

ΠΑΝΤΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

PANTEION UNIVERSITY OF SOCIAL AND POLITICAL STUDIES



ΣΧΟΛΗ ΔΙΕΘΝΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ, ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ
ΤΜΗΜΑ ΔΙΕΘΝΩΝ, ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΑΙ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
«ΔΙΕΘΝΕΣ & ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΔΙΑΚΥΒΕΡΝΗΣΗ»
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΗ

Δημόσιες Συμβάσεις: Κριτήρια ποιοτικής επιλογής και η αρχή του ελεύθερου
ανταγωνισμού

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Μιχαήλ Ι. Νεραντζάκης

ΑΜ: 1218Μ047

Αθήνα, 2019

Τριμελής Επιτροπή

Βασίλης Χατζόπουλος, Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου (Επιβλέπων)

Χαρίσιος Ταγαράς, Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου

Μαρία Μεγγκ-Παπαντώνη, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου

Copyright © Μιχαήλ Νεραντζάκης, 2019

All rights reserved. Με 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 τον συγγραφέα.

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

ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ

ΑΕΠΠ	Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
Βλ.	Βλέπε
ΔΕΕ	Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης
ΔΕφ	Διοικητικό Εφετείο
ΔΣ	Διοικητικό Συμβούλιο
ΕΑ	Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ
ΕΑΑΔΗΣΥ	Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων
ΕΕ	Ευρωπαϊκή Ένωση
ΕΕΕΣ	Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης
εκδ.	έκδοση
ΕΣ	Ελεγκτικό Συνέδριο
ΘΠΔΔ	Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου
ΜΕΕΠ	Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων
ΜμΕ	Μικρομεσαίες Επιχειρήσεις
ΜΠΑ	Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών
Ν.	Νόμος
ο.π.	όπου παραπάνω
παρ.	παράγραφος
ΠΔ	Προεδρικό Διάταγμα
Πρβλ.	Παράβαλε
ΣΕΕ	Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση
σκ.	σκέψη
ΣΛΕΕ	Συνθήκη για την Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης
ΣτΕ	Συμβούλιο της Επικρατείας
ΤΕΥΔ	Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης
SMEs	Small and Medium-sized Enterprises

Περιεχόμενα

Περίληψη

Abstract

Εισαγωγή	1
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α'	4
Θεμελιώδεις Αρχές.....	4
I. Εισαγωγικό μέρος.....	4
II. Αρχή της ίσης μεταχείρισης - Απαγόρευση διακρίσεων	5
III. Αρχή της διαφάνειας	7
IV. Αρχή της αναλογικότητας	10
V. Συμπέρασμα	12
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β'	13
Κριτήρια ποιοτικής επιλογής	13
I. Εισαγωγικό μέρος.....	13
II. Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας	14
III. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια	15
IV. Τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες	23
V. Δάνεια εμπειρία.....	31
VI. Συμπέρασμα.....	37
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ'	39
Λόγοι Αποκλεισμού	39
I. Υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού.....	39
II. Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού.....	41
III. Η περίπτωση του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος»	44
IV. Εθνικοί λόγοι αποκλεισμού	47
V. Συμπέρασμα	49
Αντί επιλόγου	50
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	52

Περίληψη

Κατά το στάδιο της επιλογής, η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί την ικανότητα και την καταλληλότητα των οικονομικών φορέων. Αυτό γίνεται βάσει των κριτηρίων αποκλεισμού και των κριτηρίων για την οικονομική και χρηματοοικονομική κατάσταση, τις επαγγελματικές και τεχνικές γνώσεις και ικανότητες. Αν τα επιλεγόμενα κριτήρια δεν είναι αναγκαία ή είναι δυσανάλογα εμποδίζεται η συμμετοχή ικανών οικονομικών φορέων. Επομένως, τα κριτήρια επιλογής θα πρέπει να είναι σχετικά με την συγκεκριμένη προς ανάθεση σύμβαση. Αυτό προωθεί τον ανταγωνισμό και διευκολύνει την πρόσβαση των ΜμΕ στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων, οδηγώντας παράλληλα σε αποδοτική χρήση του δημοσίου χρήματος και σε υψηλής ποιότητας υπηρεσίες προς το κοινωνικό σύνολο.

Abstract

During the selection stage, the contracting authority assesses the capacity and suitability of the economic operators. This is done on the basis of exclusion criteria and criteria of economic and financial standing, professional and technical knowledge and ability. Setting criteria that are not necessary or are disproportionate may deter efficient economic operators from participation. Therefore, selection criteria should be relevant to the specific contract to be awarded. This promotes competition and facilitates SMEs' access to public procurement markets, leading at the same time to efficient use of public spending and high-quality public services for the society.

Εισαγωγή

Η πολιτική της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις έχει ως βασικούς στόχους την εξασφάλιση των απαραίτητων συνθηκών ανταγωνισμού, ώστε οι δημόσιες συμβάσεις να ανατίθενται χωρίς διακρίσεις, την ορθολογική χρήση των δημοσίων εσόδων που πραγματοποιείται με την επιλογή της καλύτερης προσφοράς, την πρόσβαση των προμηθευτών σε μία ενιαία αγορά που προσφέρει σημαντικές εμπορικές διεξόδους και την ενίσχυση της ανταγωνιστικότητας των ευρωπαϊκών επιχειρήσεων¹.

Το ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, προκειμένου να ανταποκριθεί στους ανωτέρω στόχους, προβλέπει:

- i κοινούς κανόνες δημοσιότητας με τους οποίους εξασφαλίζεται η ευρύτερη δυνατή ενημέρωση των υποψήφιων ενδιαφερομένων και κατ' επέκταση η μέγιστη δυνατότητα συμμετοχής, και
- ii κοινούς δεσμευτικούς κανόνες για την διαδικασία και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ώστε να διασφαλίζεται η ίση και μη διακριτική μεταχείριση όλων των υποψηφίων αναδόχων, χωρίς εξαιρέσεις.

Ο συντονισμός των διαδικασιών στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων συνεπάγεται την υποχρέωση κάθε αναθέτουσας αρχής να εφαρμόζει τους σχετικούς ενωσιακούς κανόνες, προκειμένου να αποφεύγονται φαινόμενα αυθαίρετων αποκλεισμών υποψήφιων οικονομικών φορέων. Αυτό συνακόλουθα δημιουργεί συνθήκες ελεύθερου, υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών-μελών που αντιμετωπίζονται ως μία ενιαία αγορά και συγκεκριμένα μία ενιαία αγορά δημοσίων συμβάσεων². Η πρόσβαση -όσο το δυνατόν- περισσότερων επιχειρήσεων στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων, αφενός μεν διασφαλίζει τις θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές περί ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αφετέρου δε εξυπηρετεί το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής η οποία, έχοντας ευρεία δυνατότητα επιλογής,

¹ Βλ. Πράσινο Βιβλίο, Οι Δημόσιες Συμβάσεις στην Ευρωπαϊκή Ένωση, Κατευθύνσεις και Προβληματισμοί για το Μέλλον, Ανακοίνωση της Επιτροπής, COM (96) 583 Τελικό, 1.

² Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-26/03 σκ. 44.

μπορεί να προμηθεύεται βέλτιστα αγαθά, έργα και υπηρεσίες με το μικρότερο δυνατό κόστος³.

Στο πλαίσιο της στρατηγικής «Ευρώπη 2020» για μία έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη⁴, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή διατύπωσε προτάσεις για την εξέλιξη της νομοθεσίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων με στόχο την περαιτέρω ενίσχυση του ανταγωνισμού εντός της εσωτερικής αγοράς με όφελος τόσο για τις αναθέτουσες αρχές, όσο και για τις επιχειρήσεις και το κοινωνικό σύνολο. Γι' αυτό το λόγο, προτάθηκε ως στόχος η βελτίωση του επιχειρηματικού περιβάλλοντος, ιδίως για τις ΜμΕ. Η συμπερίληψη των ΜμΕ πρέπει να ενθαρρύνεται ιδιαίτερα καθώς θεωρείται ότι αποτελούν τη ραχοκοκαλιά της οικονομίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Εξάλλου, ως αναφέρθηκε, σκοπός του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων είναι το άνοιγμα της αγοράς των δημοσίων συμβάσεων προς όλους τους οικονομικούς φορείς, ανεξαρτήτως του μεγέθους τους⁵.

Τα μείζονα εμπόδια για τη συμμετοχή των ΜμΕ στις δημόσιες συμβάσεις εντοπίζονταν στην φάση της επιλογής, αφενός λόγω του μεγάλου αριθμού πιστοποιητικών που απαιτούνταν από την αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της καταλληλότητας τους και αφετέρου λόγω των αυστηρών κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που έθεταν οι αναθέτουσες αρχές⁶. Για την πρώτη περίπτωση προτάθηκε ως λύση η προσκόμιση μίας περίληψης των απαιτούμενων αποδεικτικών στοιχείων εκ μέρους των διαγωνιζομένων, ενώ για την δεύτερη περίπτωση η εισαγωγή ανώτατου ορίου για ορισμένες απαιτήσεις όσον αφορά την ποιοτική επιλογή, ιδίως σχετικά με την οικονομική κατάσταση των διαγωνιζομένων, ώστε να περιορίζεται η εξουσία της αναθέτουσας αρχής να θέτει υπέρμετρες απαιτήσεις σχετικά με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής⁷.

Με το Ν. 4412/2016 προβλέφθηκε το ΕΕΕΣ για τις συμβάσεις άνω των ορίων και το ΤΕΥΔ για τις συμβάσεις κάτω των ορίων. Αυτά έχουν την μορφή τυποποιημένης υπεύθυνης δήλωσης μέσω της οποίας οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς

³ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-305/08 σκ. 37.

⁴ Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Ευρώπη 2020, Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη, Ανακοίνωση της Επιτροπής, COM (2010) 2020 Τελικό.

⁵ Βλ. Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση C-94/12 σημείο 33.

⁶ Βλ. Πράσινη Βίβλο, σχετικά με τον εκσυγχρονισμό της πολιτικής δημοσίων συμβάσεων της ΕΕ, Προς μία αποτελεσματικότερη ευρωπαϊκή αγορά δημοσίων συμβάσεων, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COM (2011) 15 Τελικό, 32.

⁷ Τα λιγότερο απαιτητικά κριτήρια επιλογής συνήθως αυξάνουν τον αριθμό των έγκυρων προσφορών. Για παράδειγμα οι απαιτήσεις για χαμηλότερο κύκλο εργασιών διευκολύνει τη συμμετοχή μικρότερων εταιρειών, οι χαμηλότερες απαιτήσεις σχετικά με την προηγούμενη εμπειρία ευνοούν τους νεοεισερχόμενους στην αγορά.

δηλώνουν ότι πληρούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που τίθενται από την διακήρυξη. Με τον τρόπο αυτό, μειώνεται ο χρόνος προετοιμασίας για την υποβολή φακέλου προσφοράς και εξαλείφεται ο διοικητικός φόρτος.

Όσον αφορά τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ο Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι αυτά θα πρέπει σχετίζονται και να είναι ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικά για την οικονομική κατάσταση των διαγωνιζομένων προβλέπεται ότι ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν θα πρέπει να υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από ορισμένους λόγους.

Η διαδικαστική ευελιξία μέσω της προσκόμισης περίληψης των αποδεικτικών στοιχείων και τα αναλογικά κριτήρια ποιοτικής επιλογής προωθούν τον ανταγωνισμό και ευνοούν την συμμετοχή των ΜμΕ στην διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων εντός της εσωτερικής αγοράς. Το ανωτέρω αποτέλεσμα ενισχύεται τόσο με τον θεσμό της δάνειας εμπειρίας με τον οποίο οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς μπορούν να στηριχθούν στις οικονομικές ή τεχνικές ικανότητες τρίτων φορέων που δεν συμμετέχουν στον διαγωνισμό, προκειμένου να διαθέτουν τα απαιτούμενα από την διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, όσο και με τις ρυθμίσεις για τις ενώσεις προσώπων οι οποίες προβλέπουν ότι αρκεί οι απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής να ικανοποιούνται από ένα εκ των μελών της ένωσης, ενώ παράλληλα δεν απαιτείται να έχουν συγκεκριμένη νομική μορφή.

Το προαναφερθέν νομικό πλαίσιο ευνοεί την πρόσβαση των επιχειρήσεων στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων, ενώ παράλληλα περιορίζει την εξουσία της αναθέτουσας αρχής να θέτει στο κείμενο της διακήρυξης μη ίσα, ασαφή και δυσανάλογα κριτήρια ποιοτικής επιλογής τα οποία είτε ευνοούν συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, είτε οδηγούν σε αδικαιολόγητο αποκλεισμό νεοεισερχόμενους υποψηφίους που, ενώ διαθέτουν ποιοτικά και ανταγωνιστικά προϊόντα, δεν έχουν προλάβει ακόμη να αναπτυχθούν.

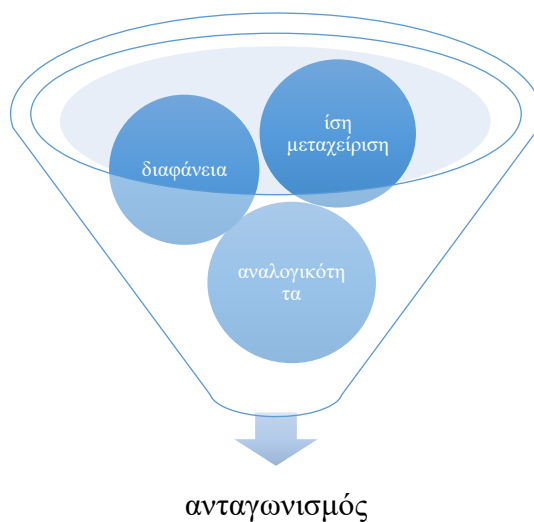
Επομένως, το νέο νομικό πλαίσιο εμπλουτίζει τον χώρο των δημοσίων συμβάσεων με καινοτόμα προϊόντα και υπηρεσίες, αυξάνεται η απασχόληση και δημιουργούνται νέες θέσεις εργασίας, βελτιώνεται το επιχειρηματικό περιβάλλον και ο ανταγωνισμός εντός της ΕΕ, ενώ ταυτόχρονα αξιοποιούνται τα κρατικά κονδύλια με τον καλύτερο δυνατό τρόπο προς όφελος του κοινωνικού συνόλου.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α΄

Θεμελιώδεις Αρχές

Ι. Εισαγωγικό μέρος

Σε αυτό το κεφάλαιο θα εξετάσουμε τις γενικές αρχές τις οποίες θα πρέπει να ακολουθούν οι αναθέτουσες αρχές κατά τον σχεδιασμό μίας διαδικασίας ανάθεσης, προκειμένου να μην υπονομεύεται το πνεύμα και ο σκοπός του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Οι αρχές αυτές είναι η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διακρίσεων, η αρχή της διαφάνειας και η αρχή της αναλογικότητας. Οι ανωτέρω αρχές, προτού κατοχυρωθούν ρητά στο κείμενο των οδηγιών, είχαν αναδειχθεί μέσα από τη νομολογία του ΔΕΕ ως γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου⁸, ενώ παράλληλα αποτελούν την βάση για την δημιουργία ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων (βλ. παρακάτω σχήμα).



⁸ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-243/89 σκ. 33, C-513/99 σκ. 81, C-324/98 σκ. 61-62, C-309/10 σκ. 42 και C-316/10 σκ. 51-52.

II. Αρχή της ίσης μεταχείρισης - Απαγόρευση διακρίσεων

Η ίση μεταχείριση αποτελεί θεμελιώδη αρχή του δικαίου της Ένωσης, κατοχυρώνεται δε στο άρθρο 9 της ΣΕΕ. Η απαγόρευση διακρίσεων αποτελεί ειδικότερη έκφανση της αρχής της ίσης μεταχείρισης⁹, κατοχυρώνεται στο άρθρο 10 της ΣΛΕΕ και προϋποθέτει κάποιο κριτήριο διάκρισης, όπως είναι για παράδειγμα η ιθαγένεια, το φύλο και η ηλικία.

Στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, το περιεχόμενο της αρχής της ίσης μεταχείρισης έχει διαμορφωθεί μέσα από τη νομολογία του ΔΕΕ¹⁰: «η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τρόπο διαφορετικό και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τον ίδιο τρόπο, εκτός εάν κάτι τέτοιο δικαιολογείται αντικειμενικώς.». Οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις σε όλα τα στάδια της διαγνωστικής διαδικασίας, από την δημοσίευση της προκήρυξης μέχρι την κατακύρωση της σύμβασης¹¹.

