των δημοσίων συμβάσεων
3. Η νομολογία του ΔΕΕ αναφορικά με τις οδηγίες του 2004
 - A. Η απόφαση «ΜΗΧΑΝΙΚΗ» (C-213/07)
 - B. Η απόφαση «LIBOR» (C-358/12)
 - Γ. Η απόφαση «eVigilo» (C-538/13)
 - Δ. Η απόφαση «FABRICOM» (C-21/03 & C-34/03)
 - E. Η απόφαση «AFCon» (T-160/03)
4. Οι νέοι στόχοι του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων: από την «ανταγωνιστικο-κεντρική» στην «δημοσιοκεντρική» προσέγγιση των δημοσίων συμβάσεων
5. Οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού της οδηγίας 2014/24/ΕΕ
 - A) Η σύγκρουση συμφερόντων
 - B) Αποκλεισμός λόγω στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας προμηθείας
 - Γ) Η προγενέστερη αντισυμβατική συμπεριφορά
 - Δ) Η απόπειρα άσκησης αθέμιτης επιρροής
 - E) Το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα
 - ΣΤ) Η διαδικασία της αυτοκάθαρσης
6. Η απόφαση C-124/17
7. Η ενσωμάτωση της οδηγίας 2014/24/ΕΕ στο ελληνικό δίκαιο
8. Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
 - A) Η απόφαση 877/2018
 - B) Η απόφαση 465/2018

ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Η παρούσα διπλωματική εργασία ερευνά τη νέα τελολογία του ευρωπαϊού νομοθέτη στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Ειδικότερα, μελετώνται οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού οικονομικού φορέα που προσδιορίζονται στις οδηγίες 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, όπως αυτοί διευρύνθηκαν σε σχέση με τους λόγους αποκλεισμού που περιλαμβάνονταν στις προηγούμενες ευρωπαϊκές ρυθμίσεις για τις δημόσιες συμβάσεις, υπό την επίδραση του διεθνούς, εξαναγκαστού ή ήπιου δικαίου αλλά και της νομολογιακής επεξεργασίας του Δικαστηρίου επί των λόγων αποκλεισμού. Έτσι η νέα τελολογία του Ευρωπαϊού νομοθέτη αφορά στόχους και πέραν της προστασίας του ανταγωνισμού, όπως η διαφάνεια υπό ουσιαστική έννοια, που περιλαμβάνει την εντιμότητα, την ακεραιότητα και την έλλειψη διαφθοράς, στόχοι οι οποίοι, χωρίς να παραγκωνίζουν τους παλιούς, κατακτούν ισότιμη θέση δίπλα τους. Η εργασία ξεκινάει με μια επισκόπηση της στοχοθεσίας του ευρωπαϊού νομοθέτη μέχρι την θέσπιση των οδηγιών του 2014 ενώ στη συνέχεια παρουσιάζονται σημαντικές αποφάσεις του Δικαστηρίου και του Πρωτοδικείου, οι οποίες εκδόθηκαν υπό το κράτος του προηγούμενου ευρωπαϊκού ρυθμιστικού πλαισίου, μέσα από τις οποίες τα ευρωπαϊκά δικαιοδοτικά όργανα προσέγγισαν για πρώτη φορά τις έννοιες της διαφάνειας (τόσο από τυπική όσο και από ουσιαστική άποψη), της σύγκρουσης συμφερόντων και της συμπαιγνίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Έπειτα παρουσιάζεται το νέο παράγωγο δίκαιο της ΕΕ, η οδηγία 2014/24/ΕΕ και ειδικότερα οι λόγοι αποκλεισμού που θέτει. Διακρίνουμε τους λόγους αποκλεισμού σε υποχρεωτικούς και δυνητικούς, προσεγγίζουμε την προβληματική πίσω από αυτούς, εστιάζουμε ειδικότερα στις έννοιες της σύγκρουσης συμφερόντων και της στρέβλωσης του ανταγωνισμού λόγω προηγούμενης εμπλοκής του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς και σε αυτήν της έλλειψης ακεραιότητας του οικονομικού φορέα συνεπεία σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και αναλύουμε τις εξουσίες της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά τους λόγους αποκλεισμού.

ABSTRACT

This dissertation explores the new teleology of the European legislator in the field of public procurement. In particular, the potential grounds for exclusion of an economic operator specified in Directives 2014/23 / EU, 2014/24 / EU and 2014/25 / EU, as they were extended in relation to the exclusion grounds contained in previous European public procurement arrangements, are studied, under the influence of international, coercive or soft law but also the case law of the Court on the grounds for exclusion. Thus, the new teleology of the European legislature is about goals beyond the protection of competition, such as the substantial meaning of transparency, which includes honesty, integrity and the absence of corruption, goals which, without marginalizing the old ones, gain an equal position next to them. . The work begins with an overview of the European legislator's objectives until the adoption of the 2014 directives, followed by important judgments of the Court of Justice and the Court of First Instance, issued under the former European regulatory framework, through which the European courts approached for the first time the concepts of transparency, conflict of interest and collusion in the field of public procurement. Then comes the new EU secondary law, Directive 2014/24 / EU and in particular the exclusion grounds. We distinguish the exclusion grounds into mandatory and potential, we approach the issue behind them, we focus in particular on the concepts of conflict of interest and distortion of competition due to previous involvement of the economic operator in the preparation of the procurement procedures, as well as lack of of the economic operator as a result of a serious professional misconduct and we analyze the powers of the contracting authority as to the exclusion grounds.

1. Εισαγωγή

Ο τομέας των δημοσίων συμβάσεων αποτελεί – παγκοσμίως – έναν τομέα μείζονος σημασίας για την οικονομία, αφού αντιπροσωπεύει μεγάλο τμήμα της συνολικής οικονομικής δραστηριότητας¹. Εξάλλου, οι δημόσιες επενδύσεις, ιδίως σε περιόδους οικονομικής κρίσης αλλά και συνολικότερα, στηρίζουν σε μεγάλο βαθμό την οικονομία ενός κράτους², γεγονός ιδιαίτερα σημαντικό στο περιβάλλον μιας διεθνούς ένωσης, όπως η Ευρωπαϊκή Ένωση, όπου αφενός η προσφορά δημοσίων επενδύσεων είναι πολύ μεγαλύτερη από ότι η προσφορά σε μεμονωμένα κράτη, συγχρόνως όμως και ο ανταγωνισμός πολλαπλασιάζεται.

Αντιλαμβάνεται επομένως κανείς το ενδιαφέρον της Ευρωπαϊκής Ένωσης να ρυθμίσει το σχετικό πεδίο, υπό το πρίσμα αρχικά της προστασίας των κανόνων του ανταγωνισμού. Οι πρώτες ευρωπαϊκές ρυθμίσεις για τις δημόσιες συμβάσεις ήταν οι οδηγίες 93/36/EK, 93/37/EK, 93/38/EK και 93/50/EK, οι οποίες συγχωνεύθηκαν και τροποποιήθηκαν το 2004, με τις οδηγίες 2004/17/EK και 2004/18/EK. Πράγματι, το ενδιαφέρον του ευρωπαϊού νομοθέτη μέχρι και την έκδοση των οδηγιών του 2014, εστιζόταν κυρίως στην εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις³. Η διασφάλιση της (ουσιαστικής) διαφάνειας⁴ στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεν απασχόλησε τα ευρωπαϊκά δικαιοπαραγωγικά όργανα, παρά το γεγονός ότι πρόκειται για ένα πεδίο ευεπίφορο σε κρούσματα αδιαφάνειας, όπως άλλωστε έχει επισημανθεί διεθνώς⁵. Τα ανωτέρω αποτυπώνονταν και στους

¹Παπαπαναγιώτου Αν. – Ζάχου Χαρ., Προσέγγιση του ν. 4412/2016 υπό το πρίσμα των σημαντικότερων αλλαγών που εισήγαγε προσαρμόζοντας την κοινοτική οδηγία 2014/24/ΕΕ, ΘΠΔΔ 2/2018, σελ. 144, όπου και αναφορά σε συγκεκριμένα οικονομικά μεγέθη.

²Σπυρίδωνος Αλ. Π., Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις, ΘΠΔΔ 6/2017, σελ. 537

³Βλ. ΜουκίουΧρυσούλα Ρ., The principles of transparency and anti-bribery in public procurement: a slow engagement with the letter and spirit of the EU public procurement directives, EPPPL 11/2016, issue 2, p. 72 – 87

⁴Για τη διαφάνεια υπό τυπική και ουσιαστική έννοια βλ. Μουκίου Χρ., Διαφάνεια, ακεραιότητα και εντιμότητα στις δημόσιες συμβάσεις, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 32 επ.

⁵Μουκίου Χρ., ο.π. σελ. 148

προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού των υποψηφίων αναδόχων, οι οποίοι (λόγοι αποκλεισμού) στηρίζονταν αποκλειστικά σε αντικειμενικές περιστάσεις ή συμπεριφορές που μπορούσαν να θέσουν υπό αμφισβήτηση την επαγγελματική εντιμότητα ή την οικονομική ή χρηματοδοτική ικανότητα υποψηφίου αναδόχου να ολοκληρώσει το δημόσιο έργο⁶.

Παρόλα αυτά, η ιδιότητα των ευρωπαϊκών κανόνων ως οδηγιών, έδωσε την δυνατότητα στα κράτη μέλη να τις ενσωματώσουν, ειδικά όσον αφορά τις ρυθμίσεις περί αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων, αποκλίνοντας από το βαθμό αυστηρότητας που αυτές υιοθετούσαν, ανάλογα με εκτιμήσεις τους σε εθνικό επίπεδο, υπό τον όρο πάντα του σεβασμού της αρχής της προστασίας του ανταγωνισμού και αυτών της αναλογικότητας και της επικουρικότητας⁷, παρά το γεγονός ότι επρόκειτο για οδηγίες εναρμόνισης⁸.

Στην κατεύθυνση αυτή ιδιαίτερα σημαντικός ήταν και ο ρόλος του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ - τ. ΔΕΚ), το οποίο επικύρωσε τη δυνατότητα αυτή των κρατών μελών να προσδιορίζουν τους όρους υπό τους οποίους είναι δυνατό να αποκλείονται οι υποψήφιοι ανάδοχοι⁹. Σταδιακά το Δικαστήριο (αλλά και το Πρωτοδικείο), στο πλαίσιο κρίσης τους περί της συμφωνίας ή όχι με το ευρωπαϊκό δίκαιο, εθνικών αποκλίσεων αναφορικά με τους λόγους αποκλεισμού, ανέδειξαν με τη νομολογία τους τη σχέση της (τυπικής) διαφάνειας με την ίση μεταχείριση των υποψηφίων ενώ σε δεύτερο στάδιο συνέδεσαν τη διαφάνεια με έννοιες όπως αυτές της σύγκρουσης συμφερόντων και της συμπαιγνίας, προχωρώντας στη θεώρησή της και υπό ουσιαστική έννοια¹⁰.

Η νομολογιακή αυτή επεξεργασία του Δικαστηρίου εμπεδώθηκε σταδιακά από τον ευρωπαϊκό νομοθέτη¹¹, οδηγώντας τον, υπό την επίδραση και του διεθνούς, εξαναγκαστού ή ήπιου, δικαίου, στο «άνοιγμα» της τελολογίας του σε επίπεδο

⁶MoukiouChryssoulaP., p. 73

⁷Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 152

⁸Ο.π., σελ. 148, υποσημείωση 11

⁹MoukiouChryssoulaP., p. 73

¹⁰Μουκίου Χρ., ο.π. σελ. 158 επ. και Τροβά Ελ., Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ΘΠΔΔ 2008, σελ. 1182 επ.

¹¹Για την διαλεκτική επίδραση της νομολογίας του ΔΕΚ στην εξέλιξη του ευρωπαϊκού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων βλ. και Γιαννακόπουλου Κ. Θ., Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης – Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Σάκκουλας, 2019, σελ. 1 επ.

δημοσίων συμβάσεων και σε νέους στόχους, πέραν της προστασίας του ανταγωνισμού, όπως η διαφάνεια υπό ουσιαστική έννοια, που περιλαμβάνει την εντιμότητα, την ακεραιότητα και την έλλειψη διαφθοράς, στόχοι οι οποίοι, χωρίς να παραγκωνίζουν τους παλιούς, κατακτούν ισότιμη θέση δίπλα τους¹².

Η νέα αυτή τελολογία του ευρωπαϊού νομοθέτη αποτυπώθηκε στις νέες οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις του 2014, τις 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ και ειδικότερα στην προβληματική των δυνητικών λόγων αποκλεισμού. Για πρώτη φορά προβλέπεται ρητά η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων και ορίζεται αυτή ως δυνητικός λόγος αποκλεισμού, όπως επίσης δυνητικό λόγο αποκλεισμού αποτελεί ο κίνδυνος στρέβλωσης του ανταγωνισμού λόγω προηγούμενης εμπλοκής του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, καθώς και η έλλειψη ακεραιότητας του οικονομικού φορέα¹³. Οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού υποψηφίου αναδόχου διευρύνθηκαν με τις νέες οδηγίες, περιλαμβάνοντας περιπτώσεις που μέχρι πρόσφατα δεν προβλέπονταν ως τέτοιοι. Η πρόθεση βέβαια του ενωσιακού νομοθέτη είναι αυτό να μην αποβαίνει σε βάρος του ανταγωνισμού αλλά αντιθέτως να τον ενισχύει, υπηρετώντας το ουσιαστικό δημόσιο συμφέρον. Έτσι, με τη δημιουργική συμβολή και της νομολογίας του Δικαστηρίου, επικράτησε στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων μια σταδιακή μετάβαση από τον τύπο στην ουσία, με σκοπό να αντιμετωπιστούν φαινόμενα αδιαφάνειας και διαφθοράς, τα οποία δεν ήταν δυνατό να αντιμετωπιστούν αποτελεσματικά με το μέχρι το 2014 ισχύον νομοθετικό πλαίσιο. Σκοπός πλέον δεν είναι μόνο η ενίσχυση και η προστασία του ανταγωνισμού αλλά επίσης και η διαφάνεια, η ακεραιότητα, η εντιμότητα και η έλλειψη διαφθοράς, έτσι ώστε οι δημόσιες συμβάσεις να υπηρετούν το δημόσιο συμφέρον και από ουσιαστική άποψη, δηλαδή όχι μόνο με την εκτέλεση ενός έργου αλλά και με τη συμβολή τους στην εξάλειψη φαινομένων αδιαφάνειας, προς όφελος του κοινωνικού συνόλου¹⁴.

Η παρούσα εργασία ξεκινάει με μια επισκόπηση της στοχοθεσίας του ευρωπαϊού νομοθέτη μέχρι την θέσπιση των οδηγιών του 2014. Έπειτα αναλύονται σημαντικές αποφάσεις του Δικαστηρίου και του Πρωτοδικείου, οι οποίες εκδόθηκαν υπό το προηγούμενο πλαίσιο των οδηγιών, μέσα από τις οποίες τα ευρωπαϊκά

¹²Μουκίου Χρ., σελ. 158 επ.

¹³Ο.π., σελ. 203 επ.

¹⁴Ο.π., σελ. 165 επ.

δικαιοδοτικά όργανα προσέγγισαν για πρώτη φορά τις έννοιες της διαφάνειας (τόσο από τυπική όσο και από ουσιαστική άποψη), της σύγκρουσης συμφερόντων και της συμπαιγνίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Περαιτέρω, παρουσιάζεται το νέο παράγωγο δίκαιο της ΕΕ, η οδηγία 2014/24/ΕΕ και ειδικότερα οι λόγοι αποκλεισμού που θέτει. Διακρίνουμε τους λόγους αποκλεισμού σε υποχρεωτικούς και δυνητικούς, προσεγγίζουμε την προβληματική πίσω από αυτούς, εστιάζουμε ειδικότερα στις έννοιες της σύγκρουσης συμφερόντων και της στρέβλωσης του ανταγωνισμού λόγω προηγούμενης εμπλοκής του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς και σε αυτήν της έλλειψης ακεραιότητας του οικονομικού φορέα συνεπεία σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και αναλύουμε τις εξουσίες της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά τους λόγους αποκλεισμού. Από την νεότερη νομολογία, αυτή του διαστήματος μετά την έκδοση των οδηγιών του 2014, παρουσιάζεται η απόφαση C-124/17. Τέλος, παρουσιάζεται και η ελληνική νομοθεσία ενσωμάτωσης της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όσον αφορά τους λόγους αποκλεισμού και την έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων, καθώς και σχετικές αποφάσεις της νεοσύστατης Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, επί προσφυγών οικονομικών φορέων, κατά αποφάσεων αποκλεισμού τους από τις αναθέτουσες αρχές.

2. Οι λόγοι αποκλεισμού υπό το καθεστώς των οδηγιών του 2004: η «ανταγωνιστικο-κεντρική» προσέγγιση των δημοσίων συμβάσεων

Όπως ανωτέρω επισημάνθηκε, η προσπάθεια της Ευρωπαϊκής Ένωσης να παρέμβει και να ρυθμίσει το πεδίο των δημοσίων συμβάσεων σε ενωσιακό (κοινοτικό) επίπεδο, άρχισε με τις οδηγίες 93/36/ΕΚ, 93/37/ΕΚ, 93/38/ΕΚ και 93/50/ΕΚ, οι οποίες συγχωνεύθηκαν και τροποποιήθηκαν το 2004, με τις οδηγίες 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ. Το 2014, εγκρίθηκε από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο ένα νέο πακέτο για τις δημόσιες συμβάσεις, οι οδηγίες 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, με στόχο να απλουστευτούν οι διαδικασίες και να καταστούν πιο ευέλικτες¹⁵.

¹⁵Βλ. και την ιστοσελίδα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου <http://www.europarl.europa.eu/portal/el>

Μέχρι την υιοθέτηση της τριπλέτας αυτής των οδηγιών, οι οποίες ενσωματώνουν, όπως εισαγωγικά ανωτέρω διατυπώθηκε, καινούριες επιδιώξεις της Ένωσης στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, οι στόχοι που καλούνταν να υπηρετήσουν οι παλιές οδηγίες ήταν, κατά μια πρώτη αντίληψη τουλάχιστον, πιο κοντά στις βασικές αρχές της Ευρωπαϊκής Ένωσης¹⁶.

