

ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

ΤΜΗΜΑ ΔΙΕΘΝΩΝ, ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΑΙ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ



ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ
ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Της

Δέσποινας Σπ. Κώτση

με θέμα:

*«Η Διακριτική ευχέρεια – το Περιθώριο εκτίμησης
των Αναθετουσών Αρχών
στην απονομή δημοσίων συμβάσεων
κατά το δίκαιο της Ε.Ε.»*

Επιβλέπων Καθηγητής: κος Χαρίσιος Ταγαράς

Αθήνα, Δεκέμβριος 2017

Περιεχόμενα

1. Πρόλογος	3
2. Εισαγωγική Ενότητα	
α) Η Έννοια της Διακριτικής Ευχέρειας	4
β) Ενδεικτικώς η έννοια της Διακριτικής Ευχέρειας εγκατεσπαρμένη στην ενωσιακή νομοθεσία για τις δημόσιες συμβάσεις	11
3. Βασική Ενότητα:	
Η Νομολογιακή Προσέγγιση της έννοιας της Διακριτικής Ευχέρειας στο καθεστώς απονομής Δημοσίων Συμβάσεων (Ειδικά Ζητήματα Διακριτικής Ευχέρειας)	
α) Παράμετροι της διαδικασίας Ανάθεσης	
1. Δυνατότητα ερμηνευτικής συναγωγής Υποχρέωσης προς πλήρωση	16
2. Δυνατότητα Θεραπείας ελλείψεως Στοιχείων μετά τη λήξη της Προθεσμίας	23
3. Δυνατότητα Ex Post αξιολόγησης πρότερα υποβληθέντων δεδομένων	28
4. Παραδοχή από το ΔΕΕ εξαντλητικής απαρίθμησης λόγων αποκλεισμού – Διακριτική Ευχέρεια των Αναθετουσών Αρχών προς τούτο χάριν Γενικών Σκοπών	31
5. Δημοσιοποίηση Μεθόδου Αξιολόγησης προσφορών	37
6. Μη Καθορισμός Ημερομηνίας Παράδοσης	44
β) Ο καθορισμός των κριτηρίων Ανάθεσης	
7. Δυνατότητα Μεταγενεστέρου προσδιορισμού Κριτηρίων Ανάθεσης	45
8. Χρησιμοποίηση «καθαρών» ποιοτικών δεδομένων ως Κριτηρίων Ανάθεσης	50
9. Συμπερίληψη Οικολογικών χαρακτηριστικών στο κριτήριο της ΜΕΑΤ	57
10. Συνεκτίμηση Περιβαλλοντικών Κριτηρίων ενόψει Αρχής της Ίσης Μεταχείρισης	65
11. Καθορισμός Βαρύτητας Μη Οικονομικών Κριτηρίων	70
12. Καθορισμός Μη Οικονομικών Κριτηρίων άνευ δυνατότητας Επαλήθευσης	71
13. Συνεκτίμηση «Κοινωνικών Κριτηρίων»	73
4. Συμπεράσματα	80
5. Βιβλιογραφία	82

1. ΠΡΟΛΟΓΟΣ

«Σε ένα περιβάλλον πολύ περίπλοκο ώστε να μπορεί να απομειωθεί σε απλούς κανόνες ή σε ένα που αλλάζει πιο γρήγορα από ό, τι οι κανόνες μπορούν να αλλάξουν, ένα σύστημα λήψης αποφάσεων που εξαρτάται από κανόνες προκαλεί καταστροφή ...

Το πρόβλημα με το τρέχον σύστημα είναι ότι οι δημόσιοι υπάλληλοι δεν μπορούν να χρησιμοποιήσουν την κοινή λογική και την ορθή κρίση με τρόπους που θα προωθούσε την καλύτερη απόδοση του πωλητή.

Πιστεύω ότι το σύστημα θα πρέπει να απορθημιστεί σημαντικά, ώστε οι δημόσιοι υπάλληλοι να έχουν μεγαλύτερη διακριτική ευχέρεια. Πιστεύω ότι η ικανότητα άσκησης διακριτικής ευχέρειας θα επιτρέψει στην κυβέρνηση να αποκτήσει μεγαλύτερη αξία από τις δημόσιες συμβάσεις».