Οι όροι της διακήρυξης θα πρέπει να μην εισάγουν διακρίσεις, ώστε, αφενός μεν όλοι οι υποψήφιοι να έχουν τις ίδιες ευκαιρίες κατά την διατύπωση των όρων των προσφορών τους, αφετέρου δε η αναθέτουσα αρχή να μπορεί να προβεί σε αντικειμενική σύγκριση των προσφορών αυτών¹². Επίσης, οι όροι της διακήρυξης θα πρέπει να εφαρμόζονται σε όλους τους υποψηφίους με τον ίδιο τρόπο¹³, προκειμένου να εξασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των συμμετεχόντων, χωρίς εξαιρέσεις· σε διαφορετική περίπτωση τίθεται ζήτημα στρεβλώσεως του ανταγωνισμού και κίνδυνος μη ομοιόμορφης εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων¹⁴.

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης απαγορεύει όχι μόνο τις εμφανείς διακρίσεις λόγω ιθαγένειας, αλλά και κάθε μορφή συγκαλυμμένης διάκρισης, ήτοι την επιλογή κριτηρίων που οδηγούν σε διακριτική μεταχείριση των συμμετεχόντων υποψηφίων¹⁵.

⁹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-810/79 σκ. 16.

¹⁰ Βλ. ΔΕΕ συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03 σκ. 27.

¹¹ Βλ. άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και ΔΕΕ υπόθεση C-16/98 σκ. 107-108.

¹² Βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, και Ε. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016: Ερμηνεία κατ' άρθρο*, (Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018), 145.

¹³ Βλ. Μ. Οικονόμου, *Δημόσιες Συμβάσεις & Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, (Αθήνα: Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2009), 291 και Ράικο, Βλάχου, και Σαββίδη, ο.π., 145.

¹⁴ Βλ. Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2η εκδ. (Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017), 401 και Α. Γέροντα, *Δίκαιο δημοσίων έργων*, (Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2009), 393.

¹⁵ Βλ. Οικονόμου, ο.π., 291 και Ράικο, Βλάχου, και Σαββίδη, ο.π., 146.

Όροι της διακήρυξης που μεταχειρίζονται με εύνοια ή δυσμενώς κάποιους υποψήφιους ενδιαφερόμενους περιορίζουν την ανάπτυξη ανταγωνισμού.

Πιο συγκεκριμένα, έχουν κριθεί, ως μορφές έμμεσης διάκρισης, η απαίτηση αναθέτουσας αρχής να προσκομίσουν οι συμμετέχοντες υποψήφιοι πιστοποιητικό ποιότητας το οποίο εκδίδεται από τις υπηρεσίες του κράτους στο οποίο αυτή βρίσκεται¹⁶, η χρήση εγχώριου υλικού, τεχνικού εξοπλισμού και εργατικού δυναμικού¹⁷, ο αποκλεισμός εταιρειών στις οποίες το κράτος διαθέτει την πλειοψηφία των μετοχών¹⁸, η κατοχή άδειας εγκατάστασης στο κράτος-μέλος υποδοχής ως απόδειξη της εντιμότητας και της φερεγγυότητας των διαγωνιζομένων¹⁹, η ρύθμιση που επιβάλλει στον ανάδοχο την ανάθεση μέρους των έργων σε υπεργολάβους που έχουν την έδρα τους εντός της περιοχής που εκτελούνται τα έργα²⁰ και η ύπαρξη γραφείου εξυπηρέτησης του κοινού στην πρωτεύουσα της επαρχίας στην οποία θα παρέχεται η υπηρεσία²¹.

Επιπλέον, ένα ακόμα στοιχείο το οποίο διασφαλίζει την ίση μεταχείριση μεταξύ των διαγωνιζομένων αποτελεί το γεγονός ότι προβλέπονται κοινοί δεσμευτικοί κανόνες όσον αφορά τα κριτήρια καταλληλότητας των διαγωνιζομένων και τον τρόπο απόδειξής τους, με αποτέλεσμα να αποτρέπονται φαινόμενα αυθαίρετων πρακτικών και ευνοιοκρατίας εκ μέρους των αναθετουσών αρχών εις βάρος των διαγωνιζομένων²².

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης συνδέεται άρρηκτα και με την αρχή της αμεροληψίας, σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει, κατά την διαγωνιστική διαδικασία, να παρέχει εχέγγυα αμερόληπτης και απροκατάληπτης

¹⁶ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-71/92 σκ. 53. Πρβλ. και ΕΣ 2907/2012 Τμήμα Επτ. Συνθ., που κρίθηκε ότι ο όρος περί προσκόμισης άδειας συλλογής και μεταφοράς μη επικίνδυνων αποβλήτων με εκδούσα αρχή αποκλειστικά την Αποκεντρωμένη Διοίκηση Ηπείρου – Δυτικής Μακεδονίας εισάγει συγκεκριμένη διάκριση υπέρ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στην συγκεκριμένη περιοχή και κατά φορέων που δραστηριοποιούνται σε άλλες περιοχές της Ε.Ε.

¹⁷ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-243/89 σκ. 23. Πρβλ. και ΕΣ 3697/2012 Τμήμα Επτ. Συνθ..

¹⁸ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-272/91 σκ. 35.

¹⁹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-76/81 σκ. 15.

²⁰ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-360/89 σκ. 8.

²¹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-234/03 σκ. 79.

²² Βλ. Χ. Δετσαρίδη, "Η εξουσία του εθνικού νομοθέτη σε σχέση με το ενωσιακό δίκαιο να θεσπίζει κριτήρια του ελέγχου καταλληλότητας των υποψηφίων αναδόχων δημοσίων συμβάσεων, ως προς την τέλεση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος: Υπόθεση C-465/11, ΔΕΚ 13-12-2012, Forposta SA," *Θ/ΛΔ*, Τεύχος 3 (2015): 212.

κρίσης, ώστε να αισθάνονται οι διαγωνιζόμενοι ότι αντιμετωπίζονται ισότιμα από την αναθέτουσα αρχή²³.

Τέλος, η αρχή της ίσης μεταχείρισης ενισχύεται περαιτέρω στο άρθρο 18 β' και γ' εδάφιο του Ν. 4412/2016, καθώς αναφέρεται ότι: «ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν πρέπει να γίνεται με σκοπό ... τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων».

Συμπερασματικά θα λέγαμε ότι, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η απαγόρευση διακρίσεων αποτελούν την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και προάγουν την ανάπτυξη ελεύθερου, ανόθευτου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, διότι η τήρησή τους οδηγεί στη συμμετοχή -όσο το δυνατόν- ευρύτερου κύκλου διαγωνιζομένων²⁴.

III. Αρχή της διαφάνειας

Η αρχή της διαφάνειας βρίσκεται σε αλληλένδετη σχέση με την αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθώς, για να υπάρξει ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων, απαιτείται η τήρηση των όρων δημοσιότητας, ενώ χωρίς την δημοσιότητα, δεν μπορεί να υπάρξει ίση μεταχείριση.

Σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ, οι αρχές αυτές «αποτελούν τη βάση των οδηγιών των σχετικών με τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων»²⁵, επομένως «οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τις τηρούν σε κάθε διαδικασία ανάθεσης τέτοιων συμβάσεων»²⁶. Όπως αναλύεται κατωτέρω, η αρχή της διαφάνειας, υπό την μορφή της διαδικαστικής ορατότητας, από την μία πλευρά διασφαλίζει την ίση μεταχείριση μεταξύ των διαγωνιζομένων, από την άλλη συνδέεται με την αμερόληπτη διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής²⁷.

²³ Βλ. Πρωτοδικείο συνεκδικαζόμενες υποθέσεις T-376/05 και T-383/05 σκ. 76.

²⁴ Βλ. ΔΕΕ υποθέσεις C-243/89 σκ. 33 και C-513/99 σκ. 81.

²⁵ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-213/07 σκ. 45.

²⁶ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-213/07 σκ. 44.

²⁷ Βλ. Ε. Τροβά, "Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων," *ΘΠΔΔ*, Τεύχος 10-11 (2008): 1192.

Το περιεχόμενο της αρχής της διαφάνειας δεν περιλαμβάνει μόνο την εξασφάλιση της ευρύτερης δυνατής δημοσιότητας της διακήρυξης²⁸, αλλά και τη χρήση σαφών και καθορισμένων κριτηρίων επιλογής, προκειμένου, αφενός μεν το περιεχόμενό τους να καθίσταται κατανοητό από όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντας τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένων, έτσι ώστε να το ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου δε οι αναθέτουσες αρχές να μπορούν να ελέγχουν αν οι οικονομικοί φορείς πληρούν τους όρους που προβλέπει η σχετική διακήρυξη²⁹. Έχει δε κριθεί³⁰ ότι όρος διακήρυξης μη επαρκώς ορισμένος ή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν θα πρέπει να ερμηνεύονται σε βάρος των καλόπιστων διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών, εφόσον η διοίκηση όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα. Σε αυτή την περίπτωση, θα πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα, σε όσους βλάπτονται από τις τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες, να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους.

Περαιτέρω η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ακολουθεί την ίδια ερμηνεία των όρων της διακήρυξης σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού και να τα εφαρμόζει με τρόπο ενιαίο και αντικειμενικό σε όλους τους υποψήφιους αναδόχους³¹.

Παρατηρούμε, λοιπόν ότι η τήρηση της αρχής της διαφάνειας³², κατά το προσυμβατικό στάδιο της σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης, είναι ιδιαίτερα σημαντική για τους υποψήφιους αναδόχους, οι οποίοι, έχοντας σαφή θεώρηση της αγοράς, μπορούν να κρίνουν με ασφάλεια εάν μπορούν ή όχι να συμμετάσχουν στην διαγωνιστική διαδικασία, ενώ παράλληλα λειτουργεί αποτρεπτικά προς οποιοδήποτε φαινόμενο διαφθοράς ή απάτης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής³³.

Συμπερασματικά, μπορούμε να πούμε ότι η αρχή της διαφάνειας αποτελεί όρο και εγγύηση του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού, διευκολύνει την εγκατάσταση των

²⁸ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-324/98 σκ. 62. Πρβλ. και ΕΣ 3035/2011 Τμήμα Επτ. Συνθ..

²⁹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-469/99 σκ. 111, C-368/10 σκ. 109, C-27/15 σκ. 36 και 37, C-140/16 σκ. 27 και C-162/16 σκ. 24.

³⁰ Βλ. ΑΕΠΠ 98/2018 σκ. 32.

³¹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-19/00 σκ. 43.

³² Η διαφάνεια διακρίνεται σε εκ των προτέρων (ex ante) και των υστέρων (ex post). Η εκ των προτέρων διαφάνεια αφορά την δημοσιοποίηση του διαγωνισμού και την εισαγωγική διαδικασία, ενώ η εκ των υστέρων την με χωρίς κενά τεκμηρίωση της διαδικασίας. Στην τελευταία περιλαμβάνεται και η δυνατότητα των διαγωνιζομένων να έχουν πρόσβαση σε έγγραφα, προκειμένου να ασκηθεί ο επιγενόμενος νομικός έλεγχος λόγω νομικών ελαττωμάτων στην διαδικασία.

³³ Βλ. Ράικο, Βλάχου, και Σαββίδη, ο.π., 148 και 149.

επιχειρήσεων και την παροχή υπηρεσιών, συντελώντας με τον τρόπο αυτό στο περαιτέρω άνοιγμα της αγοράς των δημοσίων συμβάσεων³⁴.

Η σημασία της αρχής της διαφάνειας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων έχει τονισθεί και από τη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων. Πιο συγκεκριμένα, τα διοικητικά Δικαστήρια έχουν κρίνει³⁵ ότι οι διαγωνιζόμενοι έχουν υποχρέωση να υποβάλουν μόνον τα αξιούμενα από την προκήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό. Επομένως, το κανονιστικό πλαίσιο που θέτει η διακήρυξη για την διεξαγωγή της διαδικασίας του διαγωνισμού ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους, με αποτέλεσμα οι αναθέτουσες αρχές να μην επιτρέπεται να αιφνιδιάζουν τους συμμετέχοντες υποχρεώνοντας τους να προσκομίσουν διαφορετικά δικαιολογητικά από αυτά που απαιτεί η διακήρυξη³⁶. Από τα ανωτέρω απορρέει η αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας σύμφωνα με την οποία τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται από τους διαγωνιζόμενους για την απόδειξη κρίσιμης ιδιότητας για τη συμμετοχή τους θα πρέπει να έχουν ορισμένο περιεχόμενο, όπως αυτό ακριβώς ορίζεται από τις διατάξεις της οικείας διακήρυξης, προκειμένου να εξασφαλίζεται ενιαίο μέτρο κρίσεως κατά την αξιολόγηση των προσφορών τους από την αναθέτουσα αρχή³⁷. Επομένως, κάθε παράβαση των σχετικών διατάξεων της διακήρυξης συνεπάγεται τόσο την ακυρότητα της παράτυπης προσφοράς, όσο και των σχετικών διοικητικών πράξεων³⁸. Με άλλα λόγια, οι όροι της διακήρυξης θεωρούνται ουσιώδεις τύποι, η παράβαση των οποίων ελέγχεται και αυτεπάγγελτα από την αναθέτουσα αρχή και οδηγεί σε ακυρότητα της προσφοράς των υποψηφίων που τους παραβίασαν³⁹.

³⁴ Βλ. Γέροντα, ο.π., 355 και 356.

³⁵ Βλ. ΣτΕ 3703/2010, ΕΣ 294/2010 Τμήμα VI, ΕΣ 4426/2013 Τμήμα VI, ΑΕΠΠ 26/2018 σκ. 38, ΑΕΠΠ 98/2018 σκ. 32.

³⁶ Βλ. ΣτΕ 3703/2010, ΕΑ ΣτΕ 613/2009, 1502/2003.

³⁷ Βλ. ΣτΕ 804/2010, ΕΑ ΣτΕ 311/2009.

³⁸ Βλ. Ι. Παπαθεοδώρου, "Οι νομολογιακές αρχές που διέπουν την διεξαγωγή των διαγωνισμών του Δημοσίου," *ΘΠΑΔ*, Τεύχος 10-11 (2008): 1181.

³⁹ Βλ. Γέροντα, ο.π., 323.

IV. Αρχή της αναλογικότητας

Η αυστηρά τυπική διαδικασία που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς κάμπτεται από την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας. Η εν λόγω αρχή κατοχυρώνεται στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2016, έχει δε την έννοια ότι οι πράξεις των δημοσίων οργάνων (ενωσιακών ή εθνικών) πρέπει να μην υπερβαίνουν το κατάλληλο και αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη των επιδιωκόμενων σκοπών. Πιο συγκεκριμένα, εάν η αναθέτουσα αρχή έχει την δυνατότητα επιλογής μεταξύ περισσότερων του ενός πρόσφορων μέτρων, πρέπει να επιλέγει το λιγότερο επαχθές, ενώ τα μειονεκτήματα που αυτό το μέτρο προκαλεί, δεν πρέπει να είναι υπέρμετρα σε σχέση με τους σκοπούς που επιδιώκονται⁴⁰.

Οι εθνικές αρχές υποχρεούνται να τηρούν την αρχή της αναλογικότητας και όταν ασκούν την διακριτική τους ευχέρεια κατά τη λήψη μέτρων εφαρμογής κανονιστικής ρύθμισης της Ένωσης⁴¹.

Επομένως, η αρχή της αναλογικότητας συναποτελείται από τρεις μερικότερες έννοιες⁴²:

- την προσφορότητα,
- την αναγκαιότητα, και
- την αναλογικότητα εν στενή έννοια

Ειδικότερα, η προσφορότητα έχει την έννοια ότι το επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος. Από την άλλη πλευρά, η αναγκαιότητα έχει την έννοια ότι το επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι αναγκαίο, είτε γιατί είναι το μόνο που μπορεί να οδηγήσει στο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, είτε γιατί είναι το ηπιότερο από τα περισσότερα κατάλληλα που υπάρχουν. Τέλος, η αναλογικότητα εν στενή έννοια σημαίνει ότι η ωφέλεια που απορρέει από το επιλεγόμενο μέτρο δεν πρέπει να υπερακοντίζεται από τα μειονεκτήματα που τυχόν παράγονται από αυτό, δηλαδή χρειάζεται να υπάρχει μία εύλογη σχέση ανάμεσα στο επιλεγόμενο μέτρο και στον σκοπό που επιδιώκεται.

⁴⁰ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-33/08 σκ. 31.

⁴¹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-145/10 σκ. 105 και 106, C-313/99 σκ. 35 και 36, C-496/04 σκ. 41 και συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-231/00, C-303/00 και C-451/00 σκ. 57.

⁴² Βλ. Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, 4η εκδ. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1997), 184.

Όσον αφορά τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, αυτά θα πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης⁴³. Έτσι, για παράδειγμα, μία αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να απαιτήσει δυσανάλογες και υπερβολικές τεχνικές, επαγγελματικές ή χρηματοοικονομικές ικανότητες κατά την επιλογή των υποψηφίων, καθώς με τον τρόπο αυτό επιβαρύνονται υπέρμετρα οι ενδιαφερόμενοι⁴⁴.

Σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ⁴⁵, οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν απεριόριστη ελευθερία ως προς την επιλογή των κριτηρίων καταλληλότητας των διαγωνιζομένων. Αντίθετα, οφείλουν να τηρούν την αρχή της αναλογικότητας, ήτοι τα κριτήρια καταλληλότητας πρέπει να σχετίζονται με την εκάστοτε σύμβαση και είναι ανάλογα προς αυτή, προκειμένου να μην υπάρχει αδικαιολόγητος αποκλεισμός υποψηφίων αναδόχων. Επομένως, ο αποκλεισμός υποψηφίων αναδόχων θα πρέπει να οφείλεται στο γεγονός ότι δεν διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα να υποβάλουν προσφορά εν αντιθέσει με εκείνους που πληρούν τα κριτήρια που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή.

Η ειδική εμπειρία αποτελεί κλασική περίπτωση καταστρατήγησης της αρχής της αναλογικότητας. Έχει κριθεί⁴⁶ ότι, στο πλαίσιο διαγωνισμού για την προμήθεια ειδικού σαρώθρου που θα χρησιμοποιείτο στην περιοχή των Αυστριακών Άλπεων, η θέσπιση κριτηρίου καταλληλότητας των συμμετεχόντων, σύμφωνα με το οποίο οι τελευταίοι έπρεπε να έχουν προηγουμένως προμηθεύσει το ίδιο σάρωθρο σε πελάτες που το είχαν χρησιμοποιήσει στην περιοχή των Αυστριακών Άλπεων, εισάγει δυσμενή διάκριση έναντι των υποψηφίων οι οποίοι δεν συγκεντρώνουν τις εν λόγω γεωγραφικές παραμέτρους και καταλήγει σε αποκλεισμό τους χωρίς εύλογη αιτία. Σε αυτή την περίπτωση, θα ήταν πιο αναλογικό αν η προηγούμενη εμπειρία των διαγωνιζομένων κρινόταν με βάση την προμήθεια του εν λόγω προϊόντος σε ορεινές εν γένει περιοχές, οι οποίες παρουσιάζουν ανάλογες ιδιομορφίες και χαρακτηριστικά με την περιοχή των Αυστριακών Άλπεων.

⁴³ Βλ. άρθρο 75 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο.

⁴⁴ Βλ. Ράικο, Βλάχου, και Σαββίδη, ο.π., 151 και ΑΕΠΠ 18/2017 σκ. 5.

⁴⁵ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-448/01 σκ. 33 και 34.

⁴⁶ Βλ. Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση C-315/01 σημεία 55 και 56.

V. Συμπέρασμα

Οι θεμελιώδεις αρχές που αναλύθηκαν ανωτέρω, διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο κατά το στάδιο του σχεδιασμού των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής θα πρέπει να καθορίζονται εκ των προτέρων, να είναι διατυπωμένα με σαφήνεια, να μην εισάγουν διακρίσεις και να είναι ανάλογα με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης. Ιδιαίτερα κρίσιμη είναι η τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, δηλαδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής θα πρέπει να συνέχονται με το συμβατικό αντικείμενο και τον προϋπολογισμό αυτού, προκειμένου να αναπτύσσεται και να ενισχύεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων. Αυτό θα εξασφαλίσει την παροχή ποιοτικών υπηρεσιών προς την αναθέτουσα αρχή και το κοινωνικό σύνολο με το χαμηλότερο δυνατό κόστος. Αν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής είναι δυσανάλογα και υπέρμετρα επαχθή, συρρικνώνεται ο κύκλος των διαγωνιζομένων και περιορίζεται ο ανταγωνισμός. Επομένως, ο καθορισμός των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής θα πρέπει να γίνεται πάντοτε σε συνάρτηση με την έκταση, τις απαιτήσεις και τον προϋπολογισμό της εκάστοτε προς ανάθεση σύμβασης.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β'

Κριτήρια ποιοτικής επιλογής

Ι. Εισαγωγικό μέρος

Μία δημόσια σύμβαση ανατίθεται σε έναν οικονομικό φορέα, αφού προηγουμένως η αναθέτουσα αρχή ελέγξει ότι ο εν λόγω φορέας συγκεντρώνει τα επαγγελματικά προσόντα, την οικονομική-χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές γνώσεις-ικανότητες για την εκτέλεση της σύμβασης⁴⁷, εφόσον δεν συντρέχει σε βάρος του κάποιος λόγος αποκλεισμού⁴⁸. Τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής ρυθμίζονται στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016. Το άρθρο αυτό ενσωμάτωσε στο εθνικό δίκαιο την ρύθμιση του άρθρου 58 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Αντίστοιχες διατάξεις υπήρχαν και στο προϊσχύον δίκαιο και συγκεκριμένα στα άρθρα 44 έως 46 του ΠΔ 60/2007 τα οποία ενσωμάτωναν αντιστοίχως τα άρθρα 46 επ. της οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Οι νέες ρυθμίσεις δεν επέφεραν αλλαγές στο ρυθμιστικό περιεχόμενο των κριτηριων ποιοτικής επιλογής σε σχέση με το προϋφιστάμενο νομικό πλαίσιο.

Ο έλεγχος της καταλληλότητας των υποψήφιων οικονομικών φορέων αποτελεί ξεχωριστό, διακριτό στάδιο από εκείνο της ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, χωρίς να αποκλείεται ο έλεγχος αυτός να πραγματοποιείται ταυτόχρονα με την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, σε περίπτωση που αυτό προβλέπεται ως διαδικασία ή πρακτική σε κάποιο κράτος-μέλος⁴⁹. Κατά τα ελληνικά δεδομένα, στην ανοικτή διαδικασία, ο έλεγχος της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων και η εξέταση των προσφορών τους σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης που ορίζονται στην διακήρυξη γίνεται σε δύο διακριτές φάσεις στο πλαίσιο ενιαίας διαδικασίας. Αντίθετα, στην κλειστή διαδικασία, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση και στον ανταγωνιστικό διάλογο, η διαδικασία σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης πραγματοποιείται σε δύο διακριτά στάδια, δηλαδή πρώτα εξετάζεται η καταλληλότητα των υποψήφιων οικονομικών φορέων και στην συνέχεια εκδίδεται πρόσκληση υποβολής προσφορών, οπότε και εξετάζονται οι προσφορές των καλούμενων οικονομικών φορέων, σύμφωνα με τα εκάστοτε κριτήρια ανάθεσης.

⁴⁷ άρθρο 75 του Ν. 4412/2016.

⁴⁸ άρθρο 73 του Ν. 4412/2016.

⁴⁹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-31/87 σκ. 15 και 16.

Περαιτέρω, αξίζει να αναφερθεί ότι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, δηλαδή τα στοιχεία εκείνα που πιστοποιούν την οικονομική-χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική-επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων αναδόχων, δεν μπορούν να αναχθούν σε κριτήρια ανάθεσης, εφόσον αυτά δεν συνδέονται με τον τρόπο εκτέλεσης της προς ανάθεση σύμβασης. Απαγορεύεται δηλαδή η πλήρης εν τοις πράγμασι ταύτιση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής και κριτηρίου ανάθεσης, διότι δεν επιτρέπεται ο οικονομικός φορέας να αξιολογείται δύο φορές για το ίδιο ακριβώς αντικείμενο εντός δύο διαδοχικών και αυτοτελών σταδίων του διαγωνισμού· για αυτό τον λόγο, θα πρέπει αμφοτέρωθεν να διατυπώνονται με σαφήνεια στην διακήρυξη, προκειμένου να είναι δυνατός ο διαχωρισμός τους από τους διαγωνιζόμενους⁵⁰. Ειδικότερα, έχει κριθεί από τη νομολογία⁵¹ ότι η κατοχή πιστοποιητικού ISO 9000/2000, η εμπειρία-κύκλος εργασιών, η επιτυχής εκτέλεση συμβάσεων, ο αριθμός-εμπειρία του προσωπικού και η φερεγγυότητα-κύκλος εργασιών μίας επιχείρησης συνιστούν κριτήρια ποιοτικής επιλογής, δηλαδή τυπικές προϋποθέσεις συμμετοχής σε έναν δημόσιο διαγωνισμό και όχι κριτήρια ανάθεσης, διότι δεν συνδέονται με τον τρόπο εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης.

II. Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας

Η κατοχή άδειας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας είναι ιδιαίτερα σημαντική για την προσήκουσα εκτέλεση μίας δημόσιας σύμβασης, διότι επιβεβαιώνει την επαγγελματική αξιοπιστία και τις επαγγελματικές ικανότητες - επαγγελματικά προσόντα ενός οικονομικού φορέα σε έναν συγκεκριμένο κλάδο δραστηριότητας⁵².

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς που επιθυμούν να συμμετάσχουν σε δημόσια σύμβαση να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος-μέλος εγκατάστασής τους, όπως αυτά περιγράφονται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση

⁵⁰ Βλ. ΑΕΠΠ 209/2017 σκ. 11 και 12.

⁵¹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-532/06 σκ. 32, ΣτΕ 137/2012, ΕΣ 216/2014 Τμήμα VI.

⁵² Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-76/81 σκ. 15 και ΣτΕ 3894/2011.

ορίζεται στο Παράρτημα αυτό⁵³. Αξίζει να σημειωθεί ότι κατά το προϋσχόν νομικό πλαίσιο, ο έλεγχος της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας εντασσόταν στους λόγους αποκλεισμού, ενώ κατά την υφιστάμενη νομοθεσία ανήκει στα κριτήρια ποιοτικής επιλογής.

Η πλήρωση του κριτηρίου της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας δηλώνεται από τους οικονομικούς φορείς στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης για τις συμβάσεις άνω των ορίων ή στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης για τις συμβάσεις κάτω των ορίων⁵⁴.

Για την απόδειξη του ανωτέρω κριτηρίου, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν πιστοποιητικό-βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, με το οποίο πιστοποιείται η εγγραφή των οικονομικών φορέων σε αυτό και το ειδικό επάγγελμά τους κατά τα ειδικότερα οριζόμενα· στα άρθρα 76 και 77 του Ν. 4412/2016 αναφέρεται ο τρόπος απόδειξης καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας στις περιπτώσεις σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων και συμβάσεων μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, αντίστοιχα⁵⁵.

Έχει κριθεί⁵⁶ ότι όρος διακήρυξης με τον οποίο απαιτείται κάθε μέλος συμμετέχουσας κοινοπραξίας να είναι εγγεγραμμένο στην απαιτούμενη τάξη πτυχίου και για τις δύο κατηγορίες εργασιών (οικοδομικά και ηλεκτρομηχανολογικά), παρεμποδίζει αδικαιολόγητα την ανάπτυξη ανταγωνισμού με τη συμμετοχή -όσο το δυνατόν- περισσότερων υποψηφίων και αναιρεί την μορφή του κοινοπρακτικού σχήματος, του οποίου η τεχνική ικανότητα θα πρέπει να κρίνεται συνολικά και όχι ενός εκάστου των μελών που το απαρτίζουν.

III. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Ένα από τα ποιοτικά κριτήρια που θα πρέπει να πληρούν οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς, προκειμένου να τους ανατεθεί μία δημόσια σύμβαση, είναι να

⁵³ Βλ. άρθρο 75 παρ. 2 του Ν. 4412/2016.

⁵⁴ Βλ. άρθρο 79 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016. Το ΕΕΕΣ και το ΤΕΥΔ, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, έχουν την μορφή υπεύθυνης δήλωσης και συνιστούν προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι οι οικονομικοί φορείς πληρούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που ορίζονται από την διακήρυξη και ότι δεν συντρέχει εις βάρος τους κάποιος λόγος αποκλεισμού.

⁵⁵ Βλ. άρθρο 80 παρ. 3 του Ν. 4412/2016.

⁵⁶ Βλ. ΕΣ 2917/2013 Τμήμα VI.

διαθέτουν επαρκείς οικονομικούς πόρους, για να μπορούν να ανταπεξέλθουν στις υποχρεώσεις και τις δεσμεύσεις που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης⁵⁷.

Για τη συμμετοχή ενός οικονομικού φορέα σε έναν δημόσιο διαγωνισμό προσκομίζεται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης για τις συμβάσεις άνω των ορίων ή το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης για τις συμβάσεις κάτω των ορίων⁵⁸. Σε αυτά τα έγγραφα οι υποψήφιοι δηλώνουν, μεταξύ άλλων, ότι πληρούν και το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, όπως αυτό ορίζεται στην διακήρυξη.

Σε περίπτωση που στη διαδικασία για την σύναψη μίας δημόσιας σύμβασης συμμετέχει ως διαγωνιζόμενη Ένωση προσώπων, η πλήρωση της σχετικής απαίτησης αρκεί να ικανοποιείται από ένα εκ των μελών της ένωσης⁵⁹.

Οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν διακριτική ευχέρεια αναφορικά με τον προσδιορισμό του ελάχιστου επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας το οποίο θα πρέπει να έχουν οι διαγωνιζόμενοι⁶⁰. Βέβαια, το ελάχιστο αυτό επίπεδο θα πρέπει να συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης και να είναι ανάλογο προς αυτήν⁶¹, δηλαδή οι αναθέτουσες αρχές δεν επιτρέπεται να απαιτούν δυσανάλογες απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των υποψηφίων, διότι αυτό θα έθετε αδικαιολόγητα εμπόδια στην συμμετοχή -όσο το δυνατόν- περισσότερων εταιρειών, ιδίως των μικρομεσαίων επιχειρήσεων, σε δημόσιους διαγωνισμούς⁶². Επομένως, οι απαιτήσεις περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας θα πρέπει να είναι προσαρμοσμένες και ανάλογες στις ανάγκες της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης. Όμως, σε δεόντως δικαιολογημένες περιστάσεις, οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα να απαιτούν μεγαλύτερες απαιτήσεις, όπως αναλύεται κατωτέρω.

Συγκεκριμένα, προκειμένου να ικανοποιηθεί αυτή η απαίτηση, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς:

⁵⁷ Βλ. Ράικο, ο.π., 406.

⁵⁸ Βλ. άρθρο 79 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016.

⁵⁹ Βλ. άρθρο 19 παρ. 2 του Ν. 4412/2016.

⁶⁰ Βλ. άρθρο 75 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

⁶¹ Βλ. άρθρο 75 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

⁶² Βλ. αιτιολογική σκέψη 83 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜμΕ σε δημόσιες προμήθειες.».

- να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση,
- να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων του ενεργητικού και παθητικού,
- να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων⁶³.

Ειδικότερα, ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι διαγωνιζόμενοι δεν θα πρέπει να υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός εάν αυτή η υπέρβαση δικαιολογείται από τους κινδύνους που σχετίζονται με την φύση του συγκεκριμένου έργου, υπηρεσίας ή αγαθού· η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αναφέρει τους βασικούς λόγους⁶⁴ για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στην χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341 του Ν. 4412/2016. Επομένως, σε αυτές τις περιπτώσεις, οι αναθέτουσες αρχές έχουν την ελευθερία να απαιτούν υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις κύκλου εργασιών.

Εάν οι συμβάσεις, βάσει συμφωνίας-πλαίσιο, πρόκειται να ανατεθούν μετά από προκήρυξη νέου διαγωνισμού, η μέγιστη απαίτηση κύκλου εργασιών υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που θα εκτελεστούν ταυτοχρόνως ή, εάν αυτό δεν είναι γνωστό, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας-πλαίσιο. Στην περίπτωση δυναμικών συστημάτων αγορών η μέγιστη απαίτηση κύκλου εργασιών υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που πρόκειται να ανατεθούν στο πλαίσιο του εν λόγω συστήματος.

Σχετικά με την αναλογία στοιχείων του ενεργητικού και παθητικού, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να προσδιορίζει στα έγγραφα της σύμβασης τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής, προκειμένου να μην παραβιάζονται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αντικειμενικότητας. Για παράδειγμα, η θετική αναλογία ενεργητικού-παθητικού θα μπορούσε να αποτελεί ένα πρόσθετο εχέγγυο της οικονομικής επάρκειας των οικονομικών φορέων.

⁶³ Βλ. άρθρο 75 παρ. 3 του Ν. 4412/2016.

⁶⁴ Ως λόγο θα μπορούσαμε να αναφέρουμε το γεγονός ότι η έγκαιρη και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης αποτελεί προκαταρκτική προϋπόθεση για την εκτέλεση άλλων συμβάσεων.

Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή θεμιτώς μπορεί να αναφέρεται σε συγκεκριμένο στοιχείο ή στοιχεία του ισολογισμού, προκειμένου να προσδιορίσει το επιθυμητό επίπεδο χρηματοοικονομικής επάρκειας του οικονομικού φορέα, εφόσον από το ή τα στοιχεία αυτά μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και εφόσον το επίπεδο αυτό είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης⁶⁵. Έχει κριθεί⁶⁶ από τη νομολογία ότι όρος διακήρυξης που απαιτεί ως ελάχιστο επίπεδο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων να παρουσιάζουν καθαρά κέρδη προ φόρων προκύπτοντα από τον μέσο όρο των αποτελεσμάτων χρήσεως των τριών τελευταίων ετών, είναι ανάλογος με το αντικείμενο διαγωνισμού (εν προκειμένω τη φύλαξη του συνόλου των εγκαταστάσεων της ΟΣΕ Α.Ε. σε όλη την επικράτεια) και τον προϋπολογισμό του. Συνάγεται ότι ο συγκεκριμένος όρος, στο βαθμό που περιορίζεται απλώς στην απαίτηση ύπαρξης καθαρών κερδών σε διάστημα τριετίας, αφενός μεν αποτελεί ποιοτικό κριτήριο από το οποίο προκύπτει αντικειμενικά η οικονομική επάρκεια των υποψηφίων, αφετέρου δε ευνοεί την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, καθώς δεν θέτει ποσοτικούς περιορισμούς, κάτι το οποίο θα συνέβαινε εάν καθόριζε και το ύψος των καθαρών κερδών που θα έπρεπε να έχουν οι διαγωνιζόμενοι την τελευταία τριετία.

Όταν μία δημόσια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, οι ρυθμίσεις για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια εφαρμόζονται σε κάθε επιμέρους τμήμα· όμως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι διαγωνιζόμενοι ανά ομάδες τμημάτων, σε περίπτωση που ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως.

Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016⁶⁷, ήτοι:

- *κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων·*

⁶⁵ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-218/11 σκ. 32.

⁶⁶ Βλ. ΣτΕ 2203/2017.

⁶⁷ Βλ. άρθρο 80 παρ. 4 του Ν. 4412/2016.

- *οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από την χώρα στην οποία είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας·*
- *δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, και κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών⁶⁸.*

Από την ανωτέρω διατύπωση («*Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που προβλέπονται...*») προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν διακριτική ευχέρεια όσον αφορά την επιλογή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των διαγωνιζομένων, καθώς αυτά δεν απαριθμούνται κατά τρόπο περιοριστικό στο κείμενο του νόμου⁶⁹. Εξάλλου, προβλέπεται ρητά ότι, εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο. Εναπόκειται, συνεπώς στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να κρίνει αυτό ως κατάλληλο. Πρακτικά αυτό σημαίνει ότι ο οικονομικός φορέας μπορεί να προσκομίσει όποιο έγγραφο θεωρεί ότι αποδεικνύει την οικονομική-χρηματοοικονομική του επάρκεια και είναι στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να κρίνει ότι το υποβληθέν έγγραφο αποδεικνύει την επάρκειά του· σε αυτή την περίπτωση, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί αποδοχής ή απόρριψής του θα πρέπει να είναι δεόντως αιτιολογημένη και εμπίπτει στον δικαιοδοτικό έλεγχο των δικαστηρίων⁷⁰.

Με την απόφαση 1307/2009 της ΕΑ του Συμβουλίου της Επικρατείας κρίθηκε

⁶⁸ Η δήλωση του προσφέροντος «κατ' ανώτατο όριο» για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις είναι υποχρεωτική. Βλ. όμως ΕΑ ΣτΕ 207/2011 που κρίθηκε μη νόμιμος ο αποκλεισμός εταιρειών για το λόγο ότι έχουν λιγότερο από τρία έτη λειτουργίας ή διαθέτουν τα ζητούμενα από τη διακήρυξη προϊόντα για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών ετών, εφόσον προσκομίζουν κατάλογο παραδόσεων μόνο για το αντίστοιχο διάστημα που λειτουργούν ή που διαθέτουν τα εν λόγω προϊόντα. Πρβλ. και ΑΕΠΠ 26/2018 σκ. 43-45 που κρίθηκε μη νόμιμος ο αποκλεισμός εταιρείας λόγω αδυναμίας προσκόμισης δικαιολογητικών που τελούν σε συνάρτηση με την έναρξη των δραστηριοτήτων της.

⁶⁹ Βλ. Ράικο, ο.π., 407.

⁷⁰ Βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 13/2016 ΕΑΑΔΗΣΥ υποσημ. 7 και ΑΕΠΠ 26/2018 σκ. 41.

νόμιμος αποκλεισμός εταιρείας από διαγωνισμό, διότι δεν υπέβαλε δημοσιευμένους ισολογισμούς των τριών τελευταίων χρήσεων, ως απαιτούσε η διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού για την απόδειξη του κύκλου εργασιών, αλλά δηλώσεις εισοδήματος (έντυπα Ε3) που δεν προβλέπονταν από την διακήρυξη ως τρόπος απόδειξης της οικονομικής επάρκειας, ενώ η υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της περί του συνολικού κύκλου εργασιών των τριών τελευταίων ετών δεν μπορούσε, κατά το Δικαστήριο, να αναπληρώσει την έλλειψη αυτού του δικαιολογητικού, διότι η διακήρυξη δεν προέβλεπε σε αυτή την περίπτωση δυνατότητα αναπλήρωσης από τους διαγωνιζομένους. Βέβαια, σε συμφωνία με όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, προκύπτει ότι η υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση θα μπορούσε να γίνει αποδεκτή ως αποδεικτικό μέσο της οικονομικής επάρκειας της εταιρείας⁷¹.

Τα ανωτέρω έχουν επιβεβαιωθεί και μέσα από τη νομολογία του ΔΕΕ⁷²: «Όσον αφορά την επιλογή αυτών των στοιχείων, το άρθρο 47 της οδηγίας 2004/18 παρέχει σχετικά μεγάλη ελευθερία στις αναθέτουσες αρχές. Ειδικότερα, σε αντίθεση με το άρθρο 48 της εν λόγω οδηγίας, το οποίο, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές και, ως εκ τούτου, τις δυνατότητές τους να καθορίζουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις ... , η παράγραφος 4 του άρθρου 47 επιτρέπει ρητώς στις αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες για να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια. Δεδομένου ότι το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 κάνει μνεία του προαναφερθέντος άρθρου 47, η ίδια ελευθερία επιλογής πρέπει να υφίσταται και για τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας.».

⁷¹ Βλ. την μειοψηφούσα γνώμη της Παρέδρου Ο. Ζύγουρα στην ΕΑ ΣτΕ 1307/2009 που υποστήριξε ότι η υποβληθείσα από την αιτούσα υπεύθυνη δήλωση, στην οποία αναγράφεται αναλυτικώς ο κύκλος εργασιών της για καθένα από τα τρία προ του διαγωνισμού έτη, επέχει θέση αποσπάσματος ισολογισμού και ως εκ τούτου, μη νομίμως αποκλείσθηκε η αιτούσα με την ανωτέρω αιτιολογία από τον διαγωνισμό. Πρβλ. και ΕΑ ΣτΕ 850/2005 που κρίθηκε ότι οι διαγωνιζόμενοι μπορούσαν να προσκομίσουν προς απόδειξη του ύψους του κύκλου εργασιών, αντί για την βεβαίωση της αρμόδιας ΔΟΥ που απαιτείτο από την Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, και άλλα έγγραφα από τα οποία να προκύπτει το ύψος του κύκλου εργασιών, εφόσον ταυτόχρονα με αυτά προσκόμιζαν και βεβαίωση της ίδιας ΔΟΥ περί αδυναμίας εκδόσεως του συγκεκριμένου δικαιολογητικού.

⁷² Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-218/11 σκ. 28.

Αναφορικά με το αποδεικτικό μέσο των τραπεζικών βεβαιώσεων είναι κρίσιμη η διατύπωση της εκάστοτε διακήρυξης. Με πρόσφατη νομολογία, έχει κριθεί⁷³ ότι η βεβαίωση της τράπεζας για τη δανειοληπτική ικανότητα διαγωνιζομένης επιχείρησης δεν απαιτείται να έχει συγκεκριμένη διατύπωση και ειδικότερα να επαναλαμβάνει αυτολεξεί την παρατιθέμενη στην διακήρυξη διατύπωση, αλλά αρκεί να βεβαιώνει ότι η τράπεζα θα εξετάσει αίτηση του διαγωνιζομένου για πιστοδότηση με το αναφερόμενο στη διακήρυξη ποσό, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος. Συνάγουμε, λοιπόν ότι στη συγκεκριμένη διακήρυξη η έννοια της πιστοδότησης χρησιμοποιείται ισοδύναμα και με απολύτως ταυτόσημη έννοια με εκείνη της χρηματοδότησης-δανειοδότησης.

Σε άλλη περίπτωση, έχει κριθεί⁷⁴ ότι στην τραπεζική βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας θα πρέπει να προκύπτει σαφώς ποιο ποσό διατίθεται στην διαγωνιζόμενη εταιρεία για χρηματοδότηση και πιστοδοτήσεις, ώστε να κριθεί αν καλύπτει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις πιστοληπτικής ικανότητας της διακήρυξης, και χωριστά ποιο ποσό αφορά εγγυητικές επιστολές. Σε αυτή την διακήρυξη η διατύπωση είναι πιο αυστηρή, καθώς δεν εξομοιώνεται η έννοια της χρηματοδότησης-πιστοδότησης με εκείνη της εγγυητικής επιστολής⁷⁵. Σε κάθε περίπτωση δεν αρκεί η Τράπεζα να βεβαιώνει απλώς ότι η εταιρία είναι καλός πελάτης στον τομέα των καταθέσεων και των εγγυητικών επιστολών, χωρίς να περιέχεται βεβαίωση περί της δυνατότητας χρηματοδότησης της⁷⁶.

Στην περίπτωση απόκλισης εγγυητικής επιστολής υποψηφίου κατά μισό ευρώ από το ποσό που οριζόταν στην διακήρυξη, κρίθηκε από το Ελεγκτικό Συνέδριο⁷⁷ ότι η ασήμαντη αυτή πλημμέλεια της εγγύησης συμμετοχής δεν μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό της εταιρείας, διότι αυτό θα παραβίαζε την συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας.

Ο κύκλος εργασιών έχει απασχολήσει περισσότερο τη νομολογία σε σχέση με τα υπόλοιπα μέσα απόδειξης. Έτσι, έχει κριθεί⁷⁸ ότι όρος διακήρυξης ο οποίος απαιτεί για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του διαγωνιζομένου μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών που δεν θα είναι κατώτερος του μισού

⁷³ Βλ. ΔΕφΠειρ 295/2015.

⁷⁴ Βλ. ΜΠΑ 9146/2006.

⁷⁵ Βλ. και σελίδες 9 και 20 του Κώδικα Τραπεζικής Δεοντολογίας σύμφωνα με τις οποίες στην έννοια της πιστοδότησης περιλαμβάνεται οποιαδήποτε μορφή πίστωσης ή εγγύησης και επομένως και η χρηματοδότηση.

⁷⁶ Βλ. ΔΕφΠειρ 54/2012, 11/2013.

⁷⁷ Βλ. ΕΣ 96/2006 Τμήμα VI.

⁷⁸ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 257/2010.

του ποσού της εκτιμώμενης σύμβασης για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, δεν πιθανολογείται σοβαρώς ότι έχει τεθεί κατά παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης ή των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας. Και αυτό διότι ο όρος αυτός δεν φαίνεται ασύνδετος και δυσανάλογος προς το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, αφενός μεν λόγω της εκτάσεως του φυσικού αντικείμενου (εγκαταστάσεις που πρόκειται να καθαρίζονται), αφετέρου δε λόγω του ύψους του προϋπολογισμού της σύμβασης.

Σε διαγωνισμούς για την προμήθεια στρατιωτικών-υπηρεσιακών υποδημάτων, έχει κριθεί⁷⁹ ότι όρος της διακήρυξης, που επιτρέπει τη συμμετοχή στο διαγωνισμό μόνο επιχειρήσεων με συνολικό κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/3 της προϋπολογισθείσας δαπάνης δεν θεσπίζει κριτήρια συμμετοχής μη προβλεπόμενα στην οδηγία 2004/18/EK, ούτε παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας και δεν υπερβαίνει τα άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας της διοικήσεως.

Επίσης, σε διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου αναφορικά με την φύλαξη και προστασία των κτιρίων των υπηρεσιών του Ο.Α.Ε.Δ., έχει κριθεί⁸⁰ ότι είναι νόμιμη και αναλογική η πρόβλεψη στη διακήρυξη ως ελάχιστου κατωτάτου ορίου του μέσου όρου του κύκλου εργασιών, τον οποίον πρέπει να έχει πραγματοποιήσει ο ενδιαφερόμενος κατά την προηγούμενη τριετία, ποσού ίσου προς το ποσό της προϋπολογιζόμενης από την διακήρυξη δαπάνης, διότι με τον τρόπο αυτό εξασφαλίζεται η προσήκουσα εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης.

Τέλος, στα άρθρα 76 και 77 του Ν. 4412/2016 προβλέπονται πρόσθετες απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας στις περιπτώσεις σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων και συμβάσεων μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, αντίστοιχα.

⁷⁹ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 287/2010, 288/2010, 37/2011, 39/2011.

⁸⁰ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 1178/2009.

IV. Τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες

Ένα ακόμα ποιοτικό κριτήριο αποτελεί η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων, δηλαδή να διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την απαραίτητη εμπειρία με την οποία εξασφαλίζεται η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης⁸¹. Ειδικότερα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτήσουν από τους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνύόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί στο παρελθόν.

Για τη συμμετοχή ενός οικονομικού φορέα σε έναν δημόσιο διαγωνισμό προσκομίζεται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης για τις συμβάσεις άνω των ορίων ή το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης για τις συμβάσεις κάτω των ορίων⁸². Σε αυτά τα έγγραφα οι υποψήφιοι δηλώνουν, μεταξύ άλλων, ότι πληρούν και το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, όπως αυτό ορίζεται στην διακήρυξη.

Σε περίπτωση που στη διαδικασία για την σύναψη μίας δημόσιας σύμβασης συμμετέχει ως διαγωνιζόμενη Ένωση προσώπων, η πλήρωση της σχετικής απαίτησης αρκεί να ικανοποιείται από ένα εκ των μελών της ένωσης⁸³.

Μία αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν πληροί τις απαιτούμενες τεχνικές-επαγγελματικές ικανότητες σε περίπτωση που διαπιστώσει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα τα οποία μπορεί να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης⁸⁴. Η εφαρμογή της διάταξης αυτής θα πρέπει να γίνεται με ιδιαίτερη φειδώ από τις αναθέτουσες αρχές δεδομένης της αποδεικτικής δυσχέρειας που εμφανίζουν οι περιπτώσεις αυτές⁸⁵.

Όπως ισχύει και με το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, οι αναθέτουσες αρχές προσδιορίζουν στην διακήρυξη και στα έγγραφα της σύμβασης το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας το οποίο θα πρέπει να διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι· αυτό θα πρέπει να συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης και να είναι ανάλογο προς αυτήν.

⁸¹ Βλ. άρθρο 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016.

⁸² Βλ. άρθρο 79 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016.

⁸³ Βλ. άρθρο 19 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ΕΣ 2403/2015 Τμήμα VI.

⁸⁴ Βλ. άρθρο 24 του Ν. 4412/2016.

⁸⁵ Βλ. Ράικο, Βλάχου, και Σαββίδη, ο.π., 721.

Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των διαγωνιζομένων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που προβλέπονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 ανάλογα με την φύση, την ποσότητα ή την σπουδαιότητα και την χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών⁸⁶. Αυτά είναι:

α) οι ακόλουθοι κατάλογοι:

i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία,

ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία·

β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων

⁸⁶ Βλ. άρθρο 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου·

γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του·

δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης·

ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή εξ ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας·

στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης·

ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης·

η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια·

θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης·

ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας·

ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται:

i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής,

ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα.

Εν αντιθέσει με τα δικαιολογητικά απόδειξης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, σε ό,τι αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, καθιερώνεται ένα κλειστό σύστημα που περιορίζει τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου εκ μέρους των αναθετουσών αρχών⁸⁷. Ειδικότερα, απαριθμούνται με τρόπο εξαντλητικό οι τρόποι απόδειξης βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή θα κρίνει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των διαγωνιζομένων. Επομένως, ενώ η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει στη διακήρυξη και στα έγγραφα της σύμβασης το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων, ο τρόπος αξιολόγησης και ελέγχου του επιπέδου αυτού γίνεται μόνον με τα αποδεικτικά στοιχεία που καθορίζονται από την διάταξη 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016.

Τα εθνικά δικαστήρια έχουν κρίνει⁸⁸ ότι η αναφορά στη διακήρυξη περί «ενδεικτικής» απαρίθμησης των δικαιολογητικών για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής ικανότητας του διαγωνιζομένου, δεν ασκεί επιρροή στον ρητό προσδιορισμό στην ίδια διάταξη των εν λόγω δικαιολογητικών, αλλά έχει την έννοια ότι επιτρέπεται, για τη σχετική τεκμηρίωση η προσκόμιση από το διαγωνιζόμενο ανάλογων πιστοποιητικών, του ιδίου προφανώς περιεχομένου, από τους στην εν λόγω

⁸⁷ Βλ. ΔΕΕ υποθέσεις C-368/10 σκ. 105 και C-218/11 σκ. 28.