Έτσι, η πρωταρχική «στοχοθεσία» της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων) στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, κινείτο γύρω από τη βασική αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας (αγαθών, εργαζομένων, κεφαλαίων και υπηρεσιών) και την εγκαθίδρυση της εσωτερικής αγοράς¹⁷. Ο ευρωπαίος νομοθέτης μέχρι και την υιοθέτηση των πρόσφατων οδηγιών στόχευε κυρίως στην εναρμόνιση των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων με τις αρχές της νομιμότητας, της μη διάκρισης, της αντικειμενικότητας και του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού¹⁸. Η ανάπτυξη του ανταγωνισμού ήταν πρώτιστο μέλημα του ευρωπαίου νομοθέτη, δεδομένου ότι βασικός στόχος του κατά τη θέσπιση για πρώτη φορά μιας ευρωπαϊκής νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις (της οδηγίας 93/37/EK), ήταν να καταστήσει περισσότερο προσβάσιμες τις συμβάσεις δημοσίων έργων στον ευρωπαϊκό (κοινοτικό) ανταγωνισμό¹⁹. Το φαινόμενο που ήθελε να προλάβει η ανωτέρω οδηγία ήταν η στρέβλωση του ανταγωνισμού καθ' οιονδήποτε τρόπο. Άλλωστε, ελλόχευε π.χ. ο κίνδυνος σε μια διαδικασία ανάθεσης να προτιμώνται οι ημεδαποί συμμετέχοντες έναντι των αλλοδαπών (ευρωπαίων) συμμετεχόντων ή η αναθέτουσα αρχή να αποφασίζει λαμβάνοντας υπόψη κριτήρια ασύνδετα με την εκάστοτε σύμβαση. Ήταν δηλαδή ορατός ο κίνδυνος εμφάνισης ευνοιοκρατικής συμπεριφοράς από τις αναθέτουσες αρχές έναντι ορισμένων συμμετεχόντων και αυτήν ακριβώς την πιθανότητα επιχειρούσε να περιορίσει η κοινοτική νομοθεσία, προς το σκοπό βέβαια πάντα της προστασίας και της περαιτέρω ανάπτυξης του ανταγωνισμού και της αρχής της μη διάκρισης σε ευρωπαϊκό επίπεδο²⁰.

Η στοχοθεσία αυτή του ευρωπαίου νομοθέτη απεικονιζόταν και στους προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού οι οποίοι εδράζονταν στην αμφισβήτηση της επαγγελματικής εντιμότητας ή της οικονομικής / χρηματοδοτικής ικανότητας

¹⁶Μουκίου Χρ., ο.π. σελ. 147 επ.

¹⁷Αρ. 3 ΣΕΕ και αρ. 20, 21, 26, 28 επ, 45 επ, 56 επ. ΣΛΕΕ

¹⁸Βλ. ΜουκίουChrysoulaΡ., ο.π. σελ. 72

¹⁹Ο.π.

²⁰Ο.π. σελ 73

υποψηφίου αναδόχου να ολοκληρώσει με επιτυχία τις εργασίες που προβλέπονται από την προς ανάθεση σύμβαση, δυνάμει της αντικειμενικής διαπίστωσης περιστάσεων ή συμπεριφορών που θα μπορούσαν να οδηγήσουν σε τέτοια αμφισβήτηση. Εξάλλου, μέλημα του νομοθέτη ήταν η προστασία του δημοσίου συμφέροντος υπό στενή έννοια, δηλαδή η εμπρόθεσμη και προσήκουσα εκτέλεση της ανατεθείσας σύμβασης²¹.

Δεδομένου ότι η προστασία και ανάπτυξη του ανταγωνισμού ήταν το επίκεντρο του ευρωπαϊκού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, η σχετική νομολογιακή προσέγγιση των κανόνων που αφορούν τα κριτήρια επιλογής και τους λόγους αποκλεισμού των υποψηφίων αναδόχων, ονομάστηκε «ανταγωνιστικο-κεντρική προσέγγιση»²². Δυνάμει της «ανταγωνιστικο-κεντρικής» προσέγγισης, τα κράτη μέλη είχαν την δυνατότητα, υπό τον όρο της επιδίωξης του θεμελιώδους σκοπού της Ένωσης, του ανταγωνισμού, να ενσωματώνουν τις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις, όσον αφορά τους λόγους αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων, στο εθνικό δίκαιο, μεταβάλλοντας το βαθμό αυστηρότητας ανάλογα με τις εκάστοτε εκτιμήσεις, όπως άλλωστε δέχθηκε και το Δικαστήριο με τη νομολογία που διαμόρφωσε υπό το κράτος της προ του 2014 ευρωπαϊκής νομοθεσίας²³.

3. Η νομολογία του ΔΕΕ αναφορικά με τις οδηγίες του 2004

Όπως ήδη αναφέρθηκε, υπό την ισχύ των προ του 2014 ευρωπαϊκών οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, το Δικαστήριο και το Πρωτοδικείο με αρκετές αποφάσεις τους, αφενός παγίωσαν μια δυνατότητα των κρατών μελών να ενσωματώνουν τις σχετικές οδηγίες υιοθετώντας κανόνες σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, ο βαθμός αυστηρότητας των οποίων μπορούσε να απέχει από αυτόν της οδηγίας, σεβόμενα πάντα την προστασία του ανταγωνισμού και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Αφετέρου μέσα από τη νομολογία αυτή, αναδείχθηκε η σχέση της διαφάνειας υπό τυπική έννοια με την ίση μεταχείριση των υποψηφίων και σε δεύτερο στάδιο η σχέση της διαφάνειας με έννοιες όπως αυτές της σύγκρουσης συμφερόντων

²¹Ο.π.

²²Από τη Μουκίου, ο.π.

²³Ο.π.

και της συμπαιγνίας, καταλήγοντας έτσι σε μια θεώρηση της διαφάνειας και υπό ουσιαστική έννοια²⁴.

A. Η απόφαση «ΜΗΧΑΝΙΚΗ» (C-213/07)

Μια από τις σημαντικότερες αποφάσεις της ανωτέρω νομολογίας ήταν αυτή της «Μηχανικής» (C-213/07), η οποία εκδόθηκε το 2008, κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος του ελληνικού ΣτΕ.

Το 2001 το διοικητικό συμβούλιο της Έργα ΟΣΕ ΑΕ προκήρυξε δημόσιο διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία για την κατασκευή χωματουργικών και τεχνικών έργων υποδομής της νέας διπλής σιδηροδρομικής γραμμής υψηλών ταχυτήτων μεταξύ Κορίνθου και Κιάτου, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 51.700.000 ευρώ. Στον διαγωνισμό αυτόν έλαβαν μέρος, μεταξύ άλλων, η Μηχανική και η Κ.Ι. Σαραντόπουλος ΑΕ. Με απόφασή του, το διοικητικό συμβούλιο της Έργα ΟΣΕ ανέθεσε το έργο κατασκευής χωματουργικών και τεχνικών έργων στη Σαραντόπουλος ΑΕ, η οποία ακολούθως απορροφήθηκε από την Παντεχνική.

Προτού συνάψει τη σύμβαση, η Έργα ΟΣΕ, η οποία ενέπιπτε τότε στον «ευρύτερο δημόσιο τομέα» κατά την έννοια του άρ. 1, παρ. 2 ν. 3021/2002, γνωστοποίησε στο ΕΣΡ, με έγγραφο της 9ης Οκτωβρίου 2002, τα στοιχεία της ταυτότητας των βασικών μετόχων, των μελών του διοικητικού συμβουλίου και των διευθυνόντων συμβούλων της Παντεχνικής, προκειμένου να πιστοποιηθεί ότι στο πρόσωπό τους δεν συνέτρεχαν οι ασυμβίβαστες ιδιότητες που προβλέπει το άρθρο 3 του νόμου αυτού. Το ΕΣΡ εξέδωσε, βάσει του άρθρου 4 του εν λόγω νόμου, το πιστοποιητικό υπ' αριθ. 8117, της 30ής Οκτωβρίου 2002, βεβαιώνοντας τη μη συνδρομή ασυμβίβαστης ιδιότητας στα πρόσωπα που αναφέρονταν στο έγγραφο της Έργα ΟΣΕ. Το ΕΣΡ θεώρησε ότι ο Κ. Σαραντόπουλος, βασικός μέτοχος και αντιπρόεδρος του διοικητικού συμβουλίου της Παντεχνικής, καίτοι συγγενής του Γ. Σαραντόπουλου, μέλους των διοικητικών συμβουλίων δύο ελληνικών εταιριών που δραστηριοποιούνται στον τομέα των μέσων ενημέρωσης, δεν ενέπιπτε στις περιπτώσεις ασυμβιβάστου που προβλέπουν τα άρθρα 2 και 3 του νόμου 3021/2002. Συγκεκριμένα, έκρινε ότι ο Κ. Σαραντόπουλος ήταν οικονομικά αυτοτελής έναντι του Γ. Σαραντόπουλου.

²⁴Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 158

Η Μηχανική άσκησε ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας αίτηση επιδιώκοντας την ακύρωση του εν λόγω πιστοποιητικού λόγω παραβίασης του άρθρου 14, παράγραφος 9, του Συντάγματος, υποστηρίζοντας, μεταξύ άλλων, ότι τα άρθρα 2, παράγραφος 2, και 3, παράγραφος 2, του νόμου 3021/2002, βάσει των οποίων χορηγήθηκε το πιστοποιητικό αυτό, περιορίζουν το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 14, παράγραφος 9, του Συντάγματος και, συνεπώς, δεν είναι σύμφωνα με τη συνταγματική αυτή διάταξη.

Κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος του ΣτΕ, το Δικαστήριο αποφάνθηκε, μεταξύ άλλων ότι «η εξαντλητική απαρίθμηση του άρθρου 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37 δεν αποκλείει, ωστόσο, την ευχέρεια των κρατών μελών να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν ουσιαστικούς κανόνες αποσκοπώντας, μεταξύ άλλων, στη διασφάλιση, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, καθώς και της συνακόλουθης αρχής της διαφάνειας, τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν σε κάθε διαδικασία ανάθεσης μιας τέτοιας σύμβασης»²⁵. Επιπλέον έκρινε ότι «κάθε κράτος μέλος είναι το πλέον αρμόδιο να εντοπίσει, βάσει των δικών του ιστορικών, νομικών, οικονομικών ή κοινωνικών συνθηκών, τις καταστάσεις που ευνοούν την εμφάνιση συμπεριφορών ικανών να προκαλέσουν παραβιάσεις των αρχών αυτών»²⁶. Εξάλλου, «οι εν λόγω αρχές, οι οποίες σημαίνουν, ιδίως, ότι στους διαγωνιζομένους πρέπει να επιφυλάσσεται ίση μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους όσο και κατά τον χρόνο που οι προσφορές τους αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή, αποτελούν τη βάση των οδηγιών των σχετικών με τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, το δε καθήκον των αναθετουσών αρχών να τηρούν τις αρχές αυτές αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών αυτών»²⁷. Τέλος, το Δικαστήριο επισήμανε ότι «η προσέγγιση του κοινοτικού νομοθέτη συνίσταται στην πρόβλεψη λόγων αποκλεισμού που στηρίζονται αποκλειστικά στην αντικειμενική διαπίστωση περιστάσεων ή συμπεριφορών οι οποίες αφορούν συγκεκριμένο εργολήπτη και είναι ικανές να θέσουν υπό αμφισβήτηση την επαγγελματική του εντιμότητα ή την οικονομική ή χρηματοδοτική του ικανότητα να

²⁵C-213/07, σκ. 44, βλ. σχετικά MoukiouChryssoulaP, ο.π., σελ. 74 και Γιαννακόπουλος Κ. ο.π., σελ. 225 επ.

²⁶Ο.π. σκ. 56

²⁷Ο.π. σκ. 45

ολοκληρώσει τις εργασίες που καλύπτει η δημόσια σύμβαση στο πλαίσιο της ανάθεσης της οποίας ο εργολήπτης αυτός υποβάλλει προσφορά»²⁸.

Έτσι το ΔΕΚ επιβεβαίωσε την «ανταγωνιστικο-κεντρική προσέγγιση» του ευρωπαϊού νομοθέτη, μέσα από τους προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού, κρίνοντας ότι η διασφάλιση της αρχής της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των υποψηφίων, η οποία αποτελεί την ουσία των οδηγιών, είναι καθήκον των αναθετουσών αρχών, προς το σκοπό πάντα της επίτευξης και προστασίας του ανταγωνισμού. Εξάλλου, δέχθηκε ότι απόρροια της αρχής της ίσης μεταχείρισης είναι η αρχή της διαφάνειας, η τήρηση της οποίας προασπίζει την ίση μεταχείριση. Πρόκειται για μια πρώτη – νομολογιακή – προσέγγιση της διαφάνειας, ως στόχου των δημοσίων συμβάσεων, όχι αυτοτελώς αλλά, στο σημείο αυτό, ως μέσου επίτευξης του κυρίαρχου στόχου του ευρωπαϊού νομοθέτη, του ανταγωνισμού²⁹. Έτσι, η διαφάνεια εκλαμβάνεται υπό την τυπική έννοια, προκειμένου να διασφαλιστεί η ίση μεταχείριση των υποψηφίων και συνακόλουθα να υπηρετηθεί ο στόχος του ανταγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό τα κράτη μέλη δεν περιορίζονται από τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στην οδηγία αλλά τους αναγνωρίζεται η ευχέρεια να θεσπίζουν πρόσθετους λόγους αποκλεισμού, προς το σκοπό βέβαια της προστασίας του ανταγωνισμού, μέσα από την τήρηση και των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, προλαμβάνοντας και καταστάσεις που οφείλονται σε ιδιαίτερους εθνικούς λόγους³⁰.

B. Η απόφαση «LIBOR» (C-358/12)

Η απόφαση του ΔΕΕ *ConsortioStabileLiborPubbliciv. ComunedMilano* (“Libor”) εκδόθηκε την 10-7-2014, κατόπιν προδικαστικής παραπομπής του *TribunaleamministrativoregionaleperlaLombardia* (Ιταλία), στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ της *ConsortioStabileLiborLavoriPubblici* και του *Comune di*

²⁸Ο.π. σκ.42

²⁹*Μουκίου Χρ.*, ο.π. σελ. 157-158

³⁰*Μουκίου Χρ.*, ο.π. σελ. 153-154, *David McGowan*, Exclusion of bidders on grounds of holding media interests: *Michaniki AE v EthnikoSimvoulíoRadiotileorasis and IpourgósEpikratías* (C-213/07), PPLR, 2009, σελ. NA81,

Milano, με αντικείμενο την απόφαση του δευτέρου να ακυρώσει την οριστική ανάθεση στη Libor δημόσιας συμβάσεως έργου, με την αιτιολογία ότι η Libor δεν ήταν ασφαλιστικώς ενήμερη λόγω μη καταβολής ασφαλιστικών εισφορών ύψους 278 ευρώ.

Ειδικότερα, το έτος 2011, ο Δήμος του Μιλάνο προκήρυξε δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση «εργασιών επιδιορθώσεως και εγκαταστάσεως μέσω αντιαρρηκτικής προστασίας σε κατοικίες κυριότητάς του» με κριτήριο αναθέσεως τη χαμηλότερη τιμή και προϋπολογιζόμενη αξία του έργου 4.784.914,61 ευρώ. Η προκήρυξη επέβαλλε ρητώς σε καθέναν από τους διαγωνιζομένους, επί ποινή αποκλεισμού από τη διαδικασία, την υποχρέωση να υποβάλει δήλωση ότι πληροί τις γενικές προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό οι οποίες προβλέπονται με το άρθρο 38 του (ιταλικού) νομοθετικού διατάγματος 163/2006, το οποίο είχε εκδοθεί κατ' εφαρμογή των οδηγιών 2004/17/EK και 2004/18/EK. Η Libor υπέβαλε αίτηση συμμετοχής στον διαγωνισμό και δήλωσε, αναπαράγοντας τη διατύπωση του άρθρου 38, παράγραφος 1, στοιχείο i, του ως άνω νομοθετικού διατάγματος, ότι «δεν είχε διαπράξει σοβαρές και οριστικά αποδεδειγμένες παραβάσεις των προβλεπόμενων από την ιταλική νομοθεσία κανόνων περί καταβολής εισφορών στους οργανισμούς κοινωνικής προνοίας». Μετά το πέρας της διαδικασίας, ο Δήμος του Μιλάνο ανέθεσε το έργο στη Libor και στη συνέχεια προέβη σε έλεγχο της προαναφερθείσας δηλώσεως του αναδόχου. Προς τον σκοπό αυτό, ενημερώθηκε από την αρμόδια διοικητική αρχή ότι η Libor, κατά τον χρόνο υποβολής της αιτήσεως συμμετοχής της στον διαγωνισμό, δεν ήταν ασφαλιστικώς ενήμερη, διότι δεν είχε προβεί, εντός των προβλεπόμενων προθεσμιών, σε καταβολή εισφορών για τον μήνα Μάιο 2011, ύψους 278 ευρώ, ποσό που αντιστοιχούσε στο σύνολο των ασφαλιστικών εισφορών που όφειλε για τον μήνα αυτό. Η Libor προέβη σε εκπρόθεσμη καταβολή του ως άνω ποσού στις 28 Ιουλίου 2011.

Ο Δήμος του Μιλάνο, λαμβάνοντας υπόψη την ως άνω παράβαση που προέκυπτε από τα στοιχεία της αρμόδιας αρχής, ακύρωσε την οριστική ανάθεση στη Libor και την απέκλεισε από τη σχετική διαδικασία. Νέος ανάδοχος ανακηρύχθηκε η PascoloSrl. Η Libor προσέβαλε την ως άνω απόφαση περί ακυρώσεως ενώπιον του Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, υποστηρίζοντας μεταξύ άλλων ότι το άρθρο 38, παράγραφος 2, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006 δεν είναι συμβατό με το δίκαιο της Ένωσης.

Κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος του επιληφθέντος δικαστηρίου, το ΔΕΕ έκρινε μεταξύ άλλων ότι «όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις, η εξασφάλιση του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού προκειμένου περί δημοσίων διαγωνισμών εξυπηρετεί το συμφέρον της Ένωσης στον τομέα της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών»³¹. Περαιτέρω, «η εθνική διάταξη η οποία ενδέχεται να εμποδίσει τη συμμετοχή διαγωνιζομένων σε διαδικασία δημόσιας συμβάσεως που εμφανίζει βέβαιο διασυννοριακό ενδιαφέρον συνιστά περιορισμό κατά την έννοια των άρθρων 49 ΣΛΕΕ και 56 ΣΛΕΕ. Εντούτοις, ο περιορισμός αυτός μπορεί να δικαιολογείται, στο μέτρο κατά το οποίο επιδιώκει θεμιτό σκοπό γενικού συμφέροντος και εφόσον είναι σύμφωνος με την αρχή της αναλογικότητας, δηλαδή είναι κατάλληλος για την επίτευξη του σκοπού αυτού και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού Προκύπτει ότι ο σκοπός που επιδιώκεται με τον λόγο αποκλεισμού από διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων, τον οποίο καθορίζει το άρθρο 38, παράγραφος 1, στοιχείο i, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, είναι να παρέχεται η διαβεβαίωση ότι η διαγωνιζόμενη επιχείρηση είναι αξιόπιστη, επιμελής και σοβαρή καθώς και ότι έχει την προσήκουσα συμπεριφορά έναντι των εργαζομένων της. Πρέπει να γίνει δεκτό ότι η παροχή της διαβεβαίωσης ότι ο διαγωνιζόμενος διαθέτει τις ως άνω ιδιότητες αποτελεί θεμιτό σκοπό γενικού συμφέροντος»³². Τέλος έκρινε ότι «.....το άρθρο 45, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 δεν επιχειρεί να επιβάλει ομοιομορφία σε επίπεδο Ένωσης ως προς την εφαρμογή των διαλαμβανομένων σε αυτό λόγων αποκλεισμού, στο μέτρο κατά το οποίο τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να μην εφαρμόσουν καθόλου αυτούς τους λόγους αποκλεισμού ή, αντιθέτως, να τους ενσωματώσουν στην εθνική νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, αναλόγως εκτιμήσεων νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσεως που υπερισχύουν σε εθνικό επίπεδο. Στο πλαίσιο αυτό, τα κράτη μέλη έχουν την εξουσία να καθιστούν ελαστικότερα ή ηπιότερα τα κριτήρια που προβλέπει η διάταξη αυτή»³³.