- - Steven Kelman, *Procurement and Public Management: The fear of Discretion and the Quality of Government Performance*

Περίληψη

Στην παρούσα μελέτη επιχειρείται η αποτύπωση περιπτώσεων ενδεικτικών διακριτικής ευχέρειας στο πλαίσιο απονομής των δημοσίων συμβάσεων του ενωσιακού δικαίου. Η έννοια της ευχέρειας της διοικητικής εξουσίας έχει ειπωθεί ότι είναι «υφασμένη στον αργαλειό του Συντάγματος» και διαπιστώνουμε ότι διατείνεται χάριν της αποτελεσματικότητας και της οικονομίας της διαδικασίας ανάθεσης. Το ίδιο το ΔΕΕ αναγνωρίζει ευρύτητα εκτίμησης στα θεσμικά όργανα, η οποία ενίοτε αντιπαλεύει με την αρχή της Νομιμότητας. Ο δικαστικός έλεγχος ποικίλει ως προς τα περιθώρια που αφήνει στις αναθέτουσες αρχές και θέτει ως όριο την πρόδηλη υπέρβαση των άκρων ορίων. Καθοριστική είναι η συμβολή του Δικαστηρίου στην επικύρωση των «οριζόντιων» πολιτικών στόχων της Ένωσης. Η διαπλαστική αλκή που επιδεικνύει εξισσοροπεί έντεχνα τα συμφέροντα του συνόλου κοινωνίας και πολιτών και των υποψηφίων αναδόχων παράλληλα.

Λέξεις-κλειδιά: διακριτική ευχέρεια, αναθέτουσα αρχή, ΔΕΕ, γενικές αρχές

Abstract

This study attempts to capture indicative cases of discretion in the award of public procurement contracts under Union law. The notion of administrative authority has been said to be "woven into the fabric of the Constitution" and we find that it claims for the efficiency and economy of the awarding process. The CJEU itself recognizes the institutions' wide discretion, which sometimes runs counter to the principle of legality. Judicial control varies as regards the margins left to the contracting authorities and sets as a limit the apparent margin overruns. The Court's contribution to the validation of the Union's "horizontal" policy objectives is decisive. The formative power that the Court reveals deliberately balances the interests of society-citizens as a whole and of the contractors in parallel.

Keywords: *discretion, contracting authority, CJEU, general principles*

2. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ ΕΝΟΤΗΤΑ

α) Η Έννοια της Διακριτικής Ευχέρειας

Ως προκαταρκτική διατύπωση και αποτύπωση της έννοιας της διακριτικής ευχέρειας θα επιλέξουμε μία ρήση του Denis Galligan, ο οποίος επισημαίνει πως έχει επακριβώς καταδειχθεί ότι: «η διακριτική ευχέρεια δεν είναι ένας σαφής και τεχνηέντως τοποθετημένος όρος, με ένα διακανονισμένο νόημα, ούτε βέβαια είναι μία σύλληψη που όταν την εντοπίζουμε οδηγεί σε σταθερές συνέπειες»¹. Ο Λόρδος Diplock στην απόφαση *Tameside*² λέει: «η βαθεία ουσία της διακριτικής ευχέρειας περιλαμβάνει ένα δικαίωμα επιλογής μεταξύ περισσοτέρων από ένα σχεδίου δράσης, σύμφωνα με το οποίο υπάρχει χώρος για σώφρονες ανθρώπους να προτείνουν διαφορετικές απόψεις περί της προσφορότερης λύσης».³ Σε ένα δοκίμιο του ο Δικαστής Smith⁴, διακρίνει μεταξύ δύο κατηγοριών πράξεων της εκτελεστικής εξουσίας: “decisions of will” και “decisions of logic”. Θα λέγαμε ότι έχουμε από την μία πράξεις που εμπεριέχουν έντονο το βουλευτικό στοιχείο ή ακόμη... την σκοπιμότητα, ενώ από την άλλη βρίσκονται οι πράξεις με το λογικό στοιχείο ενσωματωμένο. Οι πράξεις σκοπιμότητας είναι ακραιφνώς πολιτικές και δημοκρατικές στην φύση τους και είναι τυπικώς υποκειμενικές. Συνήθως δεν υπάρχει σωστή απάντηση στο αιτητικό του υπόβαθρο. Είναι επί παραδείγματι όπως αν ερωτάσαι αν ο φράχτης γύρω από την πόλη θα πρέπει να βαφτεί γαλάζιος ή λευκός. Κατά τον Smith, αυτό το σκεπτικό είναι που συνοψίζει την έννοια της Διακριτικής Ευχέρειας. Στον αντίποδα, είναι οι «έλλογες αποφάσεις» που γίνονται σε αντικειμενική βάση, όπως για παράδειγμα αν ένα άτομο έχει φθάσει σε ώριμη για τον νόμο ηλικία ψήφου.⁵ Εκτός αυτού, είναι η διακριτική ευχέρεια ένας μηχανισμός πολύ σημαντικός για την επιτυχημένη χάραξη της πολιτικής και είναι πάντοτε «υφασμένη στον αργαλειό του Συντάγματος»⁶ ως ένας τρόπος διάχυσης εξίσου της εξουσίας και των αντικρουόμενων συμφερόντων (Bryner 1987). Σύμφωνα με τον Martin Shapiro (1984), οι διοικητικοί δρώντες είναι «συμπληρωματικοί νομοπαραγωγοί»⁷ που στοχεύουν να