⁸⁸ Βλ. ΔΕφΑθ 147/2013.

διάταξη αναφερόμενους φορείς. Βέβαια, κατά την γνώμη μας η αναφορά περί «ενδεικτικής» και όχι «περιοριστικής» απαρίθμησης επιτρέπει προς απόδειξη της επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων την προσκόμιση και άλλων εγγράφων πέραν αυτών που προβλέπονται στην διακήρυξη.

Σε άλλη περίπτωση έχει κριθεί⁸⁹ ότι το υπόδειγμα καταλόγου που αναφέρεται στην διακήρυξη για την απόδειξη των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων των διαγωνιζομένων δεν αποτελεί απαράβατο όρο της διακήρυξης, καθώς αναφέρεται με σαφήνεια στην οικεία διάταξη ότι ο κατάλογος «προτείνεται» να έχει την ακόλουθη μορφή, αρκεί να περιέχει για κάθε παράδοση τον παραλήπτη, την ημερομηνία παράδοσης και το ποσό της προμήθειας.

Ακολούθως, τα εθνικά δικαστήρια έκριναν⁹⁰ ότι η προβλεπόμενη στην διακήρυξη απαίτηση να υποβληθεί, επί ποινή απαραδέκτου, από τον ενδιαφερόμενο προμηθευτή πελατολόγιο νοσοκομείων, στα οποία είναι εγκατεστημένο το προσφερόμενο μηχάνημα, δεν βρίσκει έρεισμα στο άρθρο 46 του ΠΔ 60/2007, το οποίο δεν προβλέπει τέτοιο κατάλογο αλλά «την υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων ή υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη». Εκτός από το μη νόμιμο του σχετικού όρου, παρεμποδίζεται και η ανάπτυξη του ανταγωνισμού, καθώς αποκλείονται υποψήφιοι, οι οποίοι προσφέρουν νέα προϊόντα, για τα οποία δεν υπάρχει ακόμα πελατολόγιο⁹¹. Επίσης, στην ίδια απόφαση κρίθηκε ότι η επιπρόσθετη απαίτηση να έχει καταστεί το προσφερόμενο μηχάνημα αντικείμενο προμήθειας σε δημόσια ή πανεπιστημιακά νοσοκομεία δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό και αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης.

Ομοίως, σε άλλη περίπτωση, έχει κριθεί⁹² ότι η απαίτηση υποβολής πελατολογίου δεν βρίσκει έρεισμα στις διατάξεις του άρθρου 46 παρ. 5 του ΠΔ 60/2007, καθόσον με τη διάταξη αυτή ως κριτήριο καταλληλότητας των οικονομικών φορέων κατοχυρώνεται η εμπειρία τους αναφορικά με την εγκατάσταση ή την τοποθέτηση του αντικειμένου της προμήθειάς τους και όχι με τη διάθεση του σε άλλους πελάτες.

⁸⁹ Βλ. ΔΕφΠειρ 39/2013 και ΔΕφΘεσ 151/2013.

⁹⁰ Βλ. ΣτΕ 1135/2010.

⁹¹ Βλ. όμως και ΕΑ ΣτΕ 739/2008.

⁹² Βλ. ΕΣ 3057/2014 Τμήμα VI.

Επίσης, έχει κριθεί⁹³ ότι όταν οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με παραπομπή σε τεχνικές εγκρίσεις ή τεχνικά συστήματα αναφοράς που εκπονούνται από οργανισμούς τυποποίησης, η επιπρόσθετη απαίτηση της διακηρύξεως να κατατεθεί επί ποινή αποκλεισμού κατάλογος πελατολογίου του συγκεκριμένου αυτού είδους, και μάλιστα μόνον σε δημόσια Νοσοκομεία προκαλεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό, εφόσον με αυτήν αποκλείονται φορείς οι οποίοι προσφέρουν είδη που ενώ πληρούν όλες τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως αυτό αποδεικνύεται από τις κατατιθέμενες πιστοποιήσεις των αρμοδίων οργανισμών, δεν έχουν ακόμη αποκτήσει πελατολόγιο σε δημόσια νοσοκομεία.

Περαιτέρω, σε διαγωνισμό για την ανάθεση των υπηρεσιών καθαριότητας Πανεπιστημίου κρίθηκε⁹⁴ νόμιμη η απαίτηση της διακήρυξης να απασχολεί ο ανάδοχος τουλάχιστον τριάντα καθαριστές-καθαρίστριες, ως απόδειξη της τεχνικής του επάρκειας, ενόψει του αντικειμένου της προς ανάθεση σύμβασης, τόσο από την άποψη της έκτασης των χώρων, όσο και του αναγκαίου για την παροχή της υπηρεσίας προσωπικού καθαριότητας, ενώ σε διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου για την φύλαξη και προστασία των κτιρίων των υπηρεσιών του Ο.Α.Ε.Δ. έχει κριθεί⁹⁵ νόμιμος όρος διακήρυξης που απαιτούσε από τους διαγωνιζόμενους, ως απόδειξη της τεχνικής τους ικανότητας, την ολοκλήρωση τριών τουλάχιστον έργων συναφών, από άποψη αντικειμένου, με το προκηρυσσόμενο κατά την τελευταία τριετία. Στην τελευταία περίπτωση, η διακήρυξη αρκείται απλώς στην εκπλήρωση τριών συναφών από άποψη αντικειμένου έργων, χωρίς να ορίζεται και τι προϋπολογισμό πρέπει να έχουν αυτά, επομένως, μη θέτοντας ποσοτικούς περιορισμούς, ευνοείται η ανάπτυξη ανταγωνισμού μεταξύ των υποψήφιων εταιρειών.

Έτι περαιτέρω, έχει κριθεί⁹⁶ ότι στο πλαίσιο της απόδειξης της τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας εταιρείας, η προσκόμιση βεβαίωσης περί επιτυχούς ολοκλήρωσης του έργου δεν ενέχει, κατά λογική αναγκαιότητα, και βεβαίωση περί της επιτυχούς λειτουργίας του, η οποία απαιτείται από τη διακήρυξη ρητώς και επί ποινή αποκλεισμού. Ορθότερο φαίνεται ότι το πιστοποιητικό περί επιτυχούς

⁹³ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 491/2009, 573/2009. Πρβλ. και ΕΣ 2654/2014 Τμήμα VII σχετικά με όρο διακήρυξης με βάση τον οποίον αξιολογείται η ικανότητα των υποψηφίων με βάση την εμπειρία τους σε υπηρεσίες μαζικής σίτισης μόνον σε δημόσιους φορείς, ο οποίος περιορίζει υπέρμετρα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και αποκλείει εταιρίες που παρέχουν ίσου μεγέθους υπηρεσίες σίτισης στον ιδιωτικό τομέα.

⁹⁴ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 257/2010.

⁹⁵ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 1178/2009.

⁹⁶ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 14/2017.

λειτουργίας αποτελεί ποιοτικό κριτήριο για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των εταιρειών και δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, ενώ η προσκόμιση από την εταιρεία βεβαίωσης περί ολοκλήρωσης του έργου δεν συνεπάγεται κατ' ανάγκη ότι το έργο λειτουργεί επιτυχώς.

Ακόμη, σύμφωνα με τη εθνική νομολογία, έχει κριθεί⁹⁷ ότι ορθώς απορρίφθηκε προσφορά εταιρείας, καθώς οι συστατικές επιστολές που προσκόμισε για την απόδειξη της εμπειρίας του κατασκευαστή των προσφερόμενων από αυτήν υλικών, δεν είχαν το αναγκαίο κατά τη διακήρυξη περιεχόμενο, ήτοι δεν αναφέρονταν σε αυτές οι ζητούμενες από τη διακήρυξη ποσότητες που διέθεσε το προσφερόμενο υλικό σε ηλεκτρικές εταιρείες, με αποτέλεσμα να μην αποδεικνύει την εμπειρία του οίκου κατασκευής των προσφερόμενων από αυτήν υλικών. Κατά την γνώμη μας, ο όρος αυτός, ο οποίος απαιτούσε από τους συμμετέχοντες την πώληση υλικού σε συγκεκριμένες ποσότητες, εμποδίζει την συμμετοχή νέων στην αγορά εταιρειών οι οποίες δεν διαθέτουν ακόμη ικανό πελατολόγιο, ώστε να έχουν διαθέσει σε άλλους την ζητούμενη από την διακήρυξη ποσότητα υλικού.

Ακόμη, στο πλαίσιο ανάθεσης ταχυδρομικών υπηρεσιών, έχει κριθεί νόμιμος όρος διακήρυξης που απαιτεί ως ελάχιστη προϋπόθεση συμμετοχής την διάθεση από τους διαγωνιζόμενους ενός τουλάχιστον καταστήματος στο 95% των Καλλικρατικών Δήμων της Χώρας, λόγω του όγκου της διακινούμενης αλληλογραφίας και της ανάγκης διανομής της σε όλη την επικράτεια⁹⁸. Τεκμαίρεται ότι ο συγκεκριμένος όρος γεωγραφικής κάλυψης παρεμποδίζει υπέρμετρα την ανάπτυξη ελεύθερου ανταγωνισμού. Γι' αυτό το λόγο, θα έπρεπε να δίδεται η δυνατότητα στους διαγωνιζόμενους να περιλαμβάνουν στην προσφορά τους σαφή περιγραφή και προσδιορισμό του τρόπου και των υποδομών που θα χρησιμοποιήσουν για την παροχή των σχετικών υπηρεσιών, ώστε να δύναται η αναθέτουσα αρχή να αξιολογήσει εάν οι υποδομές των υποψηφίων πράγματι μπορούν να εξασφαλίσουν την αποτελεσματική παροχή των εν λόγω υπηρεσιών.

Στα άρθρα 76 και 77 του Ν. 4412/2016 προβλέπονται πρόσθετες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στις περιπτώσεις σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων και συμβάσεων μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, αντίστοιχα.

⁹⁷ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 424/2014.

⁹⁸ Βλ. ΔΕφΑθ 868/2015.

Έχει κριθεί⁹⁹ ότι σε περίπτωση υλοποίησης ειδικού έργου, μία εργοληπτική επιχείρηση δεν αποδεικνύει τις τεχνικές-επαγγελματικές της ικανότητες μόνο με την εγγραφή της στο ΜΕΕΠ, που αποτελεί τον επίσημο κατάλογο αναγνωρισμένων εργοληπτών και ότι ορθώς απαιτείται από την διακήρυξη, ως πρόσθετο προσόν, η πενταετής εμπειρία στην κατασκευή παρόμοιας φύσεως με το επίδικο έργων (εν προκειμένω υπόγεια και οδικά έργα), ενόψει του ότι δεν αποδεικνύεται ότι η εγγραφή αυτή ερείδεται, ως προς τα συγκεκριμένα όλως εξειδικευμένα έργα, σε κριτήρια ισοδύναμα προς τα οριζόμενα από τη διακήρυξη για τον προσδιορισμό του επιπέδου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων και ως εκ τούτου, δεν θα μπορούσαν να αντληθούν από το Μητρώο αυτό πληροφορίες περί πενταετούς εμπειρίας σχετικά με την κατασκευή παρομοίων έργων, όπως αυτά ορίζονται στη διακήρυξη.

Τέλος, αξίζει να επισημάνουμε ότι, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, η εμπειρία των διαγωνιζομένων και η στελέχωσή τους αποτελούν κριτήρια ποιοτικής επιλογής και όχι κριτήρια ανάθεσης. Το ΔΕΕ, με νεότερη νομολογία¹⁰⁰, διευκρίνισε ότι το προαναφερθέν αφορά μόνο το προσωπικό και την πείρα των υποψηφίων, ενώ δεν καταλαμβάνει τις ικανότητες και την πείρα των μελών συγκεκριμένης ομάδας η οποία είναι επιφορτισμένη με την εκτέλεση συγκεκριμένης σύμβασης. Τα τελευταία αυτά στοιχεία μπορούν να αποτελέσουν κριτήρια ανάθεσης. Πιο συγκεκριμένα, η ποιότητα εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης μπορεί να εξαρτάται σε σημαντικό βαθμό από την επαγγελματική αξία των προσώπων που έχουν αναλάβει την εκτέλεσή της, αξία η οποία απορρέει από την επαγγελματική πείρα και κατάρτισή τους. Αυτό ισχύει ειδικότερα, όταν η παροχή που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης είναι διανοητικής φύσεως και αφορά για παράδειγμα υπηρεσίες επιμορφώσεως και συμβουλευτικής. Το Δικαστήριο τόνισε ότι η ποιότητα αυτή μπορεί να αποτελέσει εγγενές χαρακτηριστικό της προσφοράς και να συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης και, ως εκ τούτου, η εν λόγω ποιότητα μπορεί να αποτελέσει κριτήριο ανάθεσης, περιλαμβανόμενο στην οικεία προκήρυξη διαγωνισμού ή στην οικεία συγγραφή υποχρεώσεων.

⁹⁹ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 660/2002, 528/2002. Αξίζει να σημειωθεί ότι στην ΕΑ ΣτΕ 660/2002 η εταιρεία είχε προβάλλει ότι η εγγραφή της στην Η' τάξη του ΜΕΕΠ, η οποία είναι γενική και καλύπτει όλες τις κατηγορίες εργασιών, αποτελεί, όσον αφορά την τεχνική ικανότητά της, επαρκές προσόν συμμετοχής στον διαγωνισμό και ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή δεν εδικαιούτο να απαιτήσει από αυτήν το ως άνω πρόσθετο προσόν.

¹⁰⁰ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-601/13 σκ. 31-35.

V. Δάνεια εμπειρία

Η δάνεια εμπειρία¹⁰¹, ως όρος, προβλέφθηκε για πρώτη φορά ρητά στην οδηγία 2004/18/EK, ενσωματώνοντας με τον τρόπο αυτό τη νομολογία που είχε διαμορφωθεί από το ΔΕΕ σχετικά με την στήριξη των διαγωνιζόμενων στις ικανότητες άλλων (τρίτων) φορέων που δεν συμμετέχουν στον διαγωνισμό.

Πιο συγκεκριμένα, στην πρώτη υπόθεση που απασχόλησε το ΔΕΕ¹⁰², το Υπουργείο Δημοσίων Έργων του Βελγίου δεν ανανέωσε την εγγραφή της ολλανδικής εταιρείας NV Ballast Nedam Groep (BNG) στον κατάλογο αναγνωρισμένων εργοληπτών, με την αιτιολογία ότι, ως εταιρεία holding¹⁰³, δεν εκτελεί η ίδια έργα, αλλά επικαλείται τα έργα που έχουν εκτελέσει οι έχουσες χωριστή νομική προσωπικότητα θυγατρικές της εταιρείες, προκειμένου να δικαιολογήσει τις τεχνικές της ικανότητες. Τελικά, το Δικαστήριο έκρινε ότι μία εταιρεία, όταν επικαλείται τις θυγατρικές της για να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητες της οφείλει, οποιαδήποτε και αν είναι η φύση των δεσμών που τη συνδέουν με αυτές, να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεση της τα μέσα των εταιρειών αυτών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων δημοσίων έργων.

Η κρίση αυτή του ΔΕΕ επιβεβαιώθηκε και με μεταγενέστερες αποφάσεις, παγιώνοντας τη σχετική νομολογία. Ειδικότερα, στην υπόθεση του ΔΕΕ C-5/97 που αφορά την ίδια εταιρεία (BNG), κρίθηκε ότι η αρμόδια αρχή είναι υποχρεωμένη να λαμβάνει υπόψη το δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου, όταν αυτό έχει υποβάλλει σχετική αίτηση και όταν αποδεικνύει ότι βρίσκονται όντως στη διάθεση του τα μέσα των ανηκουσών στον όμιλο εταιρειών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων. Στη συνέχεια, το ΔΕΕ, κινούμενο στην ίδια λογική, επέκτεινε την προαναφερθείσα νομολογία και στο πεδίο της οδηγίας για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, κρίνοντας ότι ο υποψήφιος που δεν πληροί τις οικονομικές, χρηματοδοτικές και τεχνικές προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών (εν προκειμένω

¹⁰¹ Η δάνεια εμπειρία θα πρέπει να διακρίνεται από την υπεργολαβία, καθώς στην πρώτη ο «δανειζόμενος» εξακολουθεί να είναι αυτός που θα εκτελέσει τη σύμβαση, στηριζόμενος στις ικανότητες του τρίτου, ενώ στην δεύτερη, το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από αυτόν υπό τους όρους της σύμβασης που έχει συνάψει με τον ανάδοχο.

¹⁰² Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-389/92.