Με την απόφαση αυτή το ΔΕΕ, αφενός επιβεβαιώνει και πάλι την «ανταγωνιστικο-κεντρική» προσέγγιση της ευρωπαϊκής νομοθεσίας, συγχρόνως όμως την υπερβαίνει σε ένα βαθμό, δεδομένου ότι προβαίνει σε μια αξιολόγηση της συμπεριφοράς και της εσωτερικής λειτουργίας του υποψηφίου, κρίνοντας ότι η

³¹C-358/12, σκ. 29

³²Ο.π. σκ. 30 – 32

³³Ο.π. σκ. 36

αξιοπιστία, η επιμέλεια, η σοβαρότητα του υποψηφίου, καθώς και η προσήκουσα συμπεριφορά του έναντι των εργαζομένων του, αποτελούν θεμιτούς σκοπούς γενικού συμφέροντος, που μπορούν να δικαιολογήσουν τον, κατά το εθνικό δίκαιο, αποκλεισμό υποψηφίου³⁴. Εξάλλου, η περιφρούρηση της σοβαρότητας και της αξιοπιστίας του υποψηφίου, αποτελεί πρωταρχικό βήμα προσέγγισης της έννοιας της απαγόρευσης της συμπαιγνίας³⁵. Περαιτέρω, με την απόφαση αυτή αναγνωρίστηκε και η ευχέρεια των κρατών μελών να μην εφαρμόσουν καθόλου ένα λόγο αποκλεισμού που προβλέπεται στην οδηγία ή να ενσωματώσουν τους λόγους αποκλεισμού στην εθνική νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, ανάλογα με εκτιμήσεις νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσης που λαμβάνονται σε εθνικό επίπεδο. Τελικά κρίθηκε ότι ο καθορισμός ενός ελάχιστου ποσού ανεξόφλητων ασφαλιστικών εισφορών ως ορίου, η υπέρβαση του οποίου οδηγεί σε υποχρεωτικό αποκλεισμό του υποψηφίου, ως άμβλυνση του κριτηρίου αποκλεισμού που προβλέπεται με την οδηγία, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας.

Γ. Η απόφαση eVigilo (C-538/13)

Με την απόφαση C-538/13 (eVigilo), το ΔΕΕ έκρινε επί προδικαστικής παραπομπής του LietuvosAukščiausiojiTeisma (Λιθουανία), στο πλαίσιο δίκης μεταξύ των eVigiloLtd και PriešgairinėsapsaugosirgelbėjimodepartamentasprieVidausreikalų ministerijos, με αντικείμενο την αξιολόγηση των προσφορών των διαγωνιζομένων στο πλαίσιο διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως.

Ειδικότερα, το έτος 2010 η αναθέτουσα αρχή δημοσίευσε προκήρυξη ανοικτού διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθεια συστήματος προειδοποίησης και ενημέρωσης του κοινού με χρήση των υποδομών των δημοσίων δικτύων κινητής τηλεφωνίας των διαγωνιζομένων», στο πλαίσιο του οποίου η eVigilo, από κοινού με τις εταιρίες «ERP» UAB και «Inta» UAB, καθώς και μια άλλη κοινοπραξία

³⁴Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 162-163

³⁵Ο.π., σελ. 163

αποτελούμενη από την «NT Service» UAB και την «HNIT-Baltic» UAB, υπέβαλαν προσφορές. Μεταξύ των λοιπών όρων του διαγωνισμού, περιλαμβάνονταν, ως κριτήρια αξιολόγησης, η συνολική τιμή του εν λόγω συστήματος προειδοποίησης, ο αριθμός των φορέων που μετέχουν στο έργο μαζί με τον διαγωνιζόμενο καθώς και διάφορες γενικές και λειτουργικές απαιτήσεις. Οι απαιτήσεις αυτές αφορούσαν τη δικαιολόγηση της τεχνικής και αρχιτεκτονικής προτάσεως καθώς και τη λεπτομερή παρουσίαση των λειτουργικών στοιχείων και της συμφωνίας τους με τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, την ασφαλή λειτουργία και τη συμβατότητα του προτεινόμενου συστήματος με τις υποδομές πληροφορικής και τις τεχνικές υποδομές που χρησιμοποιεί η αναθέτουσα αρχή, την επέκταση των λειτουργικών δυνατοτήτων του συστήματος και τη δικαιολόγησή τους καθώς και τη στρατηγική υλοποίησης του έργου, την αποτελεσματικότητα του προγράμματος διαχείρισης, την περιγραφή των μέτρων ελέγχου ποιότητας και την περιγραφή της ομάδας του έργου. Η επιτροπή διαγωνισμού της αναθέτουσας αρχής, αφού εξέτασε την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών την οποία πραγματοποίησαν έξι πραγματογνώμονες, επικύρωσε τα αποτελέσματα της αξιολόγησης και ενημέρωσε τους διαγωνιζόμενους για τα αποτελέσματα της αξιολόγησης αυτής. Στις 2 Νοεμβρίου 2010 η eVigilo άσκησε προσφυγή σχετικά με τη νομιμότητα των διαδικασιών για τη σύναψη της εν λόγω δημόσιας συμβάσεως, αμφισβητώντας μεταξύ άλλων την σαφήνεια των όρων του διαγωνισμού και εκθέτοντας τις παρατυπίες της αξιολόγησης την οποία πραγματοποίησαν οι πραγματογνώμονες και το αβάσιμο των αποτελεσμάτων της αξιολόγησης αυτής. Στις 31 Ιανουαρίου 2011, με δεύτερη προσφυγή, η eVigilo αμφισβήτησε τη νομιμότητα των ενεργειών της αναθέτουσας αρχής, διατείνόμενη ότι η ανταγωνιστική προσφορά έπρεπε να απορριφθεί διότι η τιμή της υπερέβαινε το προβλεπόμενο για το επίμαχο έργο χρηματοδοτικό όριο. Η eVigilo υποστήριξε ότι οι ειδικευμένοι συνεργάτες που κατονομάζονταν στην προσφορά των αναδόχων υπήρξαν, στο τεχνολογικό πανεπιστήμιο της Kaunas (Kaunotechnologijosuniversitetas), συνάδελφοι των τριών από τους έξι πραγματογνώμονες της αναθέτουσας αρχής οι οποίοι κατήρτισαν τη συγγραφή υποχρεώσεων και αξιολόγησαν τις προσφορές. Στις 8 Μαρτίου 2011 η αναθέτουσα αρχή, αφενός, και οι εταιρίες «NT Service» UAB και «HNIT-Baltic» UAB, αφετέρου, συνήψαν τη σύμβαση, ενώ ακόμη εκκρεμούσαν οι ένδικες διαφορές μεταξύ της eVigilo και της αναθέτουσας αρχής.

Εξάλλου, οι προσφυγές της eVigilo απορρίφθηκαν από τα δικαστήρια του πρώτου και του δεύτερου βαθμού και η eVigilo άσκησε αναίρεση, υποστηρίζοντας ότι τα εν λόγω δικαστήρια προέβησαν σε πεπλανημένη εκτίμηση των σχέσεων μεταξύ των ειδικευμένων συνεργατών που είχαν κατονομάσει οι ανάδοχοι και των πραγματογνωμόνων που είχε ορίσει η αναθέτουσα αρχή και ότι, εκ του λόγου αυτού, τα ως άνω δικαστήρια δεν έλαβαν υπόψη τη μεροληψία των πραγματογνωμόνων. Η αναθέτουσα αρχή και οι ανάδοχοι υποστήριξαν ότι η eVigilo όφειλε να αποδείξει όχι μόνο τον υφιστάμενο αντικειμενικό σύνδεσμο μεταξύ, αφενός, των ειδικευμένων συνεργατών των αναδόχων και, αφετέρου, των πραγματογνωμόνων που αξιολόγησαν τις προσφορές, αλλά επίσης να αποδείξει τη, βάσει υποκειμενικών κινήτρων, εκδήλωση της μεροληψίας των πραγματογνωμόνων.

Κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος του επιληφθέντος δικαστηρίου, το ΔΕΕ έκρινε μεταξύ άλλων ότι *«η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ των διαγωνιζομένων, η οποία έχει ως σκοπό να ευνοήσει την ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό, επιβάλλει να έχουν όλοι οι διαγωνιζόμενοι τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές πρέπει να υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους διαγωνιζόμενους.....»*ενώ*«η υποχρέωση διαφάνειας, η οποία αποτελεί απόρροια της ανωτέρω αρχής, έχει ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και καταχρήσεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής έναντι ορισμένων διαγωνιζομένων ή ορισμένων προσφορών»*³⁶. Εξάλλου, *«οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και να ενεργούν με διαφάνεια οι αναθέτουσες αρχές είναι επιφορτισμένες με έναν ενεργό ρόλο κατά την εφαρμογή των ως άνω αρχών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων»*³⁷. Περαιτέρω έκρινε ότι *«η αναθέτουσα αρχή, σε κάθε περίπτωση, υποχρεούται να εξακριβώνει την ύπαρξη ενδεχόμενων περιπτώσεων συγκρούσεως συμφερόντων και να λαμβάνει τα ενδεδειγμένα μέτρα για την πρόληψη, τον εντοπισμό και την αντιμετώπιση των περιπτώσεων αυτών»*³⁸. Όσον αφορά την απόδειξη τυχόν μεροληψίας των πραγματογνωμόνων που αξιολογούν τα στοιχεία της προσφοράς, δέχθηκε ότι μπορεί αυτή *«να αποδεικνύεται βάσει και μόνο μιας αντικειμενικής καταστάσεως,*

³⁶C-538/13, σκ. 33-34

³⁷Ο.π. σκ. 42

³⁸Ο.π., σκ. 43

προκειμένου να αποτρέπεται κάθε κίνδυνος να στηριχθεί η αναθέτουσα αρχή σε εκτιμήσεις που είναι άσχετες με την επίμαχη σύμβαση και, εκ του λόγου αυτού και μόνο, ικανές να οδηγήσουν στην προτίμηση συγκεκριμένου διαγωνιζόμενου»³⁹. Τέλος, το σχετικό βάρος απόδειξης φέρει, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, η αναθέτουσα αρχή και όχι ο προσφεύγων, δεδομένου ότι «θα ήταν ασύμβατο με τον προαναφερθέντα ενεργό ρόλο να μετατεθεί στην προσφεύγουσα το βάρος να αποδείξει, στο πλαίσιο ένδικης διαδικασίας, τη συγκεκριμένη μεροληπτική ενέργεια των πραγματοποιωμένων που όρισε η αναθέτουσα αρχή»⁴⁰.

Ενώ και πάλι επιβεβαιώνεται από το Δικαστήριο η «ανταγωνιστικο-κεντρική προσέγγιση» της ευρωπαϊκής νομοθεσίας των δημοσίων συμβάσεων, με την απόφαση eVigilo προσεγγίστηκε για πρώτη φορά από ουσιαστική άποψη η έννοια της διαφάνειας. Ειδικότερα, ως διαφάνεια εννοείτο η δημοσιότητα των εγγράφων και η ακώλυτη πρόσβαση σε αυτά, μια τυπική δηλαδή προσέγγιση της έννοιας αυτής που περιοριζόταν στον τρόπο λειτουργίας των αναθετουσών αρχών. Με την ανωτέρω απόφαση η διαφάνεια εννοείται πλέον και ως απουσία σύγκρουσης συμφερόντων μεταξύ των αναθετουσών αρχών και των υποψηφίων αναδόχων, αφορά δηλαδή πλέον και την ουσιαστική σχέση των αναθετουσών αρχών με τους υποψηφίους αναδόχους, ενώ επίσης θεωρείται ότι αποτελεί νομιμοποιητική βάση της δράσης των αναθετουσών αρχών προς την προστασία της, ακόμη και με τη λήψη μέτρων που δεν προβλέπονται ρητά από το ενωσιακό δίκαιο⁴¹. Τέλος και σε δικονομικό επίπεδο κρίθηκε ότι το βάρος απόδειξης της ύπαρξης κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων δεν φέρει ο προσφεύγων αλλά η αναθέτουσα αρχή, η οποία υποχρεούται να ελέγχει κάθε σχετικό ισχυρισμό και να λαμβάνει τα κατά περίπτωση κατάλληλα μέτρα⁴².

Δ. Η απόφαση FABRICOM (C-21/03 & C-34/03)

³⁹Ο.π., σκ. 41

⁴⁰Ο.π., σκ. 43

⁴¹Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 160

⁴²Ο.π. σελ. 161 και Ράικος Δ., Βλάχου Εν, Σαββίδη Εν., Δημόσιες συμβάσεις ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σάκκουλας 2018, σελ. 683

Η FabricomSA ήταν μια επιχείρηση που δραστηριοποιείτο στον τομέα της εκτέλεσης έργων, η οποία υπέβαλλε τακτικές προσφορές για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ιδίως στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών. Η απόφαση «FABRICOM» εκδόθηκε επί των συνεκδικαζόμενων υποθέσεων C-21/03 & C-34/03 με διαδίκους τη Fabricom SA και του Βελγικού Δημοσίου, σχετικά με τον νόμιμο χαρακτήρα εθνικών διατάξεων οι οποίες, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, εμποδίζουν το πρόσωπο που είχε αναλάβει την εκτέλεση προπαρασκευαστικών εργασιών στο πλαίσιο δημοσίας συμβάσεως ή άλλη συνδεδεμένη με αυτή επιχείρηση να συμμετάσχει στη σύμβαση αυτή.

Με δύο προσφυγές που κατέθεσε το έτος 1999 ενώπιον του Conseil d'État του Βελγίου, η Fabricom ζητούσε την ακύρωση του άρθρου 26 του β.δ. της 25ης Μαρτίου 1999, καθώς και του άρθρου 32 του βασιλικού διατάγματος της 25ης Μαρτίου 1999, τα οποία αποσκοπούσαν στην παρεμπόδιση του προσώπου το οποίο επιδιώκει να του ανατεθεί μια δημόσια σύμβαση να αντλήσει, κατά τρόπο αντίθετο προς τον ελεύθερο ανταγωνισμό, πλεονέκτημα από την έρευνα, την εμπειρία, τη μελέτη ή την προώθηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών σχετικών με μια τέτοια σύμβαση.

Η προσφεύγουσα επιχείρηση ισχυριζόταν ότι η διάταξη αυτή αντίκειται, μεταξύ άλλων, προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως όλων των υποβαλλόντων προσφορές, προς την αρχή της αναλογικότητας, προς την ελευθερία του εμπορίου και της βιομηχανίας καθώς και προς το δικαίωμα ιδιοκτησίας όπως προβλέπεται από το άρθρο 1 του πρόσθετου πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών, που υπογράφηκε στη Ρώμη στις 4 Νοεμβρίου 1950, δεδομένου ότι κατά τη διάταξη αυτή δεν επιτρεπόταν στο πρόσωπο που είχε συμμετάσχει στη σχετική έρευνα, πειραματισμό, μελέτη ή προώθηση της δημόσιας σύμβασης να προσκομίσει αποδείξεις σχετικά με το ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, δεν απέκτησε, μέσω μιας από αυτές τις πράξεις, πλεονέκτημα που θα μπορούσε να διακυβεύσει την ισότητα μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές.

Κρίνοντας ότι η επίλυση της υποβληθείσας σ' αυτό διαφοράς επιβάλλει την ερμηνεία ορισμένων διατάξεων σχετικών με δημόσιες συμβάσεις, το Conseil d'État

αποφάσισε την αναστολή της ενώπιόν του διαδικασίας και την υποβολή στο Δικαστήριο προδικαστικού ερωτήματος.

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων του Conseil d'État, το Δικαστήριο έκρινε, μεταξύ άλλων ότι «.....το καθήκον τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, με τις οποίες σκοπείται, ιδίως, να ευνοηθεί η ανάπτυξη ενός πραγματικού ανταγωνισμού στους τομείς που εμπίπτουν στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής τους και με τις οποίες θεσπίζονται κριτήρια όσον αφορά την ανάθεση της σχετικής συμβάσεως με σκοπό τη διασφάλιση ενός τέτοιου ανταγωνισμού»⁴³. Περαιτέρω κρίθηκε ότι «το πρόσωπο που συμμετέχε σε ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες είναι δυνατόν να έχει ευνοηθεί όσον αφορά την υποβολή της προσφοράς του λόγω των πληροφοριών που, πραγματοποιώντας τις εν λόγω προπαρασκευαστικές εργασίες, συνέλεξε σχετικά με την επίμαχη δημόσια σύμβαση»⁴⁴ με αποτέλεσμα «το εν λόγω πρόσωπο να βρεθεί σε κατάσταση δυνάμενη να καταλήξει σε σύγκρουση συμφερόντων, υπό την έννοια ότι δύναται αυτό, χωρίς καν να έχει την πρόθεση, σε περίπτωση που το ίδιο έχει υποβάλει προσφορά για τη σχετική σύμβαση, να επηρεάσει τους όρους αυτής προς την ευνοϊκή γι' αυτό κατεύθυνση»⁴⁵. Εξάλλου «λαμβανομένης υπόψη της καταστάσεως αυτής στην οποία θα μπορούσε να βρεθεί το πρόσωπο που πραγματοποίησε ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει να αντιμετωπιστεί το πρόσωπο αυτό με τον ίδιο τρόπο όπως και κάθε άλλο που έχει υποβάλει προσφορά»⁴⁶. Πάντως, σύμφωνα με το Δικαστήριο, κανόνας που να απαγορεύει «οπωσδήποτε στο πρόσωπο που πραγματοποίησε ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες να συμμετάσχει στη διαδικασία αναθέσεως της οικείας δημοσίας συμβάσεως δεν δικαιολογείται αντικειμενικώς»⁴⁷, δεδομένου ότι «η εφαρμογή του εν λόγω κανόνα μπορεί να έχει ως συνέπεια πρόσωπα έχοντα πραγματοποιήσει ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες να αποκλείονται από τη διαδικασία δημοπρατήσεως χωρίς η συμμετοχή τους αυτή να συνεπάγεται οποιονδήποτε κίνδυνο όσον αφορά τον μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορές»⁴⁸.