¹ D. Galligan, “Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion”, Clarendon Press, Oxford, 1990, σελ. 54: όπως αναφέρεται στο άρθρο “State Discretion as a Paradox of EU Evolution”, M. Forowicz, European University Institute, Florence, Max Weber Programme, EUI Working Paper MWP 2011/27, σελ. 1, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18835/MWP_Forowicz_2011_27.pdf?sequence=1&isAllowed=y, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

² Απόφαση Secretary of State for Educ. And Science v. Tameside Metropolitan Borough Council, 1977: “The very concept of administrative discretion involves a right to choose between more than one possible course of action upon which there is room for reasonable people to hold differing opinions as to which is to be preferred”

³ J. H. Grey, “Discretion in Administrative Law”, Osgoode Hall Law Journal, 17.1, 1979, σελ. 107, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2069&context=ohlj>, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

⁴ Ο Loren A. Smith (γεννημένος στις 22 Δεκεμβρίου 1944 στο Σικάγο, Ιλινόις) είναι αμερικανός ομοσπονδιακός δικαστής στο αμερικανικό δικαστήριο, ο οποίος διορίστηκε δικαστής από τον Ρόναλντ Ρέιγκαν στις 11 Ιουλίου, 1985 και εισήλθε στο καθήκον στις 12 Σεπτεμβρίου 1985. Πηγή: Wikipedia

⁵ R. M. Levin, “Administrative Discretion, Judicial Review, and the Gloomy World of Judge Smith”, Duke Law Journal, 1986, σελ. 259, διαθέσιμο εδώ: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.gr/&httpsredir=1&article=2942&context=dj>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

⁶ “woven into the fabric of the Constitution”, στο “A Positive Theory of Bureaucratic Discretion as Agency Choice”, G. A. Krause, σελ. 2, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://www.isr.umich.edu/cps/pewpa/archive/archive_00/20000006.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

⁷ “supplementary lawmakers”, στο “A Positive Theory of Bureaucratic Discretion as Agency Choice”, G. A. Krause, σελ. 2, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://www.isr.umich.edu/cps/pewpa/archive/archive_00/20000006.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

απλώσουν την νομοθετική βούληση μέσω των αποφάσεων και των ερμηνειών των κανόνων δικαίου.⁸

Αρχικώς, θα εντοπίσουμε σε αποφάσεις του ίδιου του Δικαστηρίου της Ε.Ε. την διακριτική ευχέρεια ως αυτονόητη αναγνώριση, ιδίως όταν υπάρχει συσχέτιση με οικονομικού χαρακτήρα πολιτικές επιλογές. Παρατηρούμε λοιπόν, τα κάτωθι:

«Το καθεστώς το οποίο έχει καθιερώσει το Δικαστήριο βάσει του άρθρου 215 της Συνθήκης, ειδικά όσον αφορά την ευθύνη εκ κανονιστικών πράξεων, λαμβάνει ιδίως υπόψη την πολυπλοκότητα των προς ρύθμιση καταστάσεων, τις δυσχέρειες εφαρμογής ή ερμηνείας των διατάξεων και, ειδικότερα, τα περιθώρια εκτιμήσεως που διαθέτει η εκδίδουσα την αμφισβητούμενη πράξη αρχή. Η νομολογία του Δικαστηρίου η σχετική με την εξωσυμβατική ευθύνη της Κοινότητας αναπτύχθηκε λαμβάνοντας ακριβώς υπόψη την ευρεία διακριτική ευχέρεια την οποία διαθέτουν τα θεσμικά όργανα κατά την εφαρμογή της κοινοτικής πολιτικής στους διαφόρους τομείς, ιδίως προκειμένου περί κανονιστικών πράξεων που ενέχουν επιλογή οικονομικής πολιτικής. Αυτή, πράγματι, η αντίληψη, που περιορίζει την ευθύνη της Κοινότητας εκ της ασκήσεως των κανονιστικών της αρμοδιοτήτων, εξηγείται από τη σκέψη αφενός μεν ότι η άσκηση της νομοθετικής εξουσίας, ακόμη και στις περιπτώσεις όπου υφίσταται δικαστικός έλεγχος των πράξεων της, δεν πρέπει να παρεμποδίζεται από το ενδεχόμενο αγωγών αποζημιώσεως κάθε φορά που το γενικό συμφέρον της Κοινότητας επιτάσσει τη θέσπιση κανονιστικών μέτρων δυναμένων να θίξουν ιδιωτικά συμφέροντα, αφετέρου δε ότι, με δεδομένη την I-1147 ΑΠΟΦΑΣΗ της 5.3.1996 — ΣΥΝΕΚΔΙΚΑΣΘΕΙΣΕΣ ΥΠΟΘΕΣΕΙΣ C-46/93 και C-48/93 ευρεία διακριτική ευχέρεια που χαρακτηρίζει την — απαραίτητη για την εφαρμογή κοινοτικής πολιτικής — άσκηση της κανονιστικής εξουσίας, ευθύνη της Κοινότητας μπορεί να ανακύψει μόνον αν το αρμόδιο θεσμικό όργανο έχει υπερβεί κατά τρόπο πρόδηλο και σοβαρό τα όρια που επιβάλλονται στην άσκηση των εξουσιών του (απόφαση της 25ης Μαΐου 1978, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 και 40/77, HNL κ.λπ. κατά Συμβουλίου και Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 381, σκέψεις 5 και 6).»⁹

Διαχωρισμός¹⁰ θα πρέπει να γίνει ανάμεσα στις έννοιες διακριτική ευχέρεια και περιθώριο εκτίμησης, ο οποίος δεν είναι ιδιαίτερα ευκρινής. Για λόγους επιστημονικής αλήθειας θα πρέπει να προχωρήσουμε σε αυτήν την διαφοροποίηση, εφόσον αυτό υποδεικνύεται τόσο από την θεωρία όσο και από την νομολογία του δικαστηρίου της Ε.Ε., όπως θα δούμε παρακάτω. Η γερμανική θεωρία λοιπόν, των αόριστων νομικών εννοιών (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) ξεχωρίζει με σαφήνεια το περιθώριο εκτίμησης (*Beurteilungsspielraum*) που εκκινάται ακριβώς από τις αόριστες νομικές συλλήψεις, από την διακριτική εξουσία (*Ermessensspielraum*). Λεκτέο είναι το εξής: οι δύο ιδέες διαφέρουν και δεν αντιστοιχίζονται στην ίδια λειτουργία του διοικητικού οργάνου. Από τη μία, οι αόριστες νομικές έννοιες συνεπάγονται μία κρίση ή εκτίμηση ή ακόμη ερμηνεία των ίδιων των εννοιών –ενίοτε ερμηνεία πραγματολογικών πληροφοριών και ερμηνεία εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου-, ενώ από την άλλη η διακριτική εξουσία αφορά στην εμφατική δήλωση ορισμένης επιλογής, αφορά την ελευθερία ενεργείας και ενάσκησής βούλησης, π.χ. επί σχεδιασμού και εφαρμογής. Το ΔΕΚ ήδη στην υπόθεση *BP Chemicals Ltd v Commission of the European Communities*¹¹ διέκρινε ανάμεσα στο περιθώριο εκτίμησης και το περιθώριο διακριτικής ευχέρειας. Η διαφορά αφορούσε το άρθρο 8 (2) της οδηγίας 92/81/CEE. Η Επιτροπή είχε αποφασίσει ότι η ενίσχυση που δόθηκε

⁸ G. A. Krause, "A Positive Theory of Bureaucratic Discretion as Agency Choice", σελ. 2-3, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://www.isr.umich.edu/cps/pewpa/archive/archive_00/20000006.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

⁹ Απόφαση *Bracherie du Pecheur*, C-46/93, σκέψεις 43-45. Βλ. και απόφαση *Factortame*, C-48/93.

¹⁰ M. Forowicz, "State Discretion as a Paradox of EU Evolution", European University Institute, Florence, Max Weber Programme, EUI Working Paper MWP 2011/27, σελ. 25-26, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18835/MWP_Forowicz_2011_27.pdf?sequence=1&isAllowed=y, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

¹¹ Απόφαση T-184/97.