¹⁰³ Εταιρεία holding ή εταιρεία συμμετοχών είναι η εταιρεία που δεν παράγει ή ασκεί εμπορική δραστηριότητα, αλλά η δραστηριότητά της εξαντλείται στη διοίκηση ή στη συμμετοχή της σε άλλες εταιρείες.

συλλογής και καθαρισμού αστικών λυμάτων), μπορεί να κάνει χρήση των ικανοτήτων άλλων οντοτήτων, ανεξάρτητα από τη νομική φύση των δεσμών που διατηρεί με αυτές, υπό την προϋπόθεση ότι είναι σε θέση να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οντοτήτων που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως¹⁰⁴.

Πλέον, η δυνατότητα επίκλησης δάνειας εμπειρίας προβλέπεται στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 και αφορά την στήριξη, είτε στην οικονομική-χρηματοοικονομική, είτε στην τεχνική-επαγγελματική ικανότητα τρίτων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών μεταξύ αυτών και των διαγωνιζομένων¹⁰⁵. Αξίζει να σημειωθεί ότι δεν είναι η δυνατή η στήριξη στις ικανότητες τρίτων στο πλαίσιο των συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων. Την δυνατότητα αυτή έχουν και οι Ενώσεις προσώπων του άρθρου 19 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Η δάνεια εμπειρία έχει ως σκοπό να ενισχύσει την συμμετοχή εταιρειών σε δημόσιους διαγωνισμούς, πραγματοποιώντας έτσι τον σκοπό του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ήτοι το άνοιγμα της σχετικής αγοράς στον ανταγωνισμό¹⁰⁶.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι, ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας περιλαμβάνει τα κάτωθι εννοιολογικά στοιχεία¹⁰⁷:

- i. αδυναμία του οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης την οποία επιθυμεί να συνάψει,
- ii. ύπαρξη οποιασδήποτε φύσεως δεσμού του ως άνω φορέα με τρίτο φορέα, τις δυνατότητες του οποίου επικαλείται για να αποδείξει την καταλληλότητά του για τη σύναψη της σύμβασης, και
- iii. υποχρέωση του οικονομικού φορέα να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους αναγκαίους και επικαλούμενους πόρους και ότι οι πόροι αυτοί θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεσή του.

¹⁰⁴ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-176/98 σκ. 31.

¹⁰⁵ Βλ. και Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜμΕ στις δημόσιες συμβάσεις και το σημείο 1.2 αυτού με τίτλο «Αξιοποίηση της δυνατότητας σχηματισμού κοινοπραξιών από τους οικονομικούς φορείς και χρησιμοποίησης της συνδυασμένης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής τους ικανότητας».

¹⁰⁶ Βλ. όμως ΕΑ ΣτΕ 896/2009, όπου η ΕΑ δεν αναγνώρισε σε εταιρεία τη δυνατότητα δάνειας εμπειρίας, στηριζόμενη στο κείμενο της διακήρυξης που απαιτούσε η εμπειρία σε υλοποίηση συναφών έργων κατά την τελευταία πενταετία να συντρέχει ατομικά στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων. Η πρόβλεψη αυτή εγείρει ζητήματα αντίθεσης με το κοινοτικό δίκαιο και τον θεσμό της δάνειας εμπειρίας που ενθαρρύνει τον μεγαλύτερο δυνατό ανταγωνισμό. Πρβλ. και ΕΣ 233/2007 Τμήμα VI που έκρινε αντίθετα από την ΕΑ ΣτΕ 896/2009.

¹⁰⁷ Βλ. Α. Ταμαμίδη, "Η δάνεια εμπειρία-Νομολογιακή αντιμετώπιση," *ΘΠΔΔ*, Τεύχος 7 (2013): 594.

Επομένως, εφόσον ένας οικονομικός φορέας δεν πληροί τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας¹⁰⁸ ή της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που προβλέπονται σε μία διακήρυξη, μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, προκειμένου να μπορεί να συμμετάσχει στο δημόσιο διαγωνισμό. Το ΔΕΕ έκρινε¹⁰⁹ πρόσφατα ότι: «...στην περίπτωση που ορισμένος οικονομικός φορέας αδυνατεί να τηρήσει ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο συνίσταται στην απαίτηση να μην έχει υπάρξει αρνητικό για περισσότερες από μία από τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις το εμφανιζόμενο στον ισολογισμό των υποψηφίων ή προσφερόντων αποτέλεσμα χρήσεως, η αδυναμία δε αυτή οφείλεται σε συμφωνία δυνάμει της οποίας ο φορέας αυτός μεταβιβάζει συστηματικώς τα κέρδη του στη μητρική του εταιρία, ο εν λόγω οικονομικός φορέας, προκειμένου να ανταποκριθεί στο προαναφερθέν ελάχιστο επίπεδο ικανότητας, έχει μόνο τη δυνατότητα να βασιστεί στις ικανότητες άλλου φορέα, σύμφωνα με όσα ορίζει η παράγραφος 2 του άρθρου αυτού. Άνευ σημασίας είναι, στο πλαίσιο αυτό, κατά πόσον η εθνική νομοθεσία του κράτους μέλους εγκαταστάσεως του οικονομικού φορέα και η νομοθεσία του κράτους μέλους εγκαταστάσεως της αναθέτουσας αρχής διαφέρουν ως προς το ότι η πρώτη επιτρέπει χωρίς περιορισμούς τη σύναψη μιας τέτοιας συμφωνίας ενώ η δεύτερη την επιτρέπει μόνον εφόσον η μεταβίβαση των κερδών δεν έχει ως συνέπεια να καταστεί αρνητικό το εμφανιζόμενο στον ισολογισμό αποτέλεσμα.».

Επίσης, ο διαγωνιζόμενος έχει τη δυνατότητα να στηριχθεί στις ικανότητες, είτε ενός, είτε περισσότερων φορέων¹¹⁰, ενώ είναι δυνατή τόσο η ολική, όσο και η μερική επίκληση των ικανοτήτων τρίτων φορέων, δηλαδή ο διαγωνιζόμενος μπορεί να «συμπληρώνει» τα δικά του μέσα στηριζόμενος σε έναν τρίτο φορέα¹¹¹. Τέλος, όπως προκύπτει από την ίδια τη ρύθμιση, όσο και από την νομολογία¹¹², δεν εξειδικεύεται η νομική φύση του δεσμού ανάμεσα στον διαγωνιζόμενο και τον τρίτο φορέα, αλλά αρκεί να αποδεικνύεται η συνεργασία μεταξύ των δύο μερών (για παράδειγμα μητρική και θυγατρική εταιρεία, εταιρεία holding και εξαρτημένες εταιρείες) και ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του διαγωνιζόμενου τα μέσα που διαθέτει ο τρίτος, ώστε να εξασφαλίζεται η ομαλή και απρόσκοπτη εκτέλεση της σύμβασης.

¹⁰⁸ Όσον αφορά το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο διαγωνιζόμενος και οι τρίτοι φορείς στους οποίους αυτός στηρίζεται να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

¹⁰⁹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-218/11 σκ. 39.

¹¹⁰ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-176/98 σκ. 26 και C-314/01 σκ. 43.

¹¹¹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-27/15 σκ. 33.

¹¹² Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-176/98 σκ. 29.

Όσον αφορά το κριτήριο της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και συγκεκριμένα την περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', οι διαγωνιζόμενοι μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες τρίτων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

Ο διαγωνιζόμενος που στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, θα πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζοντας για παράδειγμα σχετική δέσμευση των φορέων αυτών. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει κατά δέσμια αρμοδιότητά της αν οι τρίτοι, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος, πληρούν τα σχετικά κριτήρια ποιοτικής επιλογής και εάν συντρέχουν εις βάρος τους οι λόγοι αποκλεισμού που προβλέπονται στα άρθρα 73 και 74 του Ν. 4412/2016¹¹³. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει ότι ο τρίτος δεν πληροί κάποιο κριτήριο ποιοτικής επιλογής ή ότι συντρέχουν σε βάρος του οι λόγοι αποκλεισμού της παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74, απαιτεί από τον διαγωνιζόμενο να αντικαταστήσει τον τρίτο, ενώ σε περίπτωση που συντρέχουν έναντι του τρίτου οι λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή έχει την δυνατότητα να απαιτήσει από τον διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου.

Το ζήτημα της απόδειξης ότι τα επικαλούμενα μέσα θα είναι πράγματι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου έχει απασχολήσει ιδιαίτερα την εθνική νομολογία, δεδομένου ότι η ενωσιακή νομοθεσία δεν απαριθμεί κατά τρόπο περιοριστικό τα αποδεικτικά μέσα στις περιπτώσεις αυτές, οπότε εναπόκειται στον εθνικό δικαστή να κρίνει την επάρκεια των προσκομισθέντων αποδεικτικών στοιχείων¹¹⁴. Καταρχήν,

¹¹³ Σε αντίθεση με την περίπτωση της υπεργολαβίας που η δέσμια αρμοδιότητα ελέγχου των λόγων αποκλεισμού καταλαμβάνει μόνο τις περιπτώσεις που ο υπεργολάβος αναλαμβάνει εκτέλεση τμήματος που υπερβαίνει το ποσοστό του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης.

¹¹⁴ Βλ. Γέροντα, ο.π., 408.

είναι κρίσιμο ποια αποδεικτικά μέσα προβλέπονται ρητά από τη διακήρυξη και τα έγγραφα της σύμβασης αναφορικά με την απόδειξη της δάνειας εμπειρίας.

Έχει κριθεί¹¹⁵ ότι δεν αρκεί απλώς η επίκληση από τον διαγωνιζόμενο ενός έργου προς απόδειξη της εμπειρίας του σε παρόμοια έργα, αλλά σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να αιτιολογεί επαρκώς γιατί το συγκεκριμένο έργο μπορεί να γίνει δεκτό ως δάνεια εμπειρία, δηλαδή θα πρέπει να αιτιολογείται γιατί στο πρόσωπο του δανείζοντος πληρούνται οι απαιτήσεις τεχνικής εμπειρίας που προβλέπει η διακήρυξη. Περαιτέρω, ως προς την δέσμευση του τρίτου φορέα, έχει κριθεί ως θεμιτό αποδεικτικό μέσο, όχι μόνο η ύπαρξη συμφωνίας (μισθώσεως, χρησιδανείου κ.λπ.) μεταξύ του διαγωνιζόμενου και του τρίτου¹¹⁶, αλλά και μόνη η δήλωση του τρίτου προς την αναθέτουσα αρχή¹¹⁷. Βέβαια, στην περίπτωση της απλής δήλωσης, θα πρέπει να συνάγεται η δέσμευση του τρίτου να θέσει στον διαγωνιζόμενο τους αναγκαίους πόρους για την υλοποίηση της δημόσιας σύμβασης¹¹⁸, ενώ δεν αρκεί η απλή δήλωση εκδήλωσης ενδιαφέροντος συνεργασίας με τον υποψήφιο ανάδοχο¹¹⁹. Επίσης, έχει γίνει δεκτό ότι τα πρακτικά ΔΣ ανωνύμων εταιρειών, μέσω των οποίων προκύπτει με σαφήνεια το ύψος και το είδος των περιουσιακών στοιχείων που θα διαθέσουν οι εν λόγω εταιρείες σε διαγωνιζόμενο, αποδεικνύουν την δέσμευσή τους να παράσχουν την οικονομική τους ικανότητα σε αυτόν, χωρίς η δέσμευση αυτή να τίθεται εν αμφιβολία λόγω της μη αναφοράς του ειδικότερου τρόπου διάθεσης και χρησιμοποίησης των διατιθέμενων πόρων (για παράδειγμα τοις μετρητοίς, με επιταγή)¹²⁰.

Επίσης, με την απόφαση 253/2017 της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι μόνο η ιδιότητα ενός προσώπου ως μετόχου ή μέλους ΔΣ διαγωνιζόμενης εταιρείας δεν συνεπάγεται ταύτιση των ικανοτήτων του με αυτήν, επομένως η τελευταία μπορεί να επικαλεστεί και να κάνει χρήση των ικανοτήτων του, εφόσον αποδείξει ότι βρίσκονται στην διάθεσή της τα επικαλούμενα μέσα τα οποία είναι απαραίτητα για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, μία εταιρεία έχει την δυνατότητα να στηριχθεί στις ικανότητες ενός μετόχου της ή μέλους του ΔΣ, αντί να κάνει χρήση των

¹¹⁵ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 1066/2009, 1162/2009.

¹¹⁶ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 6/1998.

¹¹⁷ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 94/2002.

¹¹⁸ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 968/2008.

¹¹⁹ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 1190/2009.

¹²⁰ Βλ. ΣτΕ 2747/2014. Πρβλ. όμως και την μειοψηφούσα γνώμη της Συμβούλου Β. Κίντζιου που υποστήριξε ότι η αναφορά του ειδικότερου τρόπου διάθεσης και χρησιμοποίησης των διατιθέμενων πόρων στα πρακτικά ΔΣ των ανωνύμων εταιρειών αποτελεί «ελάχιστο» απαιτούμενο περιεχόμενο των σχετικών αποδεικτικών εγγράφων.

ικανοτήτων μίας τρίτης εταιρείας. Σε άλλη περίπτωση, η ΑΕΠΠ έκρινε¹²¹ ότι όρος διακήρυξης, ο οποίος απαιτεί από τους διαγωνιζόμενους που στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων να συμμετάσχουν σε διαγωνισμό με υποβολή προσφοράς ως ενώσεις προσώπων ή κοινοπραξίες, παραβιάζει ευθέως τη νομοθεσία σχετικά με την δάνεια εμπειρία και επιπλέον καταδεικνύει την σύγχυση ανάμεσα στο στάδιο της ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων και σε εκείνο της ανάθεσης της σύμβασης τα οποία αποτελούν αυτοτελείς διαδικασίες και διέπονται από διαφορετικούς κανόνες.

Με πρόσφατη νομολογία¹²², το Συμβούλιο της Επικρατείας αντιμετώπισε το ζήτημα, αφενός μεν της «αλυσιδωτής» επίκλησης ικανότητας τρίτων φορέων, αφετέρου δε της υποχρέωσης ελέγχου της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο των τελευταίων, κρίνοντας ότι: «... προκειμένου ο υποψήφιος να αποδείξει ότι πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής ή τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας, δύναται να επικαλείται τις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, προς τους οποίους συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, στην περίπτωση δε αυτή οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οικονομικών φορέων, που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης. Οφείλει όμως ο υποψήφιος, στην περίπτωση αυτή, να προσκομίσει όλα τα απαιτούμενα από το άρθρο 15 της προκήρυξης δικαιολογητικά συμμετοχής για όλους τους οικονομικούς φορείς, τις ικανότητες των οποίων (χρηματοοικονομικές, τεχνικές/επαγγελματικές) επικαλείται, ήτοι και για τους εμμέσως διαθέτοντες στον υποψήφιο τις εν λόγω ικανότητες. Τούτο συνάγεται τόσο από την αδιάστικτη διατύπωση των όρων της προκήρυξης, όσο και από το σκοπό τους, που συνίσταται στη διασφάλιση της ουσιαστικής δέσμευσης ότι θα παρασχεθούν πράγματι στον υποψήφιο οι δάνειες ικανότητες τρίτων φορέων στις οποίες στηρίζεται. Η αντίθετη άποψη - ότι δηλ., σε περίπτωση έμμεσου δανεισμού ικανοτήτων απαιτούμενων στο διαγωνισμό, η προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρ. 15.8. της προκήρυξης απαιτείται μόνον για τον αμέσως και όχι και τον εμμέσως δανείζοντα τις ικανότητες αυτές - θα απέληγε ενδεχομένως σε καταστρατήγηση της οδηγίας και των απαιτήσεων της προκήρυξης, λαμβανομένου ιδίως υπόψη ότι μεταξύ των δικαιολογητικών του άρ. 15.8. περιλαμβάνεται και η ένορκη βεβαίωση του άρθρου 15.1.5., περιεχόμενο της οποίας αποτελούν γεγονότα ή καταστάσεις (ποινικές καταδίκες, διάπραξη επαγγελματικών

¹²¹ Βλ. ΑΕΠΠ 21/2017 σκ.16-19.

¹²² Βλ. ΣτΕ 2827/2014, 1217/2018 και ΕΑ ΣτΕ 284/2013, 409/2013.

παραπτώματων, πτώχευση κ.λπ.), που συναρτώνται με λόγους αποκλεισμού προβλεπόμενους στο άρθρο 45 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Τα ανωτέρω ισχύουν και στην περίπτωση που οι διαθέτοντες την ικανότητά τους φορείς ανήκουν στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων¹²³, δεδομένου ότι πρόκειται περί διακριτών νομικών προσώπων. Συνεπώς, δεν υφίσταται τεκμήριο ότι ο αμέσως δανείζων διαθέτει τις ικανότητες αυτές εκ μόνου του λόγου ότι τις διαθέτει τρίτη επιχείρηση που ανήκει στον ίδιο με αυτόν όμιλο ή είναι συνδεδεμένη με αυτόν επιχείρηση (βλ. αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 14.4.1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep I, Συλλογή 1994, σ. I-1289, σκέψεις 15-18 και της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep II, Συλλογή 1997, σ. I-7549, σκέψεις 12, 13).».