⁴³Συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 & C-34/03, σκ. 26

⁴⁴Ο.π. σκ. 29

⁴⁵Ο.π. σκ. 30

⁴⁶Ο.π. σκ. 31

⁴⁷Ο.π. σκ. 32

⁴⁸Ο.π. σκ. 35

Με τη νομολογία Fabricom το Δικαστήριο όρισε την έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων, πολύ πριν η έννοια αυτή εμφανιστεί στο παράγωγο ευρωπαϊκό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων⁴⁹, αποδίδοντας μάλιστα στην κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων έναν αντικειμενικό χαρακτήρα, χωρίς δηλαδή να απαιτείται η συνδρομή του στοιχείου της πρόθεσης για την κατάφαση μιας τέτοιας κατάστασης⁵⁰, η οποία σε κάθε περίπτωση είναι ικανή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό. Έτσι, το πρόσωπο στο οποίο συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων πρέπει να αντιμετωπιστεί διαφορετικά από τους λοιπούς συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς όμως να αποκλείεται άνευ ετέρου επί τη βάση ενός αμάχητου τεκμηρίου, δεδομένου ότι ένας τέτοιος αποκλεισμός θα συνιστούσε παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, εφόσον το πρόσωπο που βρίσκεται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων μπορεί να αποδείξει ότι δεν υφίσταται κίνδυνος για τον ανταγωνισμό⁵¹. Περαιτέρω, το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι η προστασία της αρχής της ίσης μεταχείρισης, η οποία αποτελεί την ουσία των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, αποτελεί καθήκον των αναθετουσών αρχών, στο πλαίσιο της προστασίας και προαγωγής του ανταγωνισμού.

Ε. Η απόφαση AFCon (T-160/03)

Η απόφαση «AFCon» εκδόθηκε κατόπιν αγωγής της εταιρείας «AFCon» και των P. Mc Mullin και ο S. O'Grady (ενάγοντες) κατά της Επιτροπής. Η AFConManagementConsultants ήταν εταιρεία συμβούλων με ειδίκευση στον γεωργικό τομέα στις χώρες των οποίων η οικονομία βρίσκεται σε μεταβατικό στάδιο, της οποίας ο P. Mc Mullin και ο S. O'Grady ήταν διαχειριστές, μέτοχοι και ιδρυτές.

Το έτος 1999, η Επιτροπή δημοσίευσε περιορισμένη πρόσκληση προς υποβολή προσφορών στο πλαίσιο του προγράμματος Tacis για μια σύμβαση παροχής υπηρεσιών τεχνικής βοήθειας. Μεταξύ των 21 επιχειρήσεων που είχαν εκφράσει το

⁴⁹Μουκίου Χρ., ο.π. σελ 187

⁵⁰Ράκος Δ., Βλάχου Ευ, Σαββίδη Ευ., ο.π. σελ. 210

⁵¹Γιαννακόπουλος Κ., ο.π., σελ. 173, SallyRoe, Ch. Lessenich, Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement, PPLR, 2005, σελ. NA96

ενδιαφέρον τους για την ως άνω πρόσκληση προς υποβολή προσφορών, η επιτροπή αξιολογήσεως κατήρτισε έναν περιορισμένο πίνακα δέκα επιχειρήσεων που εκλήθησαν, εν συνεχεία, να υποβάλουν προσφορά. Μετά την αξιολόγηση των οκτώ προσφορών που κατατέθηκαν προκρίθηκε αυτή της κοινοπραξίας των εταιριών GFA – Gesellschaft für Agrarprojekte mbH (GFA-Agrar) και Stoas Agri-projects Foundation (Stoas) έναντι αυτής της AFCon που βρέθηκε στη δεύτερη θέση. Εν συνεχεία, η Επιτροπή ανακάλυψε την ύπαρξη συγκρούσεως συμφερόντων μεταξύ ενός μέλους της επιτροπής αξιολογήσεως και της κοινοπραξίας των εταιριών GFA-Agrar και Stoas (GFA), το οποίο μέλος εργαζόταν στην Agriment International BV, θυγατρική της Stoas. Κατόπιν τούτου η Επιτροπή διέκοψε τη συνεργασία της με το μέλος της.

Λόγω της ως άνω συγκρούσεως συμφερόντων, η Επιτροπή αποφάσισε να ακυρώσει την ανωτέρω πρώτη αξιολόγηση και να αναθέσει σε επιτροπή αποτελούμενη από νέα μέλη μια δεύτερη αξιολόγηση. Η Επιτροπή ενημέρωσε τους υποβαλλόντες προσφορά, με έγγραφο της σχετικά με την ως άνω απόφαση. Μετά την ολοκλήρωση και της δεύτερης αξιολογήσεως, η προσφορά της GFA κρίθηκε ως καλύτερη έναντι αυτής της AFCon, η οποία κατατάχθηκε ξανά στη δεύτερη θέση. Ως εκ τούτου η Επιτροπή ανέθεσε τη σύμβαση στη GFA, ενημερώνοντας σχετικά την AFCon.

Μετά από αυτά η AFCon υπέβαλε καταγγελία προς την Επιτροπή σχετικά με την κακή διαχείριση της διαδικασίας υποβολής προσφορών, υποστηρίζοντας ότι η οικονομική προσφορά της GFA ήταν χαμηλότερη από τις αγοραίες τιμές. Η καταγγελία αυτή απορρίφθηκε από την Επιτροπή. Με έγγραφά της προς την Επιτροπή η AFCon ισχυρίστηκε ότι η GFA είχε παραβεί τους όρους της προσκλήσεως προς υποβολή προσφορών, καθώς και ότι η προσφορά της GFA δεν τηρούσε τη διαδικασία της συνάψεως συμβάσεων στο πλαίσιο του προγράμματος Tacis. Η Επιτροπή απέρριψε τους ισχυρισμούς και η AFCon υπέβαλε καταγγελία προς τον Ευρωπαϊκό Διαμεσολαβητή, η οποία έγινε εν μέρει δεκτή. Ακολούθως η AFCon ζήτησε από την Επιτροπή να της καταβάλει συγκεκριμένα χρηματικά ποσά προς αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη λόγω του ότι δεν της ανατέθηκε η σύμβαση, η δε Επιτροπή απέρριψε το αίτημα. Με αγωγή που άσκησαν το έτος 2003 οι ενάγοντες ζητούσαν από το Πρωτοδικείο να υποχρεώσει την Επιτροπή να τους καταβάλει αποζημίωση προς αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν λόγω

παρατυπιών κατά τη διαδικασία υποβολής προσφορών για το σχέδιο Tacis FDRUS 9902.

Με την απόφασή του, το Πρωτοδικείο έκρινε μεταξύ άλλων ότι «..... η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, η μέριμνα για χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των κοινοτικών κεφαλαίων και η πρόληψη της απάτης καθιστούν πολύ επιλήψιμο το να ανατίθεται το έργο το οποίο αφορά μια δημόσια σύμβαση σε πρόσωπο το οποίο συμβάλλει στην αξιολόγηση και στην επιλογή των σχετικών προσφορών»⁵². Εξάλλου, «μετά την ανακάλυψη της υπάρξεως συγκρούσεως συμφερόντων μεταξύ ενός μέλους της επιτροπής αξιολογήσεως και ενός εκ των υποβαλλόντων προσφορά, εναπόκειται στην Επιτροπή να καταρτίσει και να λάβει, με όλη την απαιτούμενη επιμέλεια και βάσει όλων των δυναμένων να ασκήσουν επιρροή στοιχείων, την απόφασή της σχετικά με τη συνέχεια της διαδικασίας συνάψεως της επίμαχης συμβάσεως. Η υποχρέωση αυτή απορρέει ιδίως από τις αρχές της χρηστής διοικήσεως και της ίσης μεταχειρίσεως Συγκεκριμένα, η Επιτροπή οφείλει να μεριμνά, σε κάθε στάδιο της διαδικασίας υποβολής προσφορών, για την τήρηση της ίσης μεταχειρίσεως και, κατά συνέπεια, τη διασφάλιση ίσων ευκαιριών για όλους τους υποψηφίους»⁵³. «Συναφώς, πρέπει να θεωρηθεί ότι, μετά την ανακάλυψη της υπάρξεως συγκρούσεως συμφερόντων μεταξύ ενός εκ των υποβαλλόντων προσφορά και ενός μέλους της επιτροπής που είναι επιφορτισμένη με την αξιολόγηση των προσφορών, η Επιτροπή διαθέτει περιθώριο εκτιμήσεως προκειμένου να προσδιορίσει τα μέτρα που πρέπει να ληφθούν ως προς τη διεξαγωγή των επομένων σταδίων της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως κατόπιν προσκλήσεως προς υποβολή προσφορών»⁵⁴. Περαιτέρω, «πλείονα αντικειμενικά και συγκλίνοντα στοιχεία έπρεπε να οδηγήσουν την Επιτροπή στο να επιδείξει ιδιαίτερη προσοχή και να εξετάσει την πιθανότητα συμπαιγνίας» αφού από τα στοιχεία που είχε η Επιτροπή στη διάθεσή της μπορούσε «θεμιτώς να θεωρηθεί ότι η σύγκρουση συμφερόντων μπορούσε να πηγάζει όχι μόνον από απλή σύμπτωση των περιστάσεων, αλλά από δόλια πρόθεση»⁵⁵.

⁵²Τ-160/03, σκ. 74

⁵³Ο.π. σκ. 75

⁵⁴Ο.π. σκ. 77

⁵⁵Ο.π. σκ. 79

Με τη νομολογία «AFCOn» το Πρωτοδικείο αναφέρθηκε για πρώτη φορά στην έννοια της συμπαιγνίας, ως κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων που προκαλείται από δολιότητα και αναγνώρισε την υποχρέωση της Επιτροπής ως αναθέτουσας αρχής, σε περίπτωση που έρθει σε γνώση της κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, να ερευνήσει το ζήτημα και στην περίπτωση που απαιτηθεί, να λάβει όλα τα απαιτούμενα μέτρα για τη συνέχιση της διαδικασίας ανάθεσης⁵⁶. Με την απόφαση αυτή το Πρωτοδικείο προχωρά σε μια θεώρηση της διαφάνειας από ουσιαστική άποψη, δεδομένου ότι δεν τη θεμελιώνει μόνο στην αρχή της ίσης μεταχείρισης (τυπική διαφάνεια) αλλά και σε αυτήν της χρηστής διοίκησης⁵⁷. Ήδη από τότε η διαφάνεια συνδέεται με τη σύγκρουση συμφερόντων και τη συμπαιγνία, έννοιες που ακόμη δεν είχαν εμφανιστεί στα ευρωπαϊκά νομοθετικά κείμενα για τις δημόσιες συμβάσεις, με την εξέταση του τρόπου διαμόρφωσης των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών και μάλιστα από ουσιαστική και όχι μόνο από τυπική άποψη⁵⁸.

4. Οι νέοι στόχοι του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων: από την «ανταγωνιστικο-κεντρική» στην «δημοσιοκεντρική» προσέγγιση των δημοσίων συμβάσεων

Όπως ανωτέρω αναφέρθηκε, πρωταρχικός στόχος του ευρωπαϊκού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων μέχρι το 2014, ήταν να διασφαλίσει ότι οι διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων θα είναι σύμφωνες με τις αρχές της νομιμότητας, της μη διάκρισης και κυρίως του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού. Τη στοχοθεσία αυτή υπηρετούσαν και οι λόγοι αποκλεισμού που προβλέπονταν από τις οδηγίες 93/37/EK και 93/38/EK και οι οποίοι αναφέρονταν κυρίως στην επαγγελματική εντιμότητα, τη φερεγγυότητα και τη χρηματοδοτική και οικονομική αξιοπιστία του υποψηφίου αναδόχου, δεδομένου ότι ο βασικός στόχος του κοινοτικού νομοθέτη ήταν η προαγωγή του ανταγωνισμού στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων σε ευρωπαϊκό επίπεδο⁵⁹. Όπως κρίθηκε και με την απόφαση «Μηχανική», σκοπός του

⁵⁶ΡάκοςΔ., ΒλάχουΕν, ΣαββίδηΕν., ο.π. σελ. 683, ΜουκίουΧρ., ο.π. σελ. 161-162

⁵⁷Μουκίου Χρ., ο.π.

⁵⁸Μουκίου Χρ., σελ. 162

⁵⁹MoukiouChryssoula, ο.π., σελ. 72

ευρωπαϊκού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων ήταν ο αποκλεισμός *«της πιθανότητας ευνοιοκρατικής συμπεριφοράς εκ μέρους των δημοσίων αρχών»*⁶⁰, με αποτέλεσμα και οι λόγοι αποκλεισμού να αφορούν περιπτώσεις αντικειμενικής διαπίστωσης περιστάσεων ή συμπεριφορών, *«οι οποίες αφορούν συγκεκριμένο εργολήπτη και είναι ικανές να θέσουν υπό αμφισβήτηση την επαγγελματική του εντιμότητα ή την οικονομική ή χρηματοδοτική του ικανότητα να ολοκληρώσει τις εργασίες που καλύπτει η δημόσια σύμβαση στο πλαίσιο της ανάθεσης της οποίας ο εργολήπτης αυτός υποβάλλει προσφορά»*⁶¹. Δεδομένου όμως ότι πρωταρχικός στόχος του ευρωπαϊκού νομοθέτη ήταν *«η διασφάλιση του σε κοινοτική κλίμακα ανταγωνισμού στις συμβάσεις δημοσίων έργων»*⁶², τόσο η αποφυγή της ευνοιοκρατικής συμπεριφοράς, όσο και η αποφυγή οποιασδήποτε άλλης ασύμβατης με τη διαδικασία ανάθεσης συμπεριφοράς αποτελούσε όχι ακριβώς στόχο αλλά περισσότερο ένα μέσο για την εξυπηρέτηση του κυρίως σκοπού⁶³.

Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το οποίο κλήθηκε πολλές φορές να ερμηνεύσει τις επίδικες οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις, τις προσέγγισε επίσης υπό το πρίσμα της αρχής της προώθησης του ανταγωνισμού, υιοθετώντας μια νομολογιακή ερμηνεία που ονομάστηκε, όπως ανωτέρω αναφέρθηκε, *«ανταγωνιστικο-κεντρική προσέγγιση»*⁶⁴. Στο πλαίσιο αυτό, το ΔΕΕ ανέπτυξε μια πλούσια νομολογία, πέραν των λοιπών ζητημάτων, στο πεδίο των λόγων αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων. Από τη συνοπτική ανωτέρω προσέγγιση μερικών από τις σημαντικότερες αποφάσεις του Δικαστηρίου, προκύπτει ότι τα κράτη μέλη είχαν μια ευρεία εξουσία στην ενσωμάτωση των λόγων αποκλεισμού, δεδομένου ότι τους αναγνωρίστηκε η *«ευχέρεια να ενσωματώνουν στην εθνική νομοθεσία τους λόγους αποκλεισμού με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, αναλόγως εκτιμήσεων νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσεως που υπερισχύουν σε εθνικό επίπεδο»*⁶⁵, χωρίς φυσικά να αφίστανται από τον βασικό στόχο του ανταγωνισμού. Δια της σχετικής νομολογίας αναγνωρίστηκε, όπως ανωτέρω παρουσιάστηκε, η εξουσία εκτίμησης των κρατών μελών όσον αφορά τη θέσπιση πρόσθετων λόγων αποκλεισμού (*«Μηχανική»*), την

⁶⁰C-213/07, σκ. 53

⁶¹Ο.π., σκ. 42

⁶²Ο.π., σκ. 53

⁶³MoukiouChryssoula, ο.π., σελ. 73

⁶⁴Ο.π.

⁶⁵C-538/12, σκ. 38

ενσωμάτωση λόγων αποκλεισμού με ποικίλους βαθμούς αυστηρότητας («Libor»), την υιοθέτηση μαχητών τεκμηρίων για την παράβαση των κανόνων και των αρχών του ευρωπαϊκού δικαίου («Fabricom»). Συγχρόνως, μέσα από την ίδια νομολογία, αυτή που δημιουργήθηκε με αφορμή τους λόγους αποκλεισμού, αναδείχθηκαν έννοιες, οι οποίες μέχρι το 2014 δεν είχαν ρητή θέση στο ευρωπαϊκό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Έννοιες όπως η διαφάνεια, η οποία καταρχήν προσεγγίστηκε από το Δικαστήριο με την τυπική έννοια, αυτή της δημοσιότητας της διαδικασίας και των εγγράφων και της ακώλυτης πρόσβασης σε αυτά, ως απαίτηση εξασφάλισης της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων αναδόχων, στο πλαίσιο πάντα της επίτευξης του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού⁶⁶. Σταδιακά η διαφάνεια συνδέθηκε με έννοιες όπως η «σύγκρουση συμφερόντων» («Fabricom», «eVigilo»), η «συμπαιγνία» («AFCon») και με την εν γένει συμπεριφορά των υποψηφίων αναδόχων. Έτσι η επιδίωξη της διαφάνειας λειτούργησε νομιμοποιητικά υπέρ των αναθετουσών αρχών, ώστε αυτές να προβαίνουν σε ενέργειες που ενδεχομένως υπερβαίνουν το γράμμα της οδηγίας και να λαμβάνουν τα απαιτούμενα μέτρα για την πρόληψη και την αντιμετώπιση φαινομένων που πλήττουν τη διαφάνεια⁶⁷. Στο πλαίσιο αυτό η έννοια της διαφάνειας συνδέθηκε με την αρχή της ίσης μεταχείρισης αλλά και με αυτές της αμεροληψίας και της χρηστής διοίκησης⁶⁸. Με τον τρόπο αυτό η διαφάνεια προσεγγίστηκε και υπό ουσιαστική έννοια, αυτή της εντιμότητας, της ακεραιότητας και της έλλειψης διαφθοράς. Εν τέλει, οι έννοιες αυτές, της διαφάνειας, της σύγκρουσης συμφερόντων, της συμπαιγνίας, αναγνωρίστηκαν ως δικαιολογητικός λόγος νομιμοποίησης τυχόν αποκλίσεων των εθνικών νομοθεσιών από τις ευρωπαϊκές οδηγίες των δημοσίων συμβάσεων, πάντοτε βέβαια πίσω από την κυρίαρχη βάση του ανταγωνισμού⁶⁹.