στην Γαλλία δυνάμει της οδηγίας ήταν συμβατή με το δίκαιο της κοινής αγοράς. Το Πρωτοδικείο όμως δεν συμμερίστηκε την απόφαση και αποφάσισε να την ακυρώσει. Η όλη διαφορά έγκειτο στην έκφραση «*πilotικά προγράμματα για την τεχνολογική ανάπτυξη περισσότερο φιλικών προς το περιβάλλον προϊόντων*»¹². Είπε το δικαστήριο ότι είναι άλλο το διακριτικό περιθώριο που δίνεται από την Επιτροπή στα κράτη-μέλη προκειμένου να εφαρμόσουν την έννοια *πilotικά προγράμματα για την τεχνολογική ανάπτυξη περισσότερο φιλικών προς το περιβάλλον προϊόντων της Οδηγίας*, και διαφορετικό το διακριτικό περιθώριο που αποδίδεται στην ίδια την Επιτροπή από την νομοθεσία του άρθρου 93 της Συνθήκης προκειμένου η τελευταία να προσδιορίσει σε ποιο βαθμό η κρατική ενίσχυση είναι συμβατή με την κοινή αγορά υπό το πνεύμα του 92 της Συνθήκης. Η Επιτροπή λοιπόν υπό τα προηγούμενα άρθρα είχε το περιθώριο διακριτικής εκτίμησης των περίπλοκων οικονομικών και κοινωνικών συνθηκών. Και παρά το γεγονός ότι το δικαστήριο χρησιμοποίησε την έννοια περιθώριο διακριτικής ευχέρειας, κατ' ουσία διαφοροποίησε τις δύο έννοιες: υπήρχε λοιπόν ουσιαστική διαφορά ανάμεσα στην διακριτική ευχέρεια της Επιτροπής να αποφασίσει επί της συμβατότητας της χορηγηθείσης κρατικής ενίσχυσης και της ερμηνείας (περιθώριο εκτίμησης) από τα κράτη-μέλη της αόριστης νομικής έννοιας. Είναι αξιοσημείωτο εδώ ότι βήμα μέλλεται να δοθεί στο περιθώριο εκτίμησης παρά στην διακριτική ευχέρεια, αφού η τελευταία «*είναι βέβαιο να μειωθεί σημαντικά μόλις συσταθεί ένα σώμα προηγούμενων που θα καταστήσει ικανά τα χρησιμοποιηθέντα κριτήρια να ταυτολογηθούν και να κατηγοριοποιηθούν συστηματικά και δη να είναι γνωστά εκ των προτέρων*»¹³. Παρ' όλα αυτά, η διάκριση θα μπορούσε να θεωρηθεί τεχνητή, εφόσον οι δύο ξεχωριστές διαδικασίες που περιγράφηκαν ενίοτε συμβαίνουν ταυτοχρόνως. Γι' αυτό θα λέγαμε ότι πρόκειται για μία ενιαία έννοια, την διακριτική ευχέρεια, που είναι στην φύση της υβριδική. Παρακάτω θα δούμε την εξέλιξη αυτής της έννοιας στα επιμέρους συστήματα δικαίου, καθόσον αυτό που μας ενδιαφέρει είναι ο πυρήνας της σημασίας της.

Σύμφωνα με το γερμανικό νομικό δόγμα¹⁴, η έννοια της διακριτικής ευχέρειας είναι αρκετά περίπλοκη αλλά αναλύσιμη σε βάθος. Στην Γερμανία, το εύρος της διακριτικής ευχέρειας που απολαμβάνει η δημόσια διοίκηση είναι αρκετά πιο στενό εν συγκρίσει προς τις υπόλοιπες ευρωπαϊκές χώρες. Αυτή η διστακτικότητα των Γερμανών να αναγνωρίσουν ευρεία ευχέρεια διακρίσεως στην δημόσια διοίκηση έχει τις ρίζες της στο ναζιστικό παρελθόν της χώρας. Μετά τον πόλεμο, θα δούμε να αναδύεται η έννοια του *Rechtsstaat* και να δίδεται πολύ μεγάλη έμφαση στον δικαστικό έλεγχο της διακριτικής ευχέρειας. Ενώ λοιπόν, στα άλλα ευρωπαϊκά κράτη τα δικαστήρια αναγνωρίζουν ευχέρεια στην διοίκηση όχι αποκλειστικά και μόνον όταν αυτό προβλέπεται ρητώς αλλά και όταν το νομοθετικό κείμενο παρέχει συγκεκριμένες γενικές και αόριστες έννοιες-νόρμες, των οποίων η εφαρμογή απαιτεί εξειδικευμένη γνώση (βλ. περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων όπως θα δούμε παρακάτω), το γερμανικό δίκαιο παρ' όλα αυτά διαθέτει πολύ στενό το περιθώριο διακριτικής εκτίμησης. Δεν μπορεί επί παραδείγματι, η Διοίκηση να εξειδικεύσει κατά το δοκούν ή να αξιολογήσει

¹² "pilot projects for the technological development of more environmentally-friendly products".