VI. Συμπέρασμα

Οι απαιτήσεις για την οικονομική επάρκεια και την τεχνική-επαγγελματική ικανότητα θα πρέπει να είναι ανάλογες με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης και να μην βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου. Υπέρμετρες απαιτήσεις μειώνουν τον κύκλο των συμμετεχόντων και περιορίζουν τον ανταγωνισμό. Μέσα από την μελέτη της νομολογίας των ελληνικών Δικαστηρίων παρατηρήσαμε τόσο την ύπαρξη αναλογικών, όσο και δυσανάλογων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

Όσον αφορά την απόδειξη της οικονομικής επάρκειας, έχει κριθεί αναλογικός όρος διακήρυξης που απαιτούσε από τους διαγωνιζομένους την ύπαρξη καθαρών κερδών προ φόρων. Ο όρος αυτός, στο βαθμό που περιορίζεται απλώς στην ύπαρξη καθαρών κερδών, χωρίς να καθορίζει το ύψος αυτών, ευνοεί την ανάπτυξη ανταγωνισμού, καθώς δεν θέτει ποσοτικούς περιορισμούς. Το τελευταίο θα συνέβαινε αν η διακήρυξη προέβλεπε συγκεκριμένο ύψος καθαρών κερδών που θα έπρεπε να διαθέτουν οι υποψήφιοι. Σε αυτή την περίπτωση θα υπήρχε συρρίκνωση του κύκλου των διαγωνιζομένων και περιορισμός του ανταγωνισμού.

Περαιτέρω, έχει κριθεί δυσανάλογη απαίτηση διακήρυξης που συναρτά την οικονομική ικανότητα των διαγωνιζομένων με το χρόνο που αυτοί λειτουργούν. Ειδικότερα, ένας διαγωνιζόμενος δεν μπορεί να αποκλειστεί εκ μόνου του γεγονότος

¹²³ Βλ. και ΕΑ ΣτΕ 94/2002 που κρίθηκε ότι δεν υφίσταται τεκμήριο ότι ο διαγωνιζόμενος διαθέτει μέσα τρίτων εκ μόνου του γεγονότος ότι ανήκουν στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων.

ότι λειτουργεί λιγότερο από τρία έτη, μη μπορώντας κατ' επέκταση να προσκομίσει τους κύκλους εργασιών των τριών τελευταίων ετών που απαιτούσε η διακήρυξη για την απόδειξη της οικονομικής επάρκειας. Τέτοιοι όροι παρεμποδίζουν αδικαιολόγητα την συμμετοχή στον διαγωνισμό νεοπαγών επιχειρήσεων που δεν έχουν ακόμη προλάβει να συμπληρώσουν τριετή λειτουργία στο συγκεκριμένο πεδίο δραστηριότητας.

Όσον αφορά την απόδειξη της τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, έχουν κριθεί αναλογικοί όροι που απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικού περί επιτυχούς λειτουργίας έργου ή την εκπλήρωση τριών τουλάχιστον συναφών με το προκηρυσσόμενο έργων. Οι όροι αυτοί έχουν ποιοτικό χαρακτήρα και δεν περιορίζουν τον ανταγωνισμό, καθώς μέσω αυτών συνάγεται κατά τρόπο αντικειμενικό ότι οι διαγωνιζόμενοι διαθέτουν την απαιτούμενη τεχνική εμπειρία για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης.

Αντίθετα, όροι που απαιτούσαν από τους υποψηφίους πελατολόγιο ή πώληση υλικών σε συγκεκριμένες ποσότητες, ως απόδειξη της τεχνικής τους εμπειρίας, συνάγουμε ότι είναι περιοριστικοί του ανταγωνισμού, καθώς δεν ευνοούν την συμμετοχή νεοπαγών επιχειρήσεων που δεν έχουν ακόμη προλάβει να αποκτήσουν σημαντικό μερίδιο της αγοράς. Σε περιορισμό του ανταγωνισμού οδηγούν επίσης όροι που απαιτούν από τους υποψηφίους την ύπαρξη διευρυμένου δικτύου καταστημάτων σε όλη την επικράτεια, με αποτέλεσμα να αποκλείονται τόσο εγχώριοι, όσο και αλλοδαποί υποψήφιοι. Τέλος, έχουν κριθεί δυσανάλογοι όροι που ευνοούν υποψηφίους που παρέχουν υπηρεσίες στον δημόσιο τομέα, διότι αποκλείουν αδικαιολόγητα υποψηφίους που παρέχουν αντίστοιχες υπηρεσίες στον ιδιωτικό τομέα.

Συνεπώς, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής θα πρέπει να είναι α) αμερόληπτα, β) σαφή και πλήρη, γ) εφικτά, δηλαδή πραγματικά ή πραγματοποιήσιμα και δ) ανάλογα με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, προκειμένου να αναπτύσσεται ο ανταγωνισμός. Τα κριτήρια τα οποία δεν πληρούν τα παραπάνω στοιχεία προσβάλλουν την οικονομική ελευθερία, υπό την μορφή της προσβολής της ελευθερίας του ανταγωνισμού¹²⁴.

¹²⁴ Βλ. Γέροντα, ο.π., 348.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ'

Λόγοι Αποκλεισμού

Ι. Υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού

Οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα προβλέπονται στο άρθρο 73 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016. Στην παρ. 1 του άρθρου 73 υπάρχει η γνωστή λίστα ποινικών αδικημάτων που δικαιολογεί αποκλεισμό, όπως αυτή παρουσιάζεται στον κατωτέρω πίνακα:

α.	συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση
β.	δωροδοκία
γ.	απάτη
δ.	τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεόμενα με τρομοκρατικές δραστηριότητες
ε.	νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας
στ.	παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων

Σε αυτές τις περιπτώσεις, εφόσον οι αναθέτουσες αρχές αποδεικνύουν με την επαλήθευση που προβλέπεται στα άρθρα 79 έως 81 του Ν. 4412/2016 ή τους είναι γνωστό με άλλο τρόπο ότι υπάρχει εις βάρος ενός οικονομικού φορέα αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση¹²⁵, τον αποκλείουν από την διαγωνιστική διαδικασία. Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης, όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Συγκεκριμένα, η υποχρέωση αυτή αφορά:

- ι. στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.), ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών (Ι.Κ.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές,

¹²⁵ Με το άρθρο 107 παρ. 6 του Ν. 4497/2017 η λέξη «τελεσίδικη» αντικαταστάθηκε από την λέξη «αμετάκλητη».

- ii. στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον διευθύνοντα σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου,
- iii. στις περιπτώσεις των συνεταιρισμών τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου.

Επίσης, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 73, αποκλείεται υποχρεωτικά υποψήφιος, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή γνωρίζει ότι έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με τις διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.

Αν ο οικονομικός φορέας έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια, όσο και την επικουρική ασφάλιση.

Ο λόγος αποκλεισμού της παρ. 2 του άρθρου 73 αίρεται, όταν ο οικονομικός φορέας εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του, είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων, είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους.

Με το άρθρο 39 παρ. 1 Ν. 4488/2017 προστέθηκε νέα περίπτωση υποχρεωτικού αποκλεισμού, όταν σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής έχουν επιβληθεί σε οικονομικό φορέα τρεις πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους ή όταν έχουν επιβληθεί δύο πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους. Οι ανωτέρω κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Αυτός ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται, όταν η

εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων ευρώ (20.000€).

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης παρέκκλιση από τους ανωτέρω λόγους αποκλεισμού της παρ. 1 και 2 του άρθρου 73, όταν συντρέχουν επιτακτικοί λόγοι δημόσιου συμφέροντος, όπως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος και ειδικά στην περίπτωση των φορολογικών και κοινωνικοασφαλιστικών υποχρεώσεων, όταν τα ποσά των φόρων ή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης που οφείλονται από έναν οικονομικό φορέα είναι ασήμαντα και επομένως ο αποκλεισμός του θα ήταν σαφώς δυσανάλογος¹²⁶.

II. Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού

Στην παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 προβλέπονται οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού των οικονομικών φορέων. Αυτοί έχουν να κάνουν με σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, την οικονομική κατάσταση-φερεγγυότητα και την επιχειρηματική συμπεριφορά των διαγωνιζομένων.

Εν αντιθέσει με τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού οι οποίοι θα πρέπει να προβλέπονται υποχρεωτικά στην διακήρυξη, όσον αφορά τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, παρέχεται διακριτική ευχέρεια στις αναθέτουσες αρχές να τους προβλέψουν στην διακήρυξη ή στα έγγραφα της σύμβασης. Σε περίπτωση όμως που η αναθέτουσα αρχή προβλέψει στην διακήρυξη ή στα έγγραφα της σύμβασης κάποιον από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, δεσμεύεται από αυτόν και οφείλει να αποκλείσει οικονομικό φορέα σε βάρος του οποίου συντρέχει ο δυνητικός λόγος αποκλεισμού¹²⁷. Βέβαια, όταν η αναθέτουσα αρχή εξετάζει τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού που έχει συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, πρέπει να δίδει ιδιαίτερη προσοχή στην τήρηση της αρχής της αναλογικότητας και μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις να αποκλείει οικονομικούς φορείς για ελάχιστονες παρατυπίες, εκτός αν γεννώνται αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία τους λόγω επαναλαμβανόμενων ελασσόνων παρατυπιών¹²⁸.

¹²⁶ Βλ. άρθρο 73 παρ. 3 του Ν. 4412/2016.

¹²⁷ Βλ. Ράικο, Βλάχου, και Σαββίδη, ο.π., 665 και 673.

¹²⁸ Βλ. ΑΕΠΠ 51/2018 σκ. 18.

Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα:

- i αν μπορεί να αποδείξει αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων αναφορικά με την περιβαλλοντική, κοινωνικοασφαλιστική και εργατική νομοθεσία,
- ii αν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου¹²⁹,
- iii αν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας σύνηψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,
- iv αν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,
- v αν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,
- vi αν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις,
- vii αν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων¹³⁰ κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται,

¹²⁹ Βλ. όμως άρθρο 73 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

¹³⁰ Βλ. ΑΕΠΠ 51/2018 σκ. 19 και 20: Η υποβολή ψευδών δηλώσεων δύναται να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου, εφόσον κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής επηρεάζεται εξ αυτών η φερεγγυότητα και αξιοπιστία αυτού. Το «σοβαρό» των ψευδών δηλώσεων θα πρέπει να κρίνεται ad hoc, λαμβάνοντας υπόψη τον βαθμό υπαιτιότητας, τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς.

- viii *αν 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 ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, και*
- ix *αν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του.*

Καινοτομία του νέου νόμου αποτελεί η δυνατότητα αυτοκάθαρσης ή «self-cleaning»¹³¹. Παρέχεται, δηλαδή το δικαίωμα σε οικονομικό φορέα που εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την επαγγελματική αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει κάποιος από τους ανωτέρω λόγους αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη επιτροπής που συστήνεται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού¹³². Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί με τελεσίδικη απόφαση από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής κατά το χρονικό διάστημα του αποκλεισμού, όπως αυτό ορίζεται στην εν λόγω απόφαση, στο κράτος-μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση.

Τέλος, στο άρθρο 74 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται η δυνατότητα αποκλεισμού οικονομικού φορέα για εύλογο χρονικό διάστημα από τις εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης σε περίπτωση που στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας συντρέχει στο πρόσωπο του ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 και εκείνος δεν λάβει τα μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης. Η περίοδος του αποκλεισμού πρέπει να κείται εντός των

¹³¹ Βλ. άρθρο 73 παρ. 7 και 8 του Ν. 4412/2016.

¹³² Βλ. άρθρο 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016.

ορίων της αρχής της αναλογικότητας και να μην υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, έτσι ώστε να μην παραβιάζεται το δικαίωμα οικονομικής ελευθερίας του οικονομικού φορέα. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και τα τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2γ και 4 του άρθρου 73. Ο αποκλεισμός λαμβάνεται με υπουργική απόφαση και κοινοποιείται στην αναθέτουσα αρχή και στον θιγόμενο οικονομικό φορέα. Πριν από την έκδοση της απόφασης περί αποκλεισμού παρέχεται στον οικονομικό φορέα δυνατότητα ακροάσεως.

III. Η περίπτωση του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος»

Στην υπόθεση Forposta SA, το ΔΕΕ διευκρίνισε ότι η έννοια «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα»¹³³ μπορεί να διευκρινιστεί και να διατυπωθεί λεπτομερέστερα στο εθνικό δίκαιο, τηρουμένου ωστόσο, του δικαίου της Ένωσης¹³⁴. Ειδικότερα, το Δικαστήριο επεσήμανε ότι το άρθρο 45 παράγραφος 2 της οδηγίας 2004/18/EK απαριθμεί κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους στηριζόμενους σε αντικειμενικά στοιχεία και απτόμενους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων. Επομένως, τα κράτη-μέλη δεν επιτρέπεται να συμπληρώνουν τον κατάλογο που περιέχει η εν λόγω οδηγία με άλλους λόγους αποκλεισμού στηριζόμενους σε κριτήρια που αφορούν την επαγγελματική ιδιότητα¹³⁵.

Από το παραπάνω συνάγεται ότι τα κράτη-μέλη μπορούν να θεσπίσουν λόγους αποκλεισμού που δεν σχετίζονται με την επαγγελματική ιδιότητα του οικονομικού φορέα, όμως οι λόγοι αυτοί θα πρέπει να είναι ανάλογοι προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, δηλαδή την προστασία του δημόσιου συμφέροντος, το οποίο συνίσταται στον

¹³³ Βλ. και αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «...το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση.»

¹³⁴ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-465/11 σκ. 26.

¹³⁵ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-465/11 σκ. 38.

αποκλεισμό των πραγματικά αναξιόπιστων οικονομικών φορέων¹³⁶. Παράλληλα, σε αυτές τις περιπτώσεις, δεν θα πρέπει να προβλέπεται αυτόματος αποκλεισμός των υποψηφίων από την διαγωνιστική διαδικασία, αλλά θα πρέπει να τους παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξουν ότι δεν τίθεται ζήτημα επαγγελματικής αναξιοπιστίας τους¹³⁷.

Σύμφωνα με το ΔΕΕ, η έννοια του «επαγγελματικού παραπτώματος» καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα και όχι μόνον τις παραβάσεις των κανόνων δεοντολογίας υπό τη στενή έννοια του επαγγέλματος στο οποίο ανήκει ο εν λόγω φορέας¹³⁸. Ως τέτοια συμπεριφορά μπορεί να θεωρηθεί και η μη τήρηση από οικονομικό φορέα των συμβατικών του υποχρεώσεων¹³⁹.

Κατά το ΔΕΕ, το «σοβαρό παράπτωμα» υποδηλώνει συνήθως συμπεριφορά του οικείου οικονομικού φορέα που ενέχει πρόθεση διαπράξεως παραπτώματος ή αμέλεια ορισμένου βαθμού, επομένως οποιαδήποτε εσφαλμένη, ανακριβής ή πλημμελής εκτέλεση συμβάσεως ή μέρους αυτής μπορεί ενδεχομένως να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με σοβαρό παράπτωμα¹⁴⁰. Για την διαπίστωση αυτή απαιτείται επιπρόσθετα να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και εξατομίκευση της στάσης του οικείου οικονομικού φορέα¹⁴¹.

Αφού πραγματοποίησε την παραπάνω ανάλυση, το ΔΕΕ κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η έννοια του «σοβαρού παραπτώματος» της κοινοτικής οδηγίας δεν μπορεί να εξισωθεί με εκείνη «των περιστάσεων για τις οποίες ευθύνεται ο επιχειρηματίας» του πολωνικού δικαίου, διότι η τελευταία είναι ευρύτερη και υπερβαίνει κατά πολύ συμπεριφορές διαγωνιζομένων που ενέχουν πρόθεση ή αμέλεια διαπράξεως παραπτώματος¹⁴². Σε άλλη περίπτωση το ΔΕΕ έκρινε¹⁴³ ότι η παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού λόγω της οποίας έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο

¹³⁶ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-213/07 σκ. 49.

¹³⁷ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-213/07 σκ. 62.

¹³⁸ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-465/11 σκ. 27.

¹³⁹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-465/11 σκ. 29.

¹⁴⁰ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-465/11 σκ. 30.

¹⁴¹ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-465/11 σκ. 31.

¹⁴² Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-465/11 σκ. 33.

¹⁴³ Βλ. ΔΕΕ υπόθεση C-470/13 σκ. 35.