Μέσα από τη νομολογιακή επεξεργασία τους οι αρχές αυτές εξελίχθηκαν σε στόχους και παράλληλη νομική βάση του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Συγχρόνως αποδείχθηκε ότι τα υφιστάμενα εργαλεία του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων δεν ήταν σε θέση να αντιμετωπίσουν τα αυξανόμενα φαινόμενα διαφθοράς, με αποτέλεσμα οι αρχές αυτές να αποκτήσουν κεντρικότερο ρόλο στην προσέγγιση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και έτσι η μέχρι τότε «ανταγωνιστικό – κεντρική» προσέγγιση να δώσει σταδιακά τη θέση της σε μια

⁶⁶Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 158

⁶⁷Ο.π., σελ. 160

⁶⁸Ο.π., σελ. 162

⁶⁹MoukiouChryssoula, ο.π., σελ. 76

«δημοσιοκεντρική» προσέγγιση των δημοσίων συμβάσεων, με την έννοια μιας μετατόπισης του στόχου του δικαίου των συμβάσεων προς το ουσιαστικό δημόσιο συμφέρον, χωρίς φυσικά να εγκαταλείπεται ο στόχος του ανταγωνισμού⁷⁰.

Υπό την επίδραση της νομολογίας του ΔΕΕ⁷¹ (αλλά και του διεθνούς, ήπιου και εξαναγκαστού, δικαίου⁷²), έγινε αντιληπτό ότι σοβαρές περιπτώσεις διαφθοράς δεν ρυθμίζονταν από το ευρωπαϊκό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και σταδιακά ο προσανατολισμός του ευρωπαϊκού νομοθέτη όσον αφορά την τις δημόσιες συμβάσεις άλλαξε. Με τις οδηγίες 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ η πρόληψη και η πάταξη της διαφθοράς αναδείχθηκε σε νέο στόχο, νέο desideratum⁷³ του ευρωπαϊκού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων⁷⁴. Αξιοσημείωτο είναι ότι η πρόληψη της διαφθοράς μέσω της διασφάλισης της διαφάνειας κατέχει πλέον κυρίαρχη θέση μεταξύ των σκοπών του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, έχοντας παραμερίσει από τη θέση αυτή τον ανταγωνισμό⁷⁵.

Το νέο ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων εξακολουθεί προφανώς να επιδιώκει τους στόχους που επεδίωκε και το προγενέστερο αυτού δίκαιο και να υπηρετεί τις ίδιες αρχές με εκείνο⁷⁶. Περαιτέρω όμως κατοχυρώνεται για πρώτη φορά στο κείμενο των οδηγιών ως γενική αρχή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων η υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να *«αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και (να) ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο»*⁷⁷. Συγχρόνως δίνεται ιδιαίτερη σημασία στην τήρηση από τους οικονομικούς φορείς – υποψηφίους αναδόχους των υποχρεώσεων που τους βαρύνουν και πηγάζουν από το περιβαλλοντικό, ασφαλιστικό και εργατικό, εθνικό ή ενωσιακό δίκαιο⁷⁸, διευρύνοντας έτσι την τελολογία του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, δια της αντιμετώπισής του ως μέσου πρόληψης και τήρησης γενικότερων «κοινωνικών

⁷⁰Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 165

⁷¹Αιτιολογική σκέψη 2, εδ. τελευταίο του προοιμίου της οδηγίας 2014/24/ΕΕ

⁷²Για την επίδραση του διεθνούς δικαίου στον τελολογικό αναπροσανατολισμό του ευρωπαϊκού νομοθέτη στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων βλ. Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 61 επ.

⁷³Για μια σύντομη ανάλυση των θεμιτών στόχων του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων βλ. Schooner L. S., Desiderata: objectives for a system of government contract law, PPLR, 2002, 2, σελ. 103 επ.

⁷⁴Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 167

⁷⁵Ο.π., σελ. 182

⁷⁶Αιτιολογική σκέψη 1, εδ. α' του προοιμίου της οδηγίας 2014/24/ΕΕ

⁷⁷Αρ. 18 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ

⁷⁸Αρ. 18 παρ. 2

υποχρεώσεων»⁷⁹. Η νέα αυτή στοχοθεσία του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων εκφράζεται ρητά στο προοίμιο της οδηγίας αλλά αποτυπώνεται και στο κείμενο αυτής και ιδίως στο πεδίο των λόγων αποκλεισμού υποψηφίου αναδόχου. Έτσι, για πρώτη φορά προβλέπεται ρητά και ρυθμίζεται η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων στη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (αρ. 24 οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ενώ η διαφάνεια προσεγγίζεται, επίσης για πρώτη φορά, υπό την ουσιαστική έννοιά της, δηλαδή ως ακεραιότητα, εντιμότητα και μη διαφθορά και τίθεται ως πρωταρχικός στόχος του ενωσιακού νομοθέτη (αρ. 18 §1 σε συνδυασμό με αρ. 24 της οδηγίας). Περαιτέρω, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού διευρύνονται, ώστε να υπηρετούν πληρέστερα τη νέα στοχοθεσία του ενωσιακού δικαίου. Δυνητικούς λόγους αποκλεισμού συνιστούν πια η αθέτηση των υποχρεώσεων των υποψηφίων αναδόχων στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου (αρ. 57 §4α σε συνδυασμό με αρ. 18 §2 της οδηγίας), η απόπειρα στρέβλωσης του ανταγωνισμού μέσω συμφωνιών του οικονομικού φορέα με άλλους οικονομικούς φορείς (αρ. 57 §4δ), η σύγκρουση συμφερόντων, υπό την προϋπόθεση ότι δεν μπορεί να αντιμετωπιστεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα (αρ. 57 §4ε), η στρέβλωση του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, υπό την προϋπόθεση ότι δεν μπορεί να αντιμετωπιστεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα (αρ. 57 §4στ), η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια του οικονομικού φορέα κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης (αρ. 57 §4ζ), η απόπειρα αθέμιτου επηρεασμού της διαδικασίας λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής (αρ. 57 §4θ). Το τμήμα των δυνητικών λόγων αποκλεισμού της οδηγίας αναμορφώθηκε σχεδόν ολικά δια της διεύρυνσής του με τους ανωτέρω νέους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι και αποτυπώνουν με σαφήνεια τα νέα desiderata των δημοσίων συμβάσεων. Το νέο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων προστατεύει και προωθεί τον ανταγωνισμό αλλά συγχρόνως, αν όχι κυρίως, προασπίζει τη διαφάνεια, εξυπηρετεί το ουσιαστικό δημόσιο συμφέρον, καταπολεμά τη διαφθορά. Ενδεικτικά της προσέγγισης από τον ευρωπαϊό νομοθέτη της διαφάνειας υπό την ουσιαστική της διάσταση, είναι αφενός η θέσπιση της «αυτό-κάθαρσης» ως λόγου άρσης του καθεστώτος αναξιοπιστίας του οικονομικού φορέα (αρ. 57 §6, που αφορά τόσο τους υποχρεωτικούς όσο και τους δυνητικούς λόγους

⁷⁹Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 184

αποκλεισμού), όσο και η ρητή απαίτηση στις περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων και στρέβλωσης του ανταγωνισμού λόγω πρότερης συμμετοχής του οικονομικού φορέα στην προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης, να έχουν εξαντληθεί τυχόν ηπιότερα μέσα επανόρθωσης. Και στις δύο περιπτώσεις ο νομοθέτης αποβλέπει σε μια «πρακτική εναρμόνιση» αφενός της προάσπισης του ανταγωνισμού και αφετέρου της διασφάλισης της διαφάνειας υπό ουσιαστική έννοια, δεδομένου ότι η ανταπόδειξη εκ μέρους του οικονομικού φορέα της αξιοπιστίας του ή η επανόρθωση τυχόν κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων χωρίς αποκλεισμό του οικονομικού φορέα υπηρετούν την αποτελεσματικότητα και την ουσία της διαδικασίας έναντι της αυστηρότητας και της τυπικότητας⁸⁰.

Φαίνεται λοιπόν ότι ο ευρωπαϊός νομοθέτης υιοθετεί πλέον νέα οπτική όσον αφορά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Το ενδιαφέρον του δεν εξαντλείται στην εξυπηρέτηση του τυπικού δημοσίου συμφέροντος, με την γρήγορη και πραγματική εκτέλεση μιας δημόσιας σύμβασης αλλά επεκτείνεται και περιλαμβάνει το ουσιαστικό δημόσιο συμφέρον, με στόχους όπως η εξοικονόμηση δημοσίων δαπανών, η ουσιαστική διαφάνεια και η καταπολέμηση της διαφθοράς, η αντιμετώπιση του βρώμικου χρήματος και η τήρηση περιβαλλοντικών, κοινωνικών και εργατικών υποχρεώσεων των οικονομικών φορέων. Για το σκοπό αυτό υιοθετεί νέους κανόνες προληπτικού χαρακτήρα, μεταξύ των οποίων οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού και οι διατάξεις για τη σύγκρουση συμφερόντων, επιδιώκοντας την μη δημιουργία ή την άρση καταστάσεων αδιαφάνειας και διαφοράς. Περαιτέρω, εγκαταλείπει σε μεγάλο βαθμό την τυπικότητα και τον αυστηρό formalισμό, τόσο όσον αφορά τις κατ' ιδίαν διαδικασίες ανάθεσης, όσο και στο πεδίο των λόγων αποκλεισμού, αφού προβλέπονται νέες διαδικασίες άρσης τυχόν λόγων αποκλεισμού με ευθύνη των οικονομικών φορέων, προς το σκοπό της ανάκτησης της αξιοπιστίας τους και την τόνωση του ανταγωνισμού δια της συμμετοχής τους στη διαδικασία ανάθεσης⁸¹. Είναι σαφές η σε κάποιο βαθμό «εργαλειακή» αντιμετώπιση των δημοσίων συμβάσεων: δεδομένου ότι πρόκειται για έναν τομέα όπου διακινείται κρατικό χρήμα και μάλιστα σε αρκετά υψηλό επίπεδο⁸², αποτελεί καταρχήν ένα πεδίο ευεπίφορο στην ανάπτυξη φαινομένων διαφθοράς και αδιαφάνειας. Έτσι επιχειρείται μέσω της πρόσφατης μεταρρύθμισης η πάταξη τέτοιων φαινομένων, ενώ συγχρόνως,

⁸⁰Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 211-212

⁸¹Ο.π. σελ.145 επ.

⁸²Βλ. για ειδικότερα μεγέθη την κατευθυντήρια οδηγία 9/2015 της ΕΑΑΔΗΣΥ

η σχετική νομοθεσία αξιοποιείται και για τη συμμόρφωση των οικονομικών φορέων με τις περιβαλλοντικές, κοινωνικές και εργατικές υποχρεώσεις τους.

Στα κεφάλαια που ακολουθούν αναλύονται οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού και ειδικότερα αυτοί που οφείλονται σε καταστάσεις σύγκρουσης συμφερόντων και στρέβλωσης του ανταγωνισμού λόγω προηγούμενης εμπλοκής του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς και σε έλλειψη ακεραιότητας του οικονομικού φορέα συνεπεία σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος ενώ εκτίθενται οι εξουσίες της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά τους λόγους αποκλεισμού.

5. Οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού της οδηγίας 2014/24/ΕΕ

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η νέα τελολογική οπτική του ευρωπαϊού νομοθέτη, αποτυπώθηκε καθαρά στη νέα οδηγία για τις δημόσιες συμβάσεις (2011/24/ΕΕ), δια της οποίας καταργήθηκε το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς σε επίπεδο ΕΕ, η οδηγία 2004/18/ΕΚ. Όπως αναφέρθηκε, μεταξύ των σκοπών της νέας οδηγίας, δίπλα στη διαχρονική αρχή του ανταγωνισμού, τίθενται στόχοι όπως ο εξορθολογισμός και η εξοικονόμηση των δημοσίων δαπανών, η ουσιαστική διαφάνεια, η αποφυγή σύγκρουσης συμφερόντων, η αντιμετώπιση του ξεπλύματος χρήματος και η προστασία των εργασιακών δικαιωμάτων και του περιβάλλοντος.

Ιδιαίτερα σημαντικό εργαλείο της οδηγίας για την επιδίωξη και ευόδωση των σκοπών της αποτελούν οι λόγοι αποκλεισμού, υποχρεωτικοί και δυνητικοί. Ειδικότερα, πριν από την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει τους οικονομικούς φορείς και αποκλείει εκείνους που δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα επαγγελματικά προσόντα ή δεν καλύπτουν τα αναγκαία κριτήρια φερεγγυότητας και εντιμότητας, δεν είναι δηλαδή κατάλληλοι για την εκτέλεση της σύμβασης⁸³. Οι λόγοι αποκλεισμού, οι οποίοι προβλέπονται στο άρθρο 57 της οδηγίας, διακρίνονται σε υποχρεωτικούς, οι οποίοι εφαρμόζονται υποχρεωτικά κατά τη διαδικασία σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης και σε δυνητικούς, οι οποίοι μπορεί

⁸³Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Σάκκουλας, 2017, σελ. 400 επ.

να οριστούν (κάποιοι ή και όλοι) από τα κράτη μέλη ως υποχρεωτικοί στην εσωτερική έννομη τάξη ή η σχετική διακριτική ευχέρεια να παρασχεθεί από τα κράτη μέλη στις αναθέτουσες αρχές. Σημειωτέον ότι με την ενσωμάτωση της οδηγίας στην ελληνική έννομη τάξη με το ν. 4412/2016, στις αναθέτουσες αρχές ανατέθηκε η διακριτική ευχέρεια να θέσουν στην προκήρυξη της σύμβασης πέραν των υποχρεωτικών και όσους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού κρίνουν ότι πρέπει να τεθούν⁸⁴.

Όπως ανωτέρω αναλύθηκε, ο κατάλογος των δυνητικών λόγων αποκλεισμού έχει υποστεί ευρεία διεύρυνση σε σχέση με την προηγούμενη οδηγία, αποτυπώνοντας έτσι την επαναπροσέγγιση των δημοσίων συμβάσεων από τον ευρωπαϊό νομοθέτη. Μέσω της αναμόρφωσης των δυνητικών λόγων αποκλεισμού ο ευρωπαίος νομοθέτης επανατοποθετήθηκε όσον αφορά τις επιδιώξεις του νέου δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Έτσι, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού περιλαμβάνουν ρυθμίσεις (σε συνδυασμό και με άλλες διατάξεις της οδηγίας, στις οποίες γίνεται παραπομπή) που εξασφαλίζουν τη διαφάνεια και την καταπολέμηση της διαφθοράς, της απάτης και της έλλειψης ακεραιότητας και εντιμότητας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων⁸⁵. Ειδικότερα:

A) Η σύγκρουση συμφερόντων

Ως σύγκρουση συμφερόντων μπορούμε να ορίσουμε την κατάσταση κατά την οποία ένα πρόσωπο βρίσκεται στη θέση να πρέπει να δείξει πίστη ή να υπηρετήσει εν γένει δυο διαφορετικά (και κυρίως αντίθετα) μέρη, των οποίων τα συμφέροντα συγκρούονται μεταξύ τους, κατά τρόπο ώστε κάθε μέρος να έλκει προς διαφορετική (κατά βάση αντίθετη) κατεύθυνση⁸⁶. Η συγκρουσιακή αυτή κατάσταση μάλιστα, όπως κρίθηκε με τη νομολογία *Intrasoft*, θα πρέπει να είναι πραγματική και όχι υποθετική, αρκούντος και του «κινδύνου σύγκρουσης» για την κατάφαση τέτοιας

⁸⁴Ράικος Δ., *Βλάχου Εν, Σαββίδη Εν.*, ο.π., σελ. 664 επ.

⁸⁵Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 185 επ.

⁸⁶*Gordon D.I.*, Organizational conflicts of interest: A growing integrity challenge, The George Washington University Law School, Public Law And Legal Theory Working Paper No 127, pp 3 – 4, διαθέσιμισε www.papers.ssrn.com

κατάστασης, χωρίς πάντως να είναι αρκετό και το απλό ενδεχόμενο σύγκρουσης.⁸⁷ Εξάλλου, σύμφωνα με την ίδια νομολογία, η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων θα πρέπει να έχει αντικειμενικό χαρακτήρα, υπό την έννοια ότι δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη η (καλή ή κακή) πίστη των ενδιαφερομένων αλλά αρκεί να υφίσταται ο κίνδυνος σύγκρουσης⁸⁸.

Η έννοια της κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων ορίστηκε το πρώτον από τη νομολογία Fabricom⁸⁹ το 2005, για την περίπτωση της εμπλοκής προσώπου σε προπαρασκευαστικές της ανάθεσης της σύμβασης εργασίες, από την οποία (εμπλοκή) όμως μπορεί να επωφεληθεί το πρόσωπο αυτό, ακόμη και χωρίς δόλια πρόθεση. Στην περίπτωση δε που αποδεικνυόταν δόλια πρόθεση, η νομολογία AFCon⁹⁰ αναφέρθηκε σε συμπαιγνία. Η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων περιλήφθηκε για πρώτη φορά σε ενωσιακό νομοθετικό κείμενο για τις δημόσιες συμβάσεις με τις οδηγίες του 2014 (με την εξαίρεση του αρ. 94 του Δημοσιονομικού Κανονισμού, που αφορά όμως τις περιπτώσεις όπου αναθέτουσα αρχή είναι θεσμικό ευρωπαϊκό όργανο).

Σύμφωνα με το αρ. 57 §4δ, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα «εάν η σύγκρουση συμφερόντων κατά την έννοια του αρ. 24 δεν μπορεί να επανορθωθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα», ενώ σύμφωνα με το αρ. 24 «Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών προμήθειας, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. Η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων καλύπτει τουλάχιστον οποιαδήποτε κατάσταση κατά την οποία μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή παρόχου υπηρεσιών προμηθειών ενεργούντος εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής τα οποία συμμετέχουν στη διεξαγωγή της διαδικασίας προμήθειας ή μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον που θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας προμήθειας.» Στόχος του ευρωπαϊκού νομοθέτη είναι η

⁸⁷Γενικό Δικαστήριο, απόφαση Intrasoft, σκ. 74

⁸⁸Ο.π., σκ. 75

⁸⁹Βλ. ανωτέρω υπό 3Δ

⁹⁰Βλ. ανωτέρω υπό 3Ε

διασφάλιση της ισότιμης συμμετοχής των συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης αλλά και η διαφάνεια υπό την ουσιαστική της έννοια⁹¹. Διαπιστώνεται επίσης ότι η ρύθμιση του αρ. 24 αποτελεί ένα *minimum* προστασίας («τουλάχιστον»), καταλείποντας ο νομοθέτης στα κράτη μέλη την αρμοδιότητα να ρυθμίσουν περαιτέρω κανόνες διασφάλισης της αμεροληψίας και της ανεξαρτησίας των εμπλεκόμενων προσώπων⁹². Εξάλλου, η αντικειμενικότητα και η αμεροληψία της αναθέτουσας αρχής, συνδέεται στενά με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης αλλά και με την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού⁹³.