¹³ "...is bound to be significantly reduced as soon as there is a body of precedents enabling the criteria used to be identified and systematically categorized and thus to be known in advance", αποφάσεις Raija-Liisa Jokela και Laura Pitkaranta, C-9/97 & C-118/97, στο άρθρο "State Discretion as a Paradox of EU Evolution", M. Forowicz, European University Institute, Florence, Max Weber Programme, EUI Working Paper MWP 2011/27, σελ. 26, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18835/MWP_Forowicz_2011_27.pdf?sequence=1&isAllowed=y, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

¹⁴ M. Forowicz, "State Discretion as a Paradox of EU Evolution", European University Institute, Florence, Max Weber Programme, EUI Working Paper MWP 2011/27, σελ. 5, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18835/MWP_Forowicz_2011_27.pdf?sequence=1&isAllowed=y, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

περίπλοκα σύνολα δεδομένων γεγονότων ή ακόμα να προγνώσει βάσει του εκάστοτε αόριστου νομοθετικού ερείσματος μελλοντικές εξελίξεις δυνάμει της αποφασιστικής της αρμοδιότητας. Για να γίνει πιο καθαρή η διάσταση αυτή του γερμανικού δικαίου, πρέπει να δούμε τις διάφορες διακρίσεις που ενυπάρχουν σε αυτό και ειδικά στην έννοια της Διοικητικής Πράξης, η οποία δεν είναι αδιαίρετη. Συγκεκριμένα, υπάρχει αρχικά η *Tatbestand* (συστατικά στοιχεία μιας διάταξης), έπειτα η *Subsumtion* (η εφαρμογή των ερμηνευμένων εννοιών σε συγκεκριμένα γεγονότα) και η *Rechtsfolge* (η εκτίμηση και ο καθορισμός ενός συγκεκριμένου νομικού αποτελέσματος). Η εφαρμογή της διακριτικής ευχέρειας λαμβάνει χώρα σε αυτό το τελευταίο στάδιο της διοικητικής πράξης. Ως προς την ίδια την διακριτική ευχέρεια, βλέπουμε μερικότερα είδη αυτής μέσα στο γερμανικό δίκαιο:

- α) *Ermessensspielraum* (περιθώριο διακριτικής ευχέρειας γενικά)
- β) *EntschlieBungsmessen* (η απόφαση περί την εφαρμογή η μη κάποιας ενέργειας)
- γ) *Auswahlmessen* (επιλογή μεταξύ περισσοτέρων νόμιμων αποφάσεων που οδηγούν στο ίδιο νομικό αποτέλεσμα)
- δ) *Beurteilungsspielraum* (περιθώριο εκτίμησης/αξιολόγησης)
- ε) *unbestimmte Rechtsbegriffe* (εκ του νόμου αποδιδόμενη στις διοικητικές αρχές ελευθερία καθορισμού νοήματος και πεδίου εφαρμογής αόριστων νομικών εννοιών¹⁵)
- στ) *normative Ermächtigunglehre* (θεωρία κανονιστικής εξουσιοδότησης, που ουσιαστικά επιθυμεί να περιορίσει το περιθώριο εκτίμησης/αξιολόγησης στις περιπτώσεις όπου ο αντίστοιχος νόμος ρητά ή σιωπηρά το προβλέπει)