αποκλεισμού που εμπίπτει στο άρθρο 45 παράγραφος 2 στοιχείο δ' της οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

Σημαντική νομολογία επί του ζητήματος έχει αναπτυχθεί και από τα εθνικά Δικαστήρια, μέσω της οποίας προκύπτει ότι η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δύναται να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου, εφόσον κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής επηρεάζεται εξ αυτού η φερεγγυότητα και αξιοπιστία του¹⁴⁴. Επομένως, τα περιστατικά που συνιστούν το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα πρέπει να επιδρούν στην φερεγγυότητα και στην επαγγελματική αξιοπιστία του οικονομικού φορέα, υπό την έννοια ότι το επαγγελματικό παράπτωμα πρέπει να έχει τέτοια απαξία, σοβαρότητα και βαρύτητα, ώστε να δημιουργεί κατά την κοινή αντίληψη ή πείρα βάσιμη υπόνοια μη αξιόπιστης συμπεριφοράς εκ μέρους του υποψηφίου¹⁴⁵.

Έτσι έχει κριθεί ότι τα αδικήματα για ακάλυπτες επιταγές, μη καταβολής ασφαλιστικών εισφορών και ανεπίτρεπτης μεταβολής χρήσεως δάσους ή δασικής εκτάσεως¹⁴⁶, η προηγούμενη έκπτωση από εργολαβίες¹⁴⁷, η υποβολή ψευδών δηλώσεων και συνακόλουθα η σχετική καταδίκη σε φυλάκιση για το αδίκημα της συκοφαντικής δυσφήμισης¹⁴⁸ επηρεάζουν την φερεγγυότητα και την επαγγελματική αξιοπιστία των οικονομικών φορέων και δικαιολογούν τον αποκλεισμό τους από τον διαγωνισμό. Με βάση όμως την προσέγγιση της έννοιας του παραπτώματος στην υπόθεση Forposta είναι αμφίβολο αν είναι σύμφωνοι με το ενωσιακό δίκαιο οι αποκλεισμοί που σχετίζονταν με τα αδικήματα για ακάλυπτες επιταγές, μη καταβολής ασφαλιστικών εισφορών και ανεπίτρεπτης μεταβολής χρήσεως δάσους ή δασικής εκτάσεως. Σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να κρίνει αιτιολογημένα αν η όποια καταδίκη επηρεάζει τη φερεγγυότητα ή την επαγγελματική αξιοπιστία του οικονομικού φορέα και να εκτιμήσει αιτιολογημένα τη σοβαρότητα και τη βαρύτητα των περί την επαγγελματική δραστηριότητα αδικημάτων¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 403/2010.

¹⁴⁵ Βλ. Γ. Δανόπουλο, "Η προσκόμιση πλαστού πιστοποιητικού ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων," *ΘΠΔΔ*, Τεύχος 11 (2015): 995.

¹⁴⁶ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 1026/2008, 1027/2008, 260/2008, 144/2009 και ΣτΕ 1190/2010.

¹⁴⁷ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 428/2008 και ΣτΕ 1668/2012.

¹⁴⁸ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 403/2010.

¹⁴⁹ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 1278/2008, 260/2008.

Αντιθέτως, έχει κριθεί¹⁵⁰ ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού λόγω καταδίκης για παρακώλυση συγκοινωνιών ή λόγω της κοπής καλωδίων του ΟΤΕ που έλαβε χώρα κατά την εκτέλεση δημοσίου έργου.

IV. Εθνικοί λόγοι αποκλεισμού

Λόγοι αποκλεισμού οικονομικών φορέων προβλέπονται και στο εθνικό δίκαιο και συγκεκριμένα στο Ν. 3310/2005, γνωστό και ως νόμο «περί βασικού μετόχου».

Ειδικότερα, η ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου, του μέλους οργάνου διοίκησης ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης Μέσων Ενημέρωσης είναι ασυμβίβαστη με την ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου, του μέλους οργάνου διοίκησης ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που συνάπτει δημόσιες συμβάσεις¹⁵¹. Η διαπίστωση της ασυμβίβαστης ιδιότητας γίνεται ξεχωριστά για κάθε διαγωνιστική διαδικασία και ελέγχεται, εφόσον, λόγω της συνδρομής της κατά τα ως άνω ασυμβίβαστης ιδιότητας, αποδειχθεί με οριστική δικαστική απόφαση που έχει ισχύ δεδικασμένου ότι συντρέχει περίπτωση αποκλεισμού εξαιτίας ενεργητικής διαφθοράς¹⁵².

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στην διαγωνιστική διαδικασία συμμετέχουν εξωχώριες εταιρείες από φορολογικά «μη συνεργάσιμα» κράτη, όπως τα κράτη αυτά καθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών¹⁵³.

Οι εξωχώριες εταιρείες από φορολογικά «μη συνεργάσιμα» κράτη απαγορεύεται να συμμετέχουν με ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του μετοχικού κεφαλαίου ή να κατέχουν εταιρικά μερίδια ή να είναι εταίροι των εταίρων σε επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις. Η απαγόρευση αυτή ισχύει και για τις εξωχώριες εταιρείες, οι οποίες συμμετέχουν σε άλλα νομικά πρόσωπα που είναι μέτοχοι επιχειρήσεων που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις ή μέτοχοι των μετόχων αυτών και ούτω καθεξής, και οι οποίες είναι κάτοχοι ποσοστού μετοχών, το οποίο συνυπολογιζόμενο και αναγόμενο σε ποσοστό μετοχών στην επιχείρηση που

¹⁵⁰ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 428/2011.

¹⁵¹ Βλ. άρθρο 3 παρ. 1 του Ν. 3310/2005.

¹⁵² Βλ. άρθρο 3 παρ. 4 του Ν. 3310/2005.

¹⁵³ Βλ. άρθρο 4 παρ. 4 στοιχείο α' του Ν. 3310/2005 και άρθρο 65 παρ. 4 του Ν. 4172/2013.

συνάπτει δημόσιες συμβάσεις αντιστοιχεί σε ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του συνολικού μετοχικού κεφαλαίου, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 2 του Ν. 3310/2005¹⁵⁴.

Ακόμη, προκειμένου να καταστεί εφικτός ο έλεγχος της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού των ευρωπαϊκών οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, οι μετοχές των ανωνύμων εταιρειών που συμμετέχουν, αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ένωση προσώπων ή σε οποιασδήποτε μορφής οντότητα, σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών με οικονομικό αντικείμενο ή αντάλλαγμα ανώτερο του ενός εκατομμυρίου ευρώ (1.000.000€) είναι υποχρεωτικά ονομαστικές¹⁵⁵. Η υποχρέωση ονομαστικοποίησης αποτελεί προϋπόθεση για την παραδεκτή συμμετοχή της εταιρείας ή κοινοπραξίας ή ένωσης προσώπων ή οποιασδήποτε άλλης μορφής οντότητας στη σχετική διαδικασία¹⁵⁶.

Οι ανωτέρω υποχρεώσεις και ασυμβίβαστα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων θα πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια στην διακήρυξη και στα έγγραφα της σύμβασης, να δηλώνονται στο ΕΕΕΣ και στο ΤΕΥΔ από τους διαγωνιζόμενους, προκειμένου να ελεγχθούν από την αναθέτουσα αρχή, τόσο σε προκαταρκτικό στάδιο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016, όσο και με τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, σύμφωνα με το άρθρο 80 του Ν. 4412/2016 και τα εγκεκριμένα πρότυπα τεύχη δημοσίων έργων και μελετών¹⁵⁷.

Έχει κριθεί¹⁵⁸ ότι εάν ελληνική ανώνυμη εταιρία που συμμετέχει στη διαδικασία ανάληψης προμήθειας του Δημοσίου δεν υποβάλλει μαζί με την προσφορά της τα οριζόμενα από την διακήρυξη δικαιολογητικά, όχι μόνο για την ίδια, αλλά και για τη συνεργαζόμενη με αυτή ανώνυμη εταιρεία και για τις ανώνυμες εταιρείες-μετόχους της ή μετόχους μετόχων της κ.λπ., αποκλείεται από το διαγωνισμό.

¹⁵⁴ Βλ. άρθρο 4 παρ. 4 στοιχείο α' του Ν. 3310/2005.

¹⁵⁵ Βλ. άρθρο 8 παρ. 1 του Ν. 3310/2005.

¹⁵⁶ Βλ. άρθρο 8 παρ. 4 του Ν. 3310/2005.

¹⁵⁷ Βλ. ΔΕΦΑΘ 319/2017, ΔΕΦΑΘ Ν323/2017.

¹⁵⁸ Βλ. ΣτΕ 2361/2009, 1095/2009 και ΕΑ ΣτΕ 1386/2008.

V. Συμπέρασμα

Οι λόγοι αποκλεισμού συνιστούν παράγοντες που περιορίζουν τον ανταγωνισμό με αποτέλεσμα είτε το υψηλότερο τίμημα της παρεχόμενης υπηρεσίας, είτε την παροχή λιγότερο ποιοτικών υπηρεσιών. Όμως, ο περιορισμός αυτός δικαιολογείται, καθώς λειτουργεί προστατευτικά τόσο για τις αναθέτουσες αρχές, όσο και για τους οικονομικούς φορείς. Από την μία πλευρά, οι αναθέτουσες αρχές αποφεύγουν να συμβάλλονται με μη αξιόπιστους οικονομικούς φορείς, ενώ από την άλλη πλευρά αποτρέπονται οι οικονομικοί φορείς από το να υιοθετούν παράνομες πρακτικές κατά την άσκηση της δραστηριότητάς τους¹⁵⁹. Συνάγουμε, λοιπόν ότι το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, πέρα από την προώθηση του ανταγωνισμού, σκοπεύει στην τήρηση ευρύτερων «κοινωνικών» υποχρεώσεων που απορρέουν από το διεθνές και ευρωπαϊκό δίκαιο¹⁶⁰, όπως είναι η καταπολέμηση της διαφθοράς και άλλων σοβαρών αδικημάτων που διαπράττονται στον επαγγελματικό χώρο.

¹⁵⁹ Βλ. Ε. - Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζο, και Ι. Κίτσο, *Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016: Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή*, (Αθήνα: Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2019), 243.

¹⁶⁰ Βλ. Χ. Μουκίου, *Διαφάνεια, Ακεραιότητα & Εντιμότητα στις Δημόσιες Συμβάσεις: Η σταδιακή αφομοίωση του διεθνούς Soft Law σε επίπεδο Δημοσίων Συμβάσεων*, (Αθήνα: Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2017), 183 και 184.

Αντί επιλόγου

Μέσα από την μελέτη της ελληνικής νομολογίας παρατηρήσαμε πολλούς όρους οι οποίοι περιόριζαν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού με αποτέλεσμα να παρεμποδίζεται η συμμετοχών νεοεισερχόμενων και μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε διαγωνιστικές διαδικασίες. Με άλλα λόγια, υπήρχαν εταιρείες οι οποίες, παρά το γεγονός ότι προσέφεραν ποιοτικά προϊόντα και υπηρεσίες, αποκλείονταν από τους διαγωνισμούς, διότι δεν είχαν αποκτήσει ακόμη τα αυξημένα προσόντα ποιοτικής επιλογής που απαιτούσαν οι διακηρύξεις. Έτσι όμως, δεν μπορεί να επιτευχθεί ο στόχος που έχει θέσει η Ευρωπαϊκή Ένωση για το άνοιγμα της αγοράς των δημοσίων συμβάσεων στις ΜμΕ και στις καινοτόμες εταιρείες.

Επίσης, ο ανταγωνισμός περιορίζεται λόγω του ότι η τεχνική κρίση της αναθέτουσας αρχής είναι, καταρχήν ανέλεγκτη ακυρωτικώς, δηλαδή δεν μπορεί να αμφισβητηθεί από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς. Πιο συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να τεκμηριώσει από τεχνική άποψη τα συγκεκριμένα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που επέλεξε και να υποστηρίξει ότι αυτά εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες της, περιορίζοντας με αυτό τον τρόπο τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, συνεπεία αυτής της επιλογής.

Από την άλλη πλευρά, οι λόγοι αποκλεισμού, ως αναφέρθηκε, αποτελούν παράγοντες που θεμιτώς περιορίζουν τον ανταγωνισμό, καθώς προστατεύουν, αφενός μεν τις αναθέτουσες αρχές από τον κίνδυνο να συμβληθούν με μη αξιόπιστους οικονομικούς φορείς, αφετέρου δε αποτρέπουν τους οικονομικούς φορείς από το να ενεργούν αντίθετα από την επαγγελματική πίστη. Επομένως, το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων αποκτά και έναν κοινωνικό χαρακτήρα, καθώς δεν επιτρέπει την συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς φορέων που υιοθετούν παράνομες πρακτικές κατά την άσκηση των δραστηριοτήτων τους.

Σε κάθε περίπτωση, φαίνεται ορθότερο τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής να σχεδιάζονται πάντοτε με γνώμονα την αρχή της αναλογικότητας, δηλαδή θα πρέπει να είναι ανάλογα με το αντίκειμενο και την αξία της προς ανάθεση σύμβασης. Με τον τρόπο αυτό, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής θα αποτελούν εργαλείο ανάπτυξης του ανταγωνισμού και διεύρυνσης του κύκλου των υποψηφίων αναδόχων. Στο άνοιγμα της αγοράς των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό μπορεί επίσης να συμβάλει

και ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας που επιτρέπει την στήριξη των διαγωνιζομένων στις ικανότητες τρίτων φορέων που δεν συμμετέχουν στον διαγωνισμό.

Η ανάπτυξη του ανταγωνισμού θα ωφελήσει τόσο τον δημόσιο τομέα με την παροχή αναβαθμισμένων και με χαμηλό κόστος υπηρεσιών προς τους πολίτες, όσο και τους οικονομικούς φορείς, παρέχοντας τους κίνητρο και ωθώντας την αγορά προς την ανάπτυξη καινοτόμων προϊόντων και υπηρεσιών.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Αρθρογραφία

- Δανόπουλος, Γ. "Η προσκόμιση πλαστού πιστοποιητικού ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων." *ΘΠΔΔ*, Τεύχος 11 (2015).
- Δετσαρίδης, Χ. "Η εξουσία του εθνικού νομοθέτη σε σχέση με το ενωσιακό δίκαιο να θεσπίζει κριτήρια του ελέγχου καταλληλότητας των υποψηφίων αναδόχων δημοσίων συμβάσεων, ως προς την τέλεση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος: Υπόθεση C-465/11, ΔΕΚ 13-12-2012, Forposta SA." *ΘΠΔΔ*, Τεύχος 3 (2015).
- Παπαθεοδώρου, Ι. "Οι νομολογιακές αρχές που διέπουν την διεξαγωγή των διαγωνισμών του Δημοσίου." *ΘΠΔΔ*, Τεύχος 10-11 (2008).
- Ταμαμίδης, Α. "Η δάνεια εμπειρία-Νομολογιακή αντιμετώπιση." *ΘΠΔΔ*, Τεύχος 7 (2013).
- Τροβά, Ε. "Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων." *ΘΠΔΔ*, Τεύχος 10-11 (2008).

Δημοσιεύσεις Ευρωπαϊκής Ένωσης

- Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Ευρώπη 2020, Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη, Ανακοίνωση της Επιτροπής, COM (2010) 2020 Τελικό.
- Ευρωπαϊκός Κώδικας βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜμΕ στις δημόσιες συμβάσεις, Έγγραφο Εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής, SEC (2008) 2193.
- Πράσινο Βιβλίο, Οι Δημόσιες Συμβάσεις στην Ευρωπαϊκή Ένωση, Κατευθύνσεις και Προβληματισμοί για το Μέλλον, Ανακοίνωση της Επιτροπής, COM (96) 583 Τελικό.
- Πράσινη Βίβλος, σχετικά με τον εκσυγχρονισμό της πολιτικής δημοσίων συμβάσεων της ΕΕ, Προς μία αποτελεσματικότερη ευρωπαϊκή αγορά δημοσίων συμβάσεων, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COM (2011) 15 Τελικό.

Συγγράμματα

- Γέροντας, Α. *Δίκαιο δημοσίων έργων*. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2009.
- Δαγτόγλου, Π. *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*. 4η εκδ. Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1997.
- Κουλουμπίνη, Ε. – Ε., Μάζος, Η., και Κίτσος Ι. *Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016: Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή*. Αθήνα: Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2019.
- Μουκίου, Χ. *Διαφάνεια, Ακεραιότητα & Εντιμότητα στις Δημόσιες Συμβάσεις: Η σταδιακή αφομοίωση του διεθνούς Soft Law σε επίπεδο Δημοσίων Συμβάσεων*. Αθήνα: Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2017.
- Οικονόμου, Μ. *Δημόσιες Συμβάσεις & Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*. Αθήνα: Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2009.
- Ράικος, Δ.. *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*. 2η εκδ. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017.
- Ράικος, Δ., Βλάχου, Ε., και Σαββίδη Ε. *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016: Ερμηνεία κατ' άρθρο*. Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018.