Οι αναθέτουσες αρχές έχουν ενεργό και πολλαπλό ρόλο στις περιπτώσεις καταστάσεων σύγκρουσης συμφερόντων, δεδομένου ότι από το αρ. 24 της οδηγίας τους απονέμεται η αρμοδιότητα να ενεργούν για την πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση τυχόν καταστάσεων σύγκρουσης συμφερόντων, θα πρέπει επομένως να αποτρέπουν οποιαδήποτε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, λαμβάνοντας προς τούτο μέτρα, τόσο εκ των προτέρων όσο και εκ των υστέρων. Εξάλλου, στην αιτιολογική σκέψη 16 της οδηγίας αναφέρεται ότι *«οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να χρησιμοποιούν όλα τα μέσα τα οποία διαθέτουν βάσει του εθνικού δικαίου, ούτως ώστε να αποτρέπουν τη στρέβλωση των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων λόγω σύγκρουσης συμφερόντων»*. Έτσι, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει καταρχάς να προσδιορίσουν το μέλος εκείνο της αναθέτουσας αρχής που συμμετέχει στη διαδικασία ανάθεσης ή μπορεί να επηρεάσει την έκβασή της, το οποίο σε επόμενο στάδιο, πρέπει να εξεταστεί εάν έχει οποιοδήποτε χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, άμεσα ή και έμμεσα. Εννοείται ότι η έρευνα αυτή περιορίζεται στο πρόσωπα μόνο που συμμετέχουν στη διαδικασία ανάθεσης ή μπορούν να την επηρεάσουν, διότι τυχόν άλλα μέλη της αναθέτουσας αρχής που δεν έχουν καμία εμπλοκή στη διαδικασία ανάθεσης, δεν δύνανται να έχουν και οποιοδήποτε προσωπικό συμφέρον σε αυτήν⁹⁴. Δεδομένου δε ότι ζητούμενο είναι η προστασία της αμεροληψίας και της ανεξαρτησίας της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται περαιτέρω κατά πόσον το τυχόν συμφέρον κάποιου μέλους της μπορεί να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει τις ιδιότητες αυτές που πρέπει να συντρέχουν ως προς την αναθέτουσα αρχή κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εάν συντρέχει

⁹¹Ο.π., σελ. 191

⁹²Ράικος Δ., Βλάχου Ευ, Σαββίδη Ευ., ο.π., σελ. 203 – 204

⁹³Ο.π., σελ. 204, Ράικος Δ. ο.π., σελ. 177 επ.

⁹⁴Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 192

πράγματι τέτοια περίπτωση, τότε θα πρόκειται για κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων. Η αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση αυτή θα πρέπει να κρίνει εάν η κατάσταση αυτή θέτει σε αμφιβολία την αμεροληψία και την ανεξαρτησία της.

Όπως ήδη αναφέρθηκε η κατάφαση μιας κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων δεν οδηγεί σε αυτόματο αποκλεισμό του υποψηφίου αναδόχου, αλλά ο τυχόν αποκλεισμός του εξαρτάται από την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, όπως ρητά επιτάσσει το αρ. 57 §4^ε: ο αποκλεισμός επιβάλλεται μόνο εάν η σύγκρουση συμφερόντων *«δεν μπορεί να επανορθωθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα»*. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή έχει σε μια τέτοια περίπτωση διακριτική ευχέρεια να κρίνει κατά πόσο η σύγκρουση συμφερόντων μπορεί να επανορθωθεί με άλλα, ηπιότερα, μέσα και σε περίπτωση αρνητικής απάντησης, εάν θα πρέπει ο υποψήφιος ανάδοχος να αποκλειστεί ή όχι⁹⁵. Εννοείται ότι η διακριτική αυτή ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής συνοδεύεται και από υποχρέωση έγγραφης αιτιολογίας δια της έκδοσης σχετικής πράξης, για καθεμιά από τις περιπτώσεις. Πάντως παρίσταται εξαιρετικά δύσκολο σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη κρίνει ότι δεν προσφέρονται ηπιότερα μέσα άρσης της σύγκρουσης συμφερόντων, να κρίνει περαιτέρω ότι ο υποψήφιος δεν χρήζει αποκλεισμού⁹⁶.

Η ευελιξία και η ελαστικότητα που παρέχει η εν λόγω διάταξη στις αναθέτουσες αρχές εντάσσεται στην συνολική οπτική του νομοθέτη σχετικά με τις επιδιώξεις του με την οδηγία αυτή, όπως ανωτέρω αναλύθηκαν. Σκοπός του ενωσιακού νομοθέτη είναι η επίτευξη διαδικασιών ανάθεσης χωρίς καταστάσεις σύγκρουσης συμφερόντων και γενικότερα με ουσιαστική διαφάνεια, ακεραιότητα, εντιμότητα και ίση μεταχείριση των υποψηφίων και όχι απλώς ο αποκλεισμός του «παραβατικού υποψηφίου». Στο πλαίσιο αυτό υιοθετήθηκαν διαδικασίες όπως αυτή, με μεγάλη ελαστικότητα και προσήλωση στο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα: την πραγματική ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος. Τούτο μπορεί να επιτευχθεί πλέον και με την υιοθέτηση προληπτικών και όχι μόνο κατασταλτικών πρακτικών από τις αναθέτουσες αρχές (όπως για παράδειγμα την εξαίρεση εξ αρχής από τη διαδικασία ανάθεσης προσώπου στο οποίο μπορεί να συντρέξει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων). Η προκειμένη ρύθμιση φαίνεται ότι προσεγγίζει ορθά τις περιπτώσεις στρεβλώσεων των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων,

⁹⁵Βλ. ΜουκίουΧρ, ο.π., σελ. 204 επ.

⁹⁶Ο.π., σελ. 205

μεταθέτοντας την επιλογή του αποκλεισμού σε έσχατη λύση και επιδιώκοντας την με κάθε άλλο τρόπο άρση των στρεβλώσεων αυτών προς όφελος τόσο του ανταγωνισμού όσο και του ουσιαστικού δημοσίου συμφέροντος.

Β) Αποκλεισμός λόγω στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας

Η νέα οδηγία, προσαρμοζόμενη στις ταχύτατες οικονομικές αλλά κυρίως τεχνολογικές εξελίξεις, προβλέπει και ρυθμίζει για πρώτη φορά την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην αγορά προκειμένου να διεξάγει διαβουλεύσεις με τους οικονομικούς φορείς, ούτως ώστε να προετοιμάσει με τον καλύτερο τρόπο την διαδικασία προμήθειας. Εξάλλου, ακριβώς λόγω των ταχύτατων οικονομικών και τεχνολογικών εξελίξεων, πολλές φορές οι αναθέτουσες αρχές δεν είναι σε θέση να ζητήσουν μια προμήθεια με συγκεκριμένες προδιαγραφές ή δεν μπορούν να γνωρίζουν ποια η διαθεσιμότητα της αγοράς όσον αφορά τις απαιτήσεις τους⁹⁷. Σύμφωνα με το άρθρο 40: *«Πριν δρομολογήσουν διαδικασία προμήθειας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διεξάγουν διαβουλεύσεις με την αγορά, προκειμένου να προετοιμάζουν την προμήθεια και να ενημερώνουν τους οικονομικούς φορείς για τα σχέδια και τις απαιτήσεις τους όσον αφορά τις προμήθειες. Για τον σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, επί παραδείγματι, να ζητούν ή να δέχονται τις συμβουλές ανεξάρτητων εμπειρογνομόνων ή αρχών ή συμμετεχόντων της αγοράς. Οι εν λόγω συμβουλές μπορούν να χρησιμοποιούνται για τον σχεδιασμό και τη διεξαγωγή της διαδικασίας προμήθειας, εφόσον οι εν λόγω συμβουλές δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και την παραβίαση των αρχών της αποφυγής των διακρίσεων και της διαφάνειας.»* Επομένως, η προηγούμενη εμπλοκή των συμμετεχόντων στη διαδικασία προμήθειας οικονομικών φορέων δεν αποκλείεται υπό το φόβο περιέλευσης σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων αλλά αντιθέτως η περίπτωση αυτή ρυθμίζεται από το νέο ενωσιακό δίκαιο, προφανώς αναγνωρίζοντας ο ενωσιακός νομοθέτης την αναγκαιότητα μιας τέτοιας διαδικασίας.

⁹⁷ Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 194 επ.

Συγχρόνως όμως θέτει το πλαίσιο ώστε η τυχόν προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίου αναδόχου δεν θα προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Έτσι, σύμφωνα με το άρθρο 41 §1 και §2 εδ. α της οδηγίας: *«Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή, είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 40, ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα. Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας και τον προσδιορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών.»* Στην περίπτωση επομένως που η αναθέτουσα αρχή αξιοποιήσει τη δυνατότητά της και προσφύγει στην αγορά για τη διενέργεια διαβουλεύσεων, θα πρέπει να λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα προς το σκοπό της διασφάλισης του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της αρχής της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων. Τέτοια μέτρα είναι κυρίως η γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους των σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της διαβούλευσης με την αγορά, καθώς και άλλα μέτρα προστασίας της διαφάνειας της διαδικασίας. Η στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου στην προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης, προβλέπεται επίσης ως δυνητικός λόγος αποκλεισμού από το άρθρο 57 § 4στ, σε συνδυασμό με το άρθρο 41 §2 εδ. β, μόνο όμως ως «ultimumrefugium», υπό την αίρεση πάντα της αρχής της αναλογικότητας, δηλαδή ότι δεν μπορεί να επανορθωθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα. Εξάλλου, ο υποψήφιος αποκλείεται μόνο «εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης» ενώ (πρέπει να) έχει τη δυνατότητα να αποδείξει ότι η προηγούμενη εμπλοκή του δεν μπορεί να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Το βάρος απόδειξης έτσι μετατίθεται στον υποψήφιο, οι δε αναθέτουσες αρχές έχουν την ευχέρεια να δεχθούν ή να απορρίψουν τις εξηγήσεις του υποψηφίου, πάντοτε με πλήρως αιτιολογημένη απόφαση⁹⁸. Όπως και στην περίπτωση της σύγκρουσης συμφερόντων έτσι και στην εξεταζόμενη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια να κρίνει

⁹⁸Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 196

κατά πόσο η στρέβλωση του ανταγωνισμού μπορεί να επανορθωθεί με άλλα, ηπιότερα, μέσα και σε περίπτωση αρνητικής απάντησης, εάν θα πρέπει ο υποψήφιος ανάδοχος να αποκλειστεί ή όχι, έχοντας πριν από τον αποκλεισμό του παράσχει στον υποψήφιο της δυνατότητα να αποδείξει ότι δεν συντρέχει περίπτωση στρέβλωσης.

Επίσης, διαπιστώνεται και στην προκειμένη περίπτωση η βούληση του νομοθέτη για την επίτευξη διαδικασιών ανάθεσης χωρίς καταστάσεις σύγκρουσης συμφερόντων και γενικότερα με ουσιαστική διαφάνεια, ακεραιότητα, εντιμότητα και ίση μεταχείριση των υποψηφίων, διαδικασιών που θα υπηρετούν συγχρόνως το ουσιαστικό δημόσιο συμφέρον. Η τυχόν ανάγκη των αναθετουσών αρχών για διεξαγωγή διαβουλεύσεων με την αγορά σταθμίζεται με την προστασία του ανταγωνισμού και την αποτροπή καταστάσεων στρέβλωσης, με την επιλογή από το νομοθέτη μιας διαδικασίας ευέλικτης, με προβλέψεις κατά κύριο λόγο πρόληψης φαινομένων στρέβλωσης και αδιαφάνειας και επιλέγοντας τον αποκλεισμό του υποψηφίου μόνο ως έσχατη λύση και μόνο αφού του έχει χορηγηθεί η δυνατότητα να αποδείξει ότι δεν υπάρχει τέτοιος κίνδυνος.

Τόσο η σύγκρουση συμφερόντων όσο και η στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω προηγούμενης συμμετοχής του υποψηφίου στη διαδικασία της προμήθειας αποτελούν δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, η εφαρμογή των οποίων εξαρτάται ρητά από την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, δεδομένου ότι ο υποψήφιος δύναται να αποκλειστεί εφόσον η κατάσταση της σύγκρουσης συμφερόντων ή της στρέβλωσης του ανταγωνισμού «δεν μπορεί να επανορθωθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα». Όπως ήδη επισημάνθηκε η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αποφανθεί αφενός ως προς τη δυνατότητα επανόρθωσης με άλλα μέσα, αφετέρου και εφόσον έχει κριθεί ότι δεν υφίσταται τέτοια δυνατότητα, ως προς τον αποκλεισμό ή όχι του υποψηφίου. Οι υπόλοιποι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού που θεσπίζονται με τη διάταξη του άρθρου 57 §4 δεν εξαρτώνται ως προς την εφαρμογή τους ρητά από την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, υπό την αμέσως ανωτέρω αυστηρή έννοια, την υποχρέωση δηλαδή της αναθέτουσας αρχής να αναζητήσει ηπιότερα μέτρα. Αυτό βέβαια δεν σημαίνει ότι η κρίση της αναθέτουσας αρχής δεν οφείλει σε κάθε περίπτωση να είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας, όπως άλλωστε προβλέπεται στο άρθρο 18 §1 της οδηγίας (καθώς και με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της μη στρέβλωσης του ανταγωνισμού, όπως επίσης

προβλέπεται στο άρθρο 18 §1)⁹⁹. Εξάλλου, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 101 του προοιμίου της οδηγίας «μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα», επομένως καταρχήν απαιτούνται σοβαρές παρατυπίες από την πλευρά του οικονομικού φορέα ώστε να οδηγηθεί η αναθέτουσα αρχή στον αποκλεισμό του.

Γ) Η προγενέστερη αντισυμβατική συμπεριφορά

Σύμφωνα με το άρθρο 57 §4ζ «εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις», η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα στο πλαίσιο του συγκεκριμένου δυνητικού λόγου αποκλεισμού.

Πρόκειται για ένα νέο λόγο αποκλεισμού, ο οποίος δεν συμπεριλαμβανόταν στον κατάλογο των δυνητικών λόγων αποκλεισμού υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς. Έτσι, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους οι οποίοι εκπλήρωσαν πλημμελώς ή δεν εκπλήρωσαν καθόλου τις συμβατικές τους υποχρεώσεις στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης. Πρόκειται κατά κάποιον τρόπο για κάμψη της αρχής της αυτοτέλει των συμβάσεων, με την έννοια ότι για την κρίση περί τυχόν αποκλεισμού του οικονομικού φορέα λαμβάνεται υπόψη η συμπεριφορά που έχει αυτός επιδείξει κατά την εκτέλεση άλλης σύμβασης¹⁰⁰. Βέβαια για την εφαρμογή της διάταξης αυτής απαιτείται ο οικονομικός φορέας να έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια και δη κατά την εκτέλεση ουσιώδους και όχι κάθε απαίτησης από άλλη προηγούμενη δημόσια σύμβαση, η οποία μάλιστα να έχει οδηγήσει σε πρόωρη καταγγελία της δημόσιας σύμβασης ή στην επιδίκαση αποζημιώσεων ή στην επιβολή άλλων παρόμοιων κυρώσεων. Σε κάθε βέβαια περίπτωση για τον τυχόν αποκλεισμό του οικονομικού φορέα δυνάμει και του

⁹⁹Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 207

¹⁰⁰Ο.π., σελ. 208

συγκεκριμένου δυνητικού λόγου αποκλεισμού απαιτείται να έχει ληφθεί υπόψη η αρχή της αναλογικότητας.

Αξίζει να σημειωθεί ότι ιδιαίτερα κρίσιμη είναι η «αξιοπιστία» του οικονομικού φορέα, η οποία, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αποτελεί κατά κάποιον τρόπο το «μέτρο» των αδυναμιών του υποψηφίου σε παλαιότερη σύμβαση¹⁰¹. Πλέον για τον ευρωπαϊό νομοθέτη η αξιοπιστία αποτελεί «διαπιστευτήριο» του οικονομικού φορέα για την συμμετοχή του σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

Δ) Η απόπειρα άσκησης αθέμιτης επιρροής

Σύμφωνα με το αρ. 57 §40 της οδηγίας, *«εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία προμήθειας ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση»*, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να τον αποκλείσει από τη διαδικασία, στο πλαίσιο του συγκεκριμένου δυνητικού λόγου αποκλεισμού.

Πρόκειται επίσης για λόγο δυνητικού αποκλεισμού που προστέθηκε στη νέα οδηγία και δεν συμπεριλαμβανόταν στους λόγους αποκλεισμού υπό το παλαιό νομοθετικό καθεστώς. Δεδομένου ότι δεν απαιτείται τετελεσμένη κατάσταση αλλά αρκεί απλώς «απόπειρα», ο λόγος αυτός αποκλεισμού είναι προληπτικού χαρακτήρα (όπως ακριβώς και ο αμέσως προηγούμενος δυνητικός λόγος αποκλεισμού, αντισυμβατική συμπεριφορά στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης), συμβαδίζοντας με την γενική στοχοθεσία του ενωσιακού νομοθέτη για διαφάνεια και ίση μεταχείριση των υποψηφίων, όπως άλλωστε οι στόχοι αυτοί περιλήφθηκαν στη γενική διάταξη του αρ. 18 της οδηγίας.

¹⁰¹ Αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/EK

Ε) Το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα

Σύμφωνα με το αρ. 57 §4γ της οδηγίας, *«εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του»*, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει τον υποψήφιο, δυνάμει του σχετικού δυνητικού λόγου αποκλεισμού.

Ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού δεν αποτελεί πρωτοτυπία της οδηγίας 201/24/EK, δεδομένου ότι η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος αποτελούσε δυνητικό λόγο αποκλεισμού και υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς. Όμως για πρώτη φορά το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα συνδέθηκε με την αμφισβήτηση της ακεραιότητας του οικονομικού φορέα. Έτσι, μπορεί ένας υποψήφιος να αποκλειστεί εφόσον έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο όμως θα πρέπει να πλήττει την ακεραιότητά του.

Εξάλλου, η έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος είχε οριστεί με την απόφαση Forposta, σύμφωνα με την οποία σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα αποτελεί *«κάθε εσφαλμένη πράξη που δύναται να έχει επίδραση στην επαγγελματική αξιοπιστία του οικονομικού φορέα»*¹⁰². Άλλη μία περίπτωση στην οποία η «αξιοπιστία» του οικονομικού φορέα αναβαθμίζεται σε πρωτεύον κριτήριο συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Άλλωστε, η τυχόν οικονομική επάρκεια ή η τεχνική ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει τη σύμβαση δεν αρκούν για να τον καταστήσουν αξιόπιστο και επομένως εφόσον έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να αποκλειστεί¹⁰³.