Έτσι, γίνεται δεκτό ότι τα γερμανικά δικαστήρια αναγνωρίζουν την διακριτική ευχέρεια μόνον όταν είναι εμφανικά διατυπωμένη προς τούτο, όταν δηλαδή παρέχεται στην διοίκηση με νομοθετική πρόβλεψη (βλ. ρήμα “may”-ελληνιστί «δύναται» ή κάποιο παρόμοιο εκφραστικό σύνολο) και υποδεικνύει συγκεκριμένο πλάνο δράσης. Αντίθετα, αν ο νομοθέτης δεν χρησιμοποιεί την ειδική αυτή γλώσσα, η κυρίαρχη άποψη είναι ότι ο γενικός κανόνας της νόμιμης δράσης επιβάλλει την μία και μοναδική λύση –η ορθότητα της οποίας αντλείται κατ’ ευθείαν από το *Rechtsstaat*-. Καταλήγει αδιάφορο για το νομικό σύστημα της Γερμανίας πόσο ασαφής και αόριστη μία νομική έννοια ενδέχεται να είναι. Ωστόσο, παραμένει επίσης η προβληματικότητα αυτού του δόγματος διότι η νομοθετική αοριστία μπορεί να είναι ηθελημένη κατά την αναζήτηση της ιστορικής βούλησης του νομοθέτη πάντοτε. Αγνοώντας αυτήν την παράμετρο, μπορούμε να πούμε ότι η γερμανική θεώρηση πάσχει.

Σύμφωνα με την γαλλική θεωρία¹⁶, εδώ κυρίαρχο ρόλο έχει η Αρχή της Νομιμότητας (*Principe de Légalité*) που εκφράζει ιστορικά την δυσπιστία των πολιτών προς την Εκτελεστική Εξουσία, ενώ επισφραγίζει την εμπιστοσύνη στον θεσμό του Κοινοβουλίου που

¹⁵ «Οι αόριστες νομικές έννοιες εξειδικεύουν τους όρους μίας πράξης (*Tatbestand*) και είναι για παράδειγμα: «δημόσια τάξη», «επιβλαβής για το περιβάλλον συνέπεια», «καταλληλότερη διαθέσιμη τεχνική», «σπουδαίος λόγος». Όταν δε είναι εμπειρικά νοήματα από πίσω (βλ. «τοπικό έθιμο») ή έχουν επιστημονικό περιεχόμενο, όπου υπάρχει ομοφωνία, τότε υπόκεινται σε πλήρη δικαστικό έλεγχο και καθορίζονται από την πρότερη νομολογία, παρότι αυτή μπορεί μεταγενεστέρως να προσαρμόζεται.», στο “*Law and administrative discretion in the EU: value of a comparative perspective*”, J. Mendes, σελ. 24, διαθέσιμο εδώ: https://law.yale.edu/system/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mendes_law.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

¹⁶ M. Forowicz, “*State Discretion as a Paradox of EU Evolution*”, European University Institute, Florence, Max Weber Programme, EUI Working Paper MWP 2011/27, σελ. 5-6, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18835/MWP_Forowicz_2011_27.pdf?sequence=1&isAllowed=y, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

προορίζεται να ελέγχει την πρώτη. Επομένως, οι κανόνες δικαίου και αρχές της νομιμότητας τείνουν να περιορίζουν δραστικά την διοικητική διακριτική ευχέρεια ώστε οι αρχές είναι πάντα υποκείμενες στους κανόνες. Πώς είναι νοητή η έννοια της διακριτικής ευχέρειας (*rouvoir discretionnaire*) σε αυτό το πλαίσιο; Νοείται ως η δυνατότητα της διοικητικής αρχής να επιλέξει μεταξύ δύο αποφάσεων ή δύο συμπεριφορών που συμμορφώνονται προς την Αρχή της Νομιμότητας. Εμφιλοχωρεί κατά έναν τρόπο εδώ και η έννοια, θα λέγαμε, μιας έννομης σκοπιμότητας εφόσον επιτρέπεται στην διοίκηση να ενεργήσει με αυτόν ή τον άλλο τρόπο. Αντίθετη της έννοιας της διακριτικής ευχέρειας είναι η δέσμια αρμοδιότητα (*competence liée*), όπου το διοικητικό όργανο υποχρεούται σε ενδεικνυόμενο τρόπο δράσης. Ως προς τον δικαστικό έλεγχο της διοικητικής δράσης, αυτός διαφέρει αναλόγως αν έχει ασκηθεί κατόπιν διακριτικής ευχέρειας –οπότε ο έλεγχος είναι περιορισμένος. Μέσα στα όρια αυτού του περιορισμένου ελέγχου, τα γαλλικά δικαστήρια βασίζονται στην αρχή του πρόδηλου λάθους εκτίμησης, το οποίο έχει προσδιοριστεί ως: “*erreur évidente, invoquée par les parties et reconnue par le juge, et qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé*”. Πρόκειται, δηλαδή, για ένα τόσο εξώφθαλμο λάθος που μπορεί να γίνει διακριτό από έναν μέσο κανονικό άνθρωπο και αυτό το τελευταίο δεδομένο αφήνει μεγάλο εύρος στην εξάσκηση της διακριτικής ευχέρειας.

Μπορούμε να πούμε ότι με την γαλλική θεώρηση δεν ευθυγραμμίζεται ως προς το εύρος της διακριτικής ευχέρειας το αγγλικό νομικό δόγμα¹⁷. Είναι αλήθεια ότι το Κοινοβούλιο αποδίδει εξουσίες στις διοικητικές αρχές που εκ πρώτης όψεως μπορούν να εκληφθούν ως απόλυτες ή αυθαίρετες. Όμως, σε αυτήν ακριβώς την περίπτωση αναλαμβάνουν τα δικαστήρια τον έλεγχο της ενάσκησης αυτών των εξουσιών. Για την ακρίβεια των λεγομένων, έχουν διαμορφώσει σειρά αυστηρών αρχών που απαιτούν οι κανονιστικές εξουσίες να ασκούνται έλλογα και καλή τη πίστη, για κατάλληλους σκοπούς και σε συμμόρφωση με το πνεύμα και το γράμμα των νόμων. Αλλά τα δικαστήρια θα δούμε ότι είναι παράλληλα διστακτικά και σε αυτήν την περίπτωση στον έλεγχο της διακριτικής ευχέρειας και έτσι γαλλική και αγγλική δικαιοσύνη συγκλίνουν στον έλεγχο της ευχέρειας της διοίκησης. Στην υπόθεση *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* ετέθη το όριο της παραλογικότητας (*unreasonableness*) των αποφάσεων δημοσίων οργάνων. Το δικαστήριο είπε ότι δεν θα μπορούσε να ανατρέψει την διοικητική απόφαση απλώς επειδή διαφωνούσε. Προκειμένου να μπορεί να επέμβει διορθωτικά, θα έπρεπε να μην έχουν ληφθεί υπ’ όψιν παράγοντες που θα έπρεπε ή να έχουν υπολογισθεί παράμετροι που δεν θα έπρεπε. Γενικά, το κριτήριο που έθεσε είναι μία διοικητική απόφαση να είναι τόσο παράλογη ώστε καμμία ορθολογική αρχή ποτέ δεν θα σκεφτόταν να εκδώσει μία τέτοια πράξη. Η φράση “*Wednesbury unreasonableness*” επικράτησε για να περιγράψει αυτό το όριο.

Στο ελληνικό δίκαιο, η ανάθεση από τον νόμο διακριτικής εξουσίας στα όργανα της Διοίκησης πραγματοποιείται «*δια της χρήσεως αορίστων εννοιών ή γενικών ρητρών χρηζουσών προσδιορισμού δια της συμπληρώσεως*» [ΣτΕ 2313/1976. Βλ και ΣτΕ 4198, 715/2012, 4028/2011]. Στην κατηγορία των αορίστων εννοιών υπάγονται έννοιες όπως «*δημόσιο συμφέρον*», «*σπουδαίος λόγος*», «*σοβαρός κίνδυνος*», «*αναγκαία μέτρα*», «*επείγουσα και απρόβλεπτη ανάγκη*», «*ηθική και υλική εξύψωση του πληθυσμού*», «*διαταραχή της κοινωνικοοικονομικής ζωής*», «*εύλογος χρόνος*», «*διαζώντως υψηλός βαθμός προσόντων*», «*πρόδηλη υπεροχή υπαλλήλου*». Στις ανωτέρω προστίθενται και οι καλούμενες τεχνικές έννοιες, όπως «*αισθητική αξία κτηρίου*», «*σεισμική αντοχή και στατική επάρκεια*», «*αδήριτη πολεοδομική ανάγκη*», «*επικινδύνως ετοιμόρροπη οικοδομή*» κ.λπ.. Όπως, εξετέθη και παραπάνω η ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας γίνεται στο πλαίσιο πάντα της αρχής της Νομιμότητας και δεν μπορεί να γίνεται αυθαίρετα. Στο θεσμικό κάδρο της σκοπιμότητας που

¹⁷ M. Forowicz, “*State Discretion as a Paradox of EU Evolution*”, European University Institute, Florence, Max Weber Programme, EUI Working Paper MWP 2011/27, σελ. 6-7, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18835/MWP_Forowicz_2011_27.pdf?sequence=1&isAllowed=y , τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

δίνει περισσότερη ή αναλόγως λιγότερη εξουσία εκτίμησης στο διοικητικό όργανο, αυτό