Πρέπει να σημειωθεί ότι για τον αποκλεισμό ενός υποψηφίου οικονομικού φορέα λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δεν απαιτείται να έχει εκδοθεί δικαστική απόφαση οποιουδήποτε βαθμού αλλά η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να αποδείξει χρησιμοποιώντας τα «κατάλληλα μέσα» τη διάπραξη του σχετικού επαγγελματικού παραπτώματος από τον οικονομικό φορέα. Συγχρόνως

¹⁰² Απόφαση Forposta, σκ. 27

¹⁰³ ΕΑΑΔΗΣΥ, κατευθυντήρια οδηγία 20, «λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων», σελ. 20

βέβαια η αναθέτουσα αρχή φέρει και τη σχετική ευθύνη, όπως επισημαίνεται και στην αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας¹⁰⁴.

ΣΤ) Η διαδικασία της αυτοκάθαρσης

Στο πλαίσιο της νέας στοχοθεσίας του, όπως αυτή ανωτέρω αναλύθηκε, ο ενωσιακός νομοθέτης υιοθέτησε για πρώτη φορά τη δυνατότητα ενός οικονομικού φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού (ακόμη και υποχρεωτικός), να ανταποδείξει ότι έχει πλέον καταστεί αξιόπιστος και συνεπώς κατάλληλος για πιθανός αντισυμβαλλόμενος του Δημοσίου. Στόχος είναι ο εντοπισμός των πραγματικών περιπτώσεων αναξιοπιστίας, ανεντιμότητας ή διαφθοράς, επομένως παρέχεται η δυνατότητα στον υποψήφιο οικονομικό φορέα να αποδείξει ότι έχει ανακτήσει την αξιοπιστία του¹⁰⁵. Εξάλλου, ο μακρός αποκλεισμός από τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων ενός οικονομικού φορέα, στο πρόσωπο του οποίου δεν συντρέχει πλέον λόγος αποκλεισμού, τίποτε δεν προσφέρει στην διασφάλιση της ουσιαστικής διαφάνειας, της ακεραιότητας, της εντιμότητας και της μη διαφθοράς ενώ από την άλλη πλευρά συντείνει σε διαστρέβλωση του ανταγωνισμού.

Με τη διαδικασία της «αυτο – κάθαρσης» επέρχεται έτσι μια «πρακτική εναρμόνιση» μεταξύ της προστασίας και της τόνωσης του ανταγωνισμού και της διασφάλισης της ουσιαστικής διαφάνειας, δύο στόχων τους οποίους θέλει να υπηρετήσει η νέα οδηγία. Συγχρόνως, η διαδικασία ανάθεσης γίνεται περισσότερο εύελκτη και επομένως περισσότερο αποτελεσματική και ουσιαστική ως προς τη στόχευσή της, έναντι της τυπικότητας και της αυστηρότητας που περιέβαλαν τις διαδικασίες ανάθεσης μέχρι και το 2014.

Για την αποτελεσματική «αυτο – κάθαρσή» του, σύμφωνα με το αρ. 57 §6 της οδηγίας, ο υποψήφιος πρέπει να λάβει μέτρα διασφάλισης της αξιοπιστίας του και να

¹⁰⁴ Αιτιολογική σκέψη 101, §2 εδ. α, «Λεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα»

¹⁰⁵ ΜουκίουΧρ, ο.π., σελ. 211

προσκομίζει στοιχεία στην αναθέτουσα αρχή, από τα οποία να τεκμαίρεται ότι τα μέτρα αυτά επαρκούν για την απόδειξη της αξιοπιστίας του (αρ. 57 §6 εδ. α). Περαιτέρω ο οικονομικός φορέας πρέπει να αποδείξει «ότι έχει καταβάλει ή δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων» (αρ. 57 §6 εδ. β). Το βάρος απόδειξης της λήψης των επικαλούμενων μέτρων φέρει ο οικονομικός φορέας¹⁰⁶, ενώ η κρίση περί της επάρκειάς τους ανήκει στην αναθέτουσα αρχή, η οποία αξιολογεί τα στοιχεία «σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος». Εφόσον τα στοιχεία κριθούν επαρκή, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να μην αποκλείσει τον οικονομικό φορέα από τη διαδικασία ανάθεσης¹⁰⁷.

6. Η απόφαση C-124/17

Στις 24 Οκτωβρίου 2018 εκδόθηκε από το ΔΕΕ η απόφαση C-124/17, μια από τις πρώτες αποφάσεις που έκριναν επί δυνητικού λόγου αποκλεισμού.

Διάδικοι της κύριας δίκης, η οποία διεξήχθη ενώπιον του VergabekammerSüdbayern (πρωτοβάθμιου οργάνου επιλύσεως διαφορών από διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων της Νότιας Βαυαρίας, Γερμανία) ήταν η VosslohLaeis (ως οικονομικός φορέας) και η StadtwerkeMünchen (ως αναθέτουσα αρχή) και αντικείμενο αυτής ο αποκλεισμός της VosslohLaeis από το σύστημα προεπιλογής, κατά την έννοια του άρθρου 77 της οδηγίας 2014/25, που είχε θέσει σε εφαρμογή η εν λόγω αναθέτουσα αρχή, στο πλαίσιο της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων που αφορούν την προμήθεια στοιχείων για σιδηροδρομικές γραμμές.

Αναλυτικότερα, η VosslohLaeis κατασκευάζει στοιχεία σιδηροδρομικών γραμμών, μεταξύ άλλων σιδηροτροχιές και λοιπά δομικά στοιχεία από χάλυβα, που

¹⁰⁶Ο.π., σελ. 215

¹⁰⁷Ο.π., σελ. 216

είναι αναγκαία για τις σιδηροδρομικές εγκαταστάσεις. Τον Μάρτιο του 2016 η Bundeskartellamt (ομοσπονδιακή υπηρεσία ελέγχου συμπράξεων της Γερμανίας) της επέβαλε πρόστιμο λόγω συμμετοχής, έως το έτος 2011, σε συμφωνίες απαγορευμένες από το δίκαιο των συμπράξεων, οι οποίες αφορούσαν σύμπραξη στον τομέα των σιδηροδρόμων, εφαρμόζοντας συγχρόνως επ' αυτής κανόνα επιείκειας, προκειμένου να ληφθεί υπόψη η συνεργασία την οποία προσέφερε η εταιρία αυτή για να συνδράμει την εν λόγω υπηρεσία στη διαπίστωση της συμπαιγνιακής της συμπεριφοράς. Η StadtwerkeMünchen, οργανισμός που θα μπορούσε να έχει υποστεί ζημία από τη σύμπραξη στον τομέα των σιδηροδρόμων, άσκησε αγωγή αποζημιώσεως κατά της VosslohLaeis.

Μετά την υποβολή προσφοράς από την VosslohLaeis στο πλαίσιο άλλης διαδικασίας αναθέσεως το έτος 2016, η StadtwerkeMünchen διατύπωσε αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία της συγκεκριμένης προσφέρουσας επιχειρήσεως, λόγω της συμμετοχής της στη σύμπραξη στον τομέα των σιδηροδρόμων. Απαντώντας, η VosslohLaeis εξέθεσε τα «μέτρα αυτοκαθάρσεως» τα οποία έλαβε, σε οργανωτικό επίπεδο και σε επίπεδο προσωπικού, προκειμένου να αποτραπεί το ενδεχόμενο να επαναληφθούν στο μέλλον παράνομες συμπράξεις και αθέμιτες ανταγωνιστικές πρακτικές ενώ δήλωσε ότι ήταν διατεθειμένη να αποκαταστήσει τη ζημία που προκάλεσε στη StadtwerkeMünchen η παράνομη συμπεριφορά της.

Η StadtwerkeMünchen ζήτησε από τη VosslohLaeis να της γνωστοποιήσει την απόφαση περί επιβολής προστίμου της ομοσπονδιακής υπηρεσίας ελέγχου συμπράξεων προκειμένου να έχει τη δυνατότητα να την εξετάσει και, μέσω της συνεργασίας αυτής, να διευκρινίσει την παράβαση του δικαίου περί συμπράξεων που είχε τελέσει η εν λόγω εταιρία. Όμως η VosslohLaeis αρνήθηκε και υποστήριξε ότι, κατά την άποψή της, η συνεργασία με την ομοσπονδιακή υπηρεσία ελέγχου συμπράξεων αρκούσε για τους σκοπούς της αυτοκαθάρσεως.

Η StadtwerkeMünchen, εκτιμώντας ότι οι εξηγήσεις που της παρέσχε η VosslohLaeis δεν αποδείκνυαν ότι η επιχείρηση αυτή είχε λάβει επαρκή μέτρα, κατά την έννοια του άρθρου 125 του GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - νόμος κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, ο οποίος ενσωμάτωσε στο γερμανικό δίκαιο την οδηγία 2014/24) την ενημέρωσε ότι την απέκλειε οριστικώς, με

άμεση ισχύ, από τη σχετική διαδικασία προεπιλογής, δυνάμει του άρθρου 124, παράγραφος 1, σημεία 3 και 4, του GWB.

Η VosslohLaeis προσέφυγε κατά της αποφάσεως περί αποκλεισμού της ενώπιον του VergabekammerSüdbayern, υποστηρίζοντας ότι η αναθέτουσα αρχή ερμήνευσε εσφαλμένα το άρθρο 125, παράγραφος 1, σημεία 1 και 2, του GWB και ότι δεν αιτιολόγησε επαρκώς την απόφαση αυτή, διότι το άρθρο 57, παράγραφος 6, της οδηγίας 2014/24 απλώς προβλέπει συνεργασία με τις ερευνητικές αρχές και όχι με την αναθέτουσα αρχή. Επιπλέον, κατά το άρθρο 126, σημείο 2, του GWB, ο αποκλεισμός από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως είναι δυνατός μόνο εντός των τριών ετών που έπονται των πραγματικών περιστατικών τα οποία στοιχειοθετούν ορισμένο λόγο αποκλεισμού ενώ εν προκειμένω, η επέλευση των επίμαχων πραγματικών περιστατικών είναι προγενέστερη της τριετίας που προηγείται του εν λόγω αποκλεισμού.

Το VergabekammerSüdbayern υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα ερωτήματα:

1) Συνάδει με τις διατάξεις του άρθρου 80 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, σε συνδυασμό με το άρθρο 57, παράγραφος 6, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, νομοθετική ρύθμιση κράτους μέλους δυνάμει της οποίας προϋπόθεση για την επιτυχή αυτοκάθαρση (self-cleaning) οικονομικού φορέα είναι να διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις που συνδέονται με ποινικό αδίκημα ή με παράπτωμα και τις τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν εξ αυτών, μέσω ενεργού συνεργασίας όχι μόνο με τις ερευνητικές αρχές αλλά και με την αναθέτουσα αρχή;

2) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα: Έχει, στο ίδιο πλαίσιο, το άρθρο 57, παράγραφος 6, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ την έννοια ότι ο οικείος οικονομικός φορέας, για την επιτυχή εφαρμογή μέτρων αυτοκαθάρσεως, οφείλει, σε κάθε περίπτωση, να διευκρινίσει στην αναθέτουσα αρχή τα γεγονότα κατά τρόπο που να παρέχει σε αυτήν τη δυνατότητα να εκτιμήσει αν τα ληφθέντα μέτρα αυτοκαθάρσεως (τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, καθώς και αποζημίωση για τις προκληθείσες ζημίες) είναι προσήκοντα και επαρκή;

3) Όσον αφορά τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού που προβλέπονται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ μέγιστη επιτρεπόμενη περίοδος αποκλεισμού από διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων ανέρχεται σε τρία έτη από την ημερομηνία επελεύσεως του σχετικού γεγονότος. Πρέπει για την ερμηνεία του όρου “σχετικό γεγονός” να ληφθεί υπόψη το χρονικό σημείο κατά το οποίο επήλθε ο σχετικός λόγος αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ή το χρονικό σημείο κατά το οποίο η αναθέτουσα αρχή έλαβε γνώση της συνδρομής του λόγου αποκλεισμού βάσει ασφαλών και αξιόπιστων στοιχείων;

4) Με βάση τα ανωτέρω, όταν συντρέχει ο διαλαμβανόμενος στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ΄, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ λόγος αποκλεισμού, λόγω συμμετοχής του εμπλεκόμενου οικονομικού φορέα σε σύμπραξη επιχειρήσεων, ως “σχετικό γεγονός” κατά την έννοια του άρθρου 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ νοείται ο τερματισμός της συμμετοχής στη σύμπραξη ή η περιέλευση της συμμετοχής αυτής στη γνώση της αναθέτουσας αρχής βάσει ασφαλών και αξιόπιστων στοιχείων;

Όσον αφορά τα πρώτο και δεύτερο ερωτήματα, το Δικαστήριο έκρινε ότι ο οικονομικός φορέας που επιθυμεί να αποδείξει την αξιοπιστία του παρά τη συνδρομή σχετικού λόγου αποκλεισμού πρέπει να συνεργάζεται αποτελεσματικά με τις αρχές στις οποίες έχουν ανατεθεί τα καθήκοντα αυτά, είτε πρόκειται για την αναθέτουσα αρχή είτε για την ερευνητική αρχή. Παρόλα αυτά η αναθέτουσα αρχή πρέπει να σέβεται την αρχή της αναλογικότητας και επομένως η συνεργασία που ζητά από τον οικονομικό φορέα να περιορίζεται στα μέτρα που είναι απολύτως αναγκαία για την αποτελεσματική επίτευξη του σκοπού τον οποίο επιδιώκει η εξέταση της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα, περί της οποίας γίνεται λόγος στο άρθρο 57, παράγραφος 6, της οδηγίας 2014/24. Επομένως στην κρινόμενη περίπτωση ο οικονομικός φορέας υποχρεούται, μεταξύ άλλων, να αποδείξει ότι έχει διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις της συμπράξεως στην οποία μετείχε, συνεργαζόμενος ενεργά με την αρχή ανταγωνισμού που είναι επιφορτισμένη με τη διερεύνηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, για το σκοπό δε αυτό η αναθέτουσα αρχή πρέπει να είναι σε θέση να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα ως προς τον οποίο έχει διαπιστωθεί ότι έχει παραβιάσει το δίκαιο του ανταγωνισμού να προσκομίσει την απόφαση της αρχής ανταγωνισμού που τον αφορά. Το γεγονός ότι η

γνωστοποίηση τέτοιου εγγράφου θα μπορούσε να διευκολύνει την άσκηση αγωγής αστικής ευθύνης από την αναθέτουσα αρχή κατά του εν λόγω οικονομικού φορέα δεν είναι ικανό να κλονίσει τη διαπίστωση αυτή, δεδομένου ότι μεταξύ των μέτρων που οφείλει να λάβει οικονομικός φορέας προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του, περιλαμβάνεται η απόδειξη του ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για την αποκατάσταση κάθε ζημίας που τυχόν προκλήθηκε από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα το οποίο διέπραξε.

Επί των τρίτου και τέταρτου ερωτημάτων το Δικαστήριο έκρινε ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως της αρμόδιας αρχής με την οποία επιβλήθηκε κύρωση, στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου, αντλώντας επιχείρημα από το αρ. 57 §7 εδ. β της οδηγίας (κατά το μέρος που αφορά τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού), σύμφωνα με το οποίο εφόσον η διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, η χρονική περίοδος των πέντε ετών πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της καταδίκης με την τελεσίδικη δικαστική απόφαση αυτή, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η ημερομηνία επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών λόγω των οποίων επιβλήθηκε η καταδίκη αυτή.

Εξάλλου, η ύπαρξη συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη μόνο μετά την έκδοση τυχόν αποφάσεως ερευνητικής αρχής, με την οποία τα πραγματικά περιστατικά χαρακτηρίζονται νομικώς ως παραβατική συμπεριφορά ενώ σε κάθε περίπτωση αν ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας παρά ταύτα επιθυμεί να μετάσχει σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, διατηρεί την ευχέρεια, κατά την περίοδο αυτή, να λάβει μέτρα τα οποία διαλαμβάνονται στο άρθρο 57, παράγραφος 6, της οδηγίας 2014/24, προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του. Δια της απόφασης αυτής το ΔΕΕ επέλυσε τη διχογνωμία που είχε ανακύψει σχετικά με το ζήτημα του χρονικού σημείου στο οποίο αναφέρεται ο νομοθέτης όσον αφορά τη χρονική περίοδο του αποκλεισμού δυνάμει δυνητικού λόγου αποκλεισμού¹⁰⁸.

¹⁰⁸Βλ. σχετικά *Ράικος Α., Βλάχου Ευ, Σαββίδη Ευ.*, ο.π., σελ. 701 επ.

Η απόφαση αυτή συμπυκνώνει αξιοθαύμαστα ορισμένες πτυχές της νέας στοχοθεσίας του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Καταρχάς, ο επίδικος λόγος αποκλεισμού, για την άρση του οποίου προσέφυγε η προσφεύγουσα εταιρεία, αυτός του άρθρου 57 §4δ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θεσπίστηκε ως ειδικός δυνητικός λόγος αποκλεισμού το πρώτο με την οδηγία αυτή. Μέχρι τότε οι σχετικές περιπτώσεις θα μπορούσαν να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού ως σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, δυνάμει του άρθρου 45 §2δ της οδηγίας του 2004. Εκτός από τη θέσπιση ενός ειδικού δυνητικού λόγου αποκλεισμού για τις περιπτώσεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού μέσω σύναψης συμφωνιών από τον υποψήφιο ανάδοχο, ο ενωσιακός νομοθέτης του 2014, αναβάθμισε περαιτέρω το ρόλο των αναθετουσών αρχών: δεν είναι μόνο αρμόδιες να αποκλείουν ή όχι κάποιον υποψήφιο αλλά στην περίπτωση του άρθρου 57 §4δ μπορούν να προβούν σε αποκλεισμό στηριζόμενες σε «επαρκώς εύλογες ενδείξεις», χωρίς να απαιτείται να έχει διαπιστωθεί η παράβαση «αποδεδειγμένα», όπως απαιτείτο υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς. Συγχρόνως, οι αναθέτουσες αρχές, είναι αρμόδιες, εκτός από το να αποφασίσουν περί του αποκλεισμού ή όχι ενός υποψηφίου, να κρίνουν κατά πόσο ο οικονομικός φορέας έλαβε μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του κατ' άρθρο 57 §6, ως εκ τούτου μια αναθέτουσα αρχή μπορεί, όπως στην κριθείσα ανωτέρω περίπτωση, να ζητά από τον οικονομικό φορέα να συνεργαστεί μαζί της και να προσκομίσει ακόμη και την απόφαση της εθνικής ερευνητικής αρχής. Σε κάθε όμως περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται από την αρχή της αναλογικότητας, όπως επισημαίνεται σωστά από το Δικαστήριο. Στη δέσμευση αυτή βέβαια, υπόκειται η αναθέτουσα αρχή σε κάθε περίπτωση λήψης απόφασης σχετικά με τον αποκλεισμό ή όχι ενός οικονομικού φορέα.

Επίδικο της ανωτέρω απόφασης είναι η διαδικασία της «αυτό-κάθαρσης» του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα, μια σημαντική καινοτομία της νέας οδηγίας, που όπως προηγουμένως δείχθηκε, δίνει τη δυνατότητα στον οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει λόγος αποκλεισμού, να αποκαταστήσει την αξιοπιστία του και να καταστεί και πάλι αξιόπιστος δυνητικός αντισυμβαλλόμενος του Δημοσίου. Η διαδικασία της «αυτό-κάθαρσης» εξάλλου αποτελεί στην πραγματικότητα μια προσπάθεια σύζευξης του αρχικού στόχου του ενωσιακού νομοθέτη, της δημιουργίας ανταγωνισμού, με το νέο στόχο που υιοθέτησε με τη νέα

οδηγία, τη διασφάλιση διαφάνειας, ακεραιότητας και εντιμότητας των οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στο χώρο των δημοσίων συμβάσεων¹⁰⁹. Ο οικονομικός φορέας κατά τη διαδικασία της «αυτό-κάθαρσης» οφείλει να λάβει μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του, τα οποία μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωσή του, την αποκατάσταση τυχόν ζημιών που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα και την διευκρίνιση των γεγονότων και των περιστάσεων μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές ή στη λήψη συγκεκριμένων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων, αποδεικνύοντας έτσι τη συμμόρφωσή του με τους κανόνες διαφάνειας, ακεραιότητας και εντιμότητας. Ο ενωσιακός νομοθέτης φροντίζει τόσο για την αποκατάσταση των συνεπειών της παραβατικής συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα και τη διασφάλιση ότι δεν θα επαναληφθεί αυτή, όσο και για την ομαλή λειτουργία του ανταγωνισμού με την επάνοδο του οικονομικού φορέα στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

Με την κρινόμενη απόφαση αναδεικνύονται οι σκοποί που καλείται να υπηρετήσει η οδηγία 2014/24/ΕΕ, καθώς και η προσπάθεια εναρμόνισής τους: αφενός η τόνωση του ανταγωνισμού και αφετέρου (και πρωτίστως) η διασφάλιση διαφάνειας, εντιμότητας και ακεραιότητας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Η επίτευξη του δεύτερου αυτού, κυρίου στόχου της οδηγίας, θα έλθει μέσα από την απειλή του αποκλεισμού των οικονομικών φορέων που βαρύνονται με σχετικά παραπτώματα αλλά συγχρόνως μέσα από τη δυνατότητα οικειοθελούς συμμόρφωσης αυτών με τις επιταγές της οδηγίας, καθώς και μέσω της συνεργασίας των οικονομικών φορέων με τις αναθέτουσες αρχές, πάντοτε υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας.

7. Η ενσωμάτωση της οδηγίας 2014/24/ΕΕ στο ελληνικό δίκαιο

Η οδηγία 2014/24/ΕΕ ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το ν. 4412/2016. Με το άρθρο 24 ορίστηκε η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων (ενσωματώνοντας το άρθρο 24 της οδηγίας). Όπως ανωτέρω παρατηρήθηκε, ο ενωσιακός νομοθέτης δεν

¹⁰⁹ Μουκίου Χρ., ο.π., σελ. 221

έθεσε έναν αυστηρό κανόνα απαγόρευσης τέτοιων καταστάσεων αλλά βασική του επιδίωξη ήταν η πρόληψη των φαινομένων σύγκρουσης συμφερόντων και η με κάθε τρόπο άρση τους, αφήνοντας ως ύστατη επιλογή αποφυγής της σύγκρουσης συμφερόντων τον αποκλεισμό του υποψηφίου αναδόχου¹¹⁰. Εξάλλου, πρόθεση του ευρωπαϊού νομοθέτη ήταν να καταλείψει ευρεία ρυθμιστική ευχέρεια στον εθνικό νομοθέτη κατά τη διαδικασία ενσωμάτωσης της οδηγίας στα εθνικά δίκαια και ως εκ τούτου επέλεξε να προσδιορίσει ένα ελάχιστο περιεχόμενο της έννοιας της σύγκρουσης συμφερόντων, ρυθμίζοντας τα *minima* των περιπτώσεων αυτών¹¹¹. Έτσι, ο έλληνας νομοθέτης εισήγαγε στο εθνικό δίκαιο την έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων ορίζοντας ότι *«κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει ιδίως όταν τα πρόσωπα έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον....., το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης»*, προσδίδοντας δηλαδή και πάλι σε αυτήν ένα ελάχιστο περιεχόμενο, χωρίς να αποκλείεται η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει σε συγκεκριμένη περίπτωση τη συνδρομή σύγκρουσης συμφερόντων και επί τη βάση άλλων κριτηρίων. Στις παραγράφους 3 και 4 του αρ. 24 του νόμου, προσδιορίζονται ενδεικτικά τα πρόσωπα στα οποία αφορά η σύγκρουση συμφερόντων και τα συμφέροντα τα οποία μπορεί να έχουν τα πρόσωπα αυτά και μπορεί να οδηγήσουν σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων. Παρόλο που η αναφορά είναι και πάλι ενδεικτική, ο νομοθέτης ειδικά στην περίπτωση του ορισμού των συμφερόντων επέλεξε να γίνει αρκετά αναλυτικός και να περιγράψει ειδικά συγκεκριμένες περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων.

Περαιτέρω, με τις παραγράφους 5 και 6 περιγράφονται οι υποχρεώσεις των προσώπων στα οποία συντρέχει σύγκρουση συμφερόντων να γνωστοποιούν στην αναθέτουσα αρχή τα γεγονότα αυτά και να απέχουν από κάθε ενέργεια σχετική με τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης, καθώς και οι ενέργειες της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση διαπίστωσης κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων. Έτσι, η αναθέτουσα αρχή, όπως ορίζεται και στην οδηγία, λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίσει την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων και την αποφυγή στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, ενώ μόνο ως έσχατη λύση όταν η σύγκρουση

¹¹⁰Ράικος Δ., Βλάχου Ευ, Σαββίδη Ευ., ο.π., σελ. 203 – 204

¹¹¹Μουκίου Χρ. ο.π., σελ. 191-192, Ράικος Δ., Βλάχου Ευ, Σαββίδη Ευ., ο.π.

συμφερόντων δεν δύναται να αρθεί με άλλα μέσα, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία τον υποψήφιο.

Με το άρθρο 73 ν. 4412/2016 ενσωματώθηκε στην ελληνική νομοθεσία το άρθρο 57 §§1-6 της οδηγίας, το οποίο προβλέπει τους λόγους αποκλεισμού υποψηφίου αναδόχου, υποχρεωτικού ή δυνητικού χαρακτήρα. Όσον αφορά τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, η οδηγία κατέλειπε στη διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών να προβλέψουν κάποιους από αυτούς ή και όλους ως υποχρεωτικούς κατά την ενσωμάτωση της οδηγίας στην εθνική νομοθεσία ή να αναθέσουν την ευχέρεια αυτή στις εθνικές αναθέτουσες αρχές. Με το ν. 4412/2016 η διακριτική αυτή ευχέρεια ανατέθηκε στις αναθέτουσες αρχές, οι οποίες πέραν των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού, μπορούν να θέτουν στα έγγραφα της σύμβασης και οποιονδήποτε από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού¹¹². Στην περίπτωση δε που μια αναθέτουσα αρχή επιλέξει να περιλάβει κάποιον δυνητικό λόγο αποκλεισμού στη διακήρυξη της διαδικασίας ανάθεσης, τότε θα πρέπει να αντιμετωπίσει τον λόγο αυτό ως υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού, θα πρέπει δηλαδή να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού¹¹³. Το άρθρο 73 §4 στο οποίο προβλέπονται οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού, επαναλαμβάνει σχεδόν αυτούσιους τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού που προβλέπονται στο αρ. 57 §4 της οδηγίας ενώ με την παράγραφο 7 του άρθρου 73 ενσωματώνεται στην ελληνική νομοθεσία η διαδικασία της «αυτό-κάθαρσης», που προβλέφθηκε για πρώτη φορά με την οδηγία 2014/24/ΕΕ.

8. Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών

Με το άρθρο 347 του ν. 4412/2016 συστάθηκε η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) που έχει ως έργο την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, ύστερα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Η ΑΕΠΠ απολαύει λειτουργικής ανεξαρτησίας, διοικητικής και

¹¹²Ο.π., σελ. 665

¹¹³Ο.π., σελ. 673

οικονομικής αυτοτέλειας και δεν υπόκειται σε έλεγχο ή εποπτεία από κυβερνητικά όργανα ή άλλες διοικητικές αρχές. Υπόκειται μόνο στον έλεγχο της Βουλής, σύμφωνα με το κανονισμό της. Κάθε υποψήφιος ανάδοχος ο οποίος έχει συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την άσκηση των προβλεπόμενων στο ν. 4412/2016 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων αυτών. Δημιουργήθηκε επομένως ένα προδικαστικό στάδιο το οποίο υποχρεούται να διέλθει όποιος υποψήφιος έχει αντιρρήσεις αναφορικά με την μη ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν ή την ανάθεση σε άλλον υποψήφιο, πριν προσφύγει στα αρμόδια διοικητικά Δικαστήρια. Στα λίγα χρόνια της λειτουργίας της η ΑΕΠΠ έχει ανταποκριθεί με επιτυχία στο έργο της, εκδίδοντας αιτιολογημένες και εμβριθείς αποφάσεις που τέμνουν πολλά από τα ζητήματα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ των οποίων και ζητήματα αποκλεισμού δυνάμει δυννητικών λόγων αποκλεισμού. Παρακάτω παρουσιάζονται κάποιες από τις αποφάσεις αυτές.

Α) Η απόφαση 877/2018

Η με αρ. 877/18 απόφαση της ΑΕΠΠ κρίνει επί προσφυγής, δια της οποίας η προσφεύγουσα εταιρεία επιδιώκει τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα, λόγω σύγκρουσης συμφερόντων. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία Χ, μέλος της κοινοπραξίας στην οποία ανατέθηκε προσωρινά το έργο, έχει ως κύρια δραστηριότητα την εγκατάσταση και λειτουργία συστημάτων για τη διάθεση των λυμάτων και ως δευτερεύουσα δραστηριότητα τις υπηρεσίες χημικών δοκιμών και αναλύσεων. Επικαλούμενη το ποσοστό συμμετοχής της στην υπό σύσταση κοινοπραξία σε συνδυασμό με την κύρια δραστηριότητά της, ισχυρίζεται ότι, στο πλαίσιο των ελέγχων για τη ρύπανση των υδάτων και εφόσον ανατεθεί το έργο στην εν λόγω κοινοπραξία, θα συντρέξει κατάσταση συγκρουόμενων συμφερόντων με την έννοια των άρθρων 24 και 75 του Ν.4412/2016, διότι θα συντρέχουν στο πρόσωπο του αναδόχου οι ιδιότητες του ελεγκτή και του ελεγχόμενου και για το λόγο αυτό

πρέπει να αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία. Συγκεκριμένα, αναφέρει ότι αν η προσωρινή ανάδοχος κληθεί να ελέγξει κάποια από τις εγκαταστάσεις, τη λειτουργία της οποίας έχει αναλάβει μια εκ των κοινοπρακτουσών εταιρειών ή εγκατάσταση φορέα ανταγωνιστή, τα αποτελέσματα του ελέγχου δεν θα είναι αξιόπιστα. Η Αρχή δέχθηκε ότι η αναθέτουσα αρχή δεν υπερέβη τα ακραία όρια της διακριτικής της ευχέρειας κρίνοντας ότι η προσωρινή ανάδοχος διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες, δεδομένου ότι έλαβε όλα τα μέτρα που απαιτούνται ώστε να μη συντρέχει η περίπτωση των συγκρουόμενων συμφερόντων (πχ κωδικοποίηση των δειγμάτων).

B) Η απόφαση 465/2018

Με την με αρ. 465/18 απόφαση η Αρχή έκρινε επί προσφυγής, η οποία έβαλλε κατά απόφασης της αναθέτουσας αρχής, για το λόγο ότι (μεταξύ άλλων) δεν απέκλεισε υποψήφιο ανάδοχο, παρά το γεγονός ότι συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού και δη κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων του αρ. 24 ν. 4412/2016 (αρ. 73 §4 περ. δ). Η Αρχή έκρινε ότι η διαπιστωθείσα κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων ήταν αδύνατον να αρθεί με άλλον τρόπο, παρά μόνον με τον αποκλεισμό του υποψηφίου οικονομικού φορέα. Ειδικότερα, ο προϊστάμενος του τμήματος συγκοινωνιακών έργων της αναθέτουσας αρχής, ο οποίος είχε θεωρήσει τη μελέτη του συγκεκριμένου υπό ανάθεση έργου αλλά και τα τεύχη δημοπράτησης και επομένως προφανώς είχε πρόσβαση στα οικεία έγγραφα της διαδικασίας προ της δημοσίευσης αυτών προς τους ενδιαφερομένους για συμμετοχή, ήταν αδελφός του Προέδρου του Δ.Σ. και νομίμου εκπροσώπου του πρώτου μειοδότη οικονομικού φορέα. Η αναθέτουσα αρχή διέγινωσε μεν με την πληττόμενη απόφασή της τη στοιχειοθέτηση κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, κρίνοντας όμως στη συνέχεια ότι δεν είναι δυνατόν να αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή οδήγησε εν τοις πράγμασι σε στρέβλωση του ανταγωνισμού και άρα δεν απέκλεισε εξ αυτού του λόγου τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Στο υποβληθέν όμως ΤΕΥΔ εκ μέρους της συγκεκριμένης συμμετέχουσας εταιρίας, το οποίο υπογράφηκε από τον αδελφό του θεωρήσαντος τη μελέτη και τα τεύχη δημοπράτησης του έργου, στο Μέρος ΙΙΙ κεφάλαιο Γ και δη στο πεδίο αν *‘Γνωρίζει ο οικονομικός φορέας την ύπαρξη τυχόν σύγκρουσης συμφερόντων, λόγω της συμμετοχής*

του στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης?’ ο εν λόγω οικονομικός φορέας απάντησε αρνητικά. Αλλά ούτε και ο θεωρήσας τη μελέτη και τα τεύχη δημοπράτησης υπάλληλος της αναθέτουσας αρχής γνωστοποίησε εγγράφως και έγκαιρα, ως όφειλε, στην αναθέτουσα αρχή τη συγγενική σχέση του με τον υποψήφιο οικονομικό φορέα και το προσωπικό και οικογενειακό εξ αυτού του λόγου συμφέρον του, προκειμένου να εντοπισθεί έγκαιρα η εν λόγω κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, να προληφθεί αποτελεσματικά με διορθωτικές εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ενέργειες, ώστε να διασφαλιστεί η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων, δεδομένου ότι η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων καταλαμβάνει και το στάδιο σχεδιασμού και προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης. Κατ’ αυτόν τον τρόπο η διαπιστωθείσα και από την ίδια την αναθέτουσα αρχή ύπαρξη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων και στο χρόνο που εντοπίσθηκε, ήτοι κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ήταν αδύνατον να αρθεί με άλλον τρόπο, παρά μόνον με τον αποκλεισμό του υποψηφίου οικονομικού φορέα ο οποίος σχετίζεται με αυτή.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

Α. ΕΛΛΗΝΙΚΗ

Γιαννακόπουλος Κ. Θ., Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης – Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Σάκκουλας, 2019

Μουκίου Χρ., Διαφάνεια, ακεραιότητα και εντιμότητα στις δημόσιες συμβάσεις, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018

Παπαπαναγιώτου Αν. – Ζάχου Χαρ., Προσέγγιση του ν. 4412/2016 υπό το πρίσμα των σημαντικότερων αλλαγών που εισήγαγε προσαρμόζοντας την κοινοτική οδηγία 2014/24/ΕΕ, ΘΠΔΔ 2/2018, σελ. 144 – 152

Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Σάκκουλας, 2017

Ράικος Δ., Βλάχου Ευ, Σαββίδη Ευ., Δημόσιες συμβάσεις ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σάκκουλας 2018

Σπυρίδωνος Αλ. Π., Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις, ΘΠΔΔ 6/2017, σελ. 537 – 550

Τροβά Ελ., Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ΘΠΔΔ 2008, σελ. 1182 – 1201

ΕΑΑΔΗΣΥ, κατευθυντήριες οδηγίες αρ. 9 και αρ. 20

Β. ΞΕΝΗ – ΞΕΝΟΓΛΩΣΣΗ

David McGowan, Exclusion of bidders on grounds of holding media interests: *Michaniki AE v EthnikoSimvouliaRadioteleorasis and IpourgouEpikratias* (C-213/07), PPLR, 2009, σελ. NA79 - NA82

Gordon D.I., Organizational conflicts of interest: A growing integrity challenge, The George Washington University Law School, Public Law And Legal Theory Working Paper No 127, διαθέσιμο σε www.papers.ssrn.com

MoukiouChryssoula P., The principles of transparency and anti-bribery in public procurement: a slow engagement with the letter and spirit of the EU public procurement directives, EPPPL 11/2016, issue 2, p. 72 – 87

Sally Roe, Ch. Lessenich, Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement, PPLR, 2005, σελ. NA93 – NA96

Schooner L. S., Desiderata: objectives for a system of government contract law, PPLR, 2002, 2, σελ. 103 – 110

NΟΜΟΛΟΓΙΑ

- ΔΕΚ απόφαση του Δικαστηρίου (δεύτερο τμήμα) της 3^{ης} Μαρτίου 2005, *Fabrice SA v Belgian State*, C-21/03 και C-34/03.
 - ΔΕΚ απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική ΑΕ κατά Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης και Υπουργού Επικρατείας*, C-213/07.
 - ΔΕΕ απόφαση του Δικαστηρίου (δέκατο τμήμα) της 10ης Ιουλίου 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici κατά Comune di Milano*, C-358/12
 - ΔΕΕ απόφαση του Δικαστηρίου (πέμπτο τμήμα) της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės saugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, C-538/13
 - ΔΕΕ απόφαση του Δικαστηρίου (τέταρτο τμήμα) της 24^{ης} Οκτωβρίου 2018, *Vossloh Laeis GmbH v Stadtwerke München GmbH*, C-124/17
-
- ΠΕΚ απόφαση του Πρωτοδικείου (πέμπτο τμήμα) της 17^{ης} Μαρτίου 2005, *AFCon Management Consultants, Patrick Mc Mullin and Seamus O'Grady v Commission of the European Communities*, T-160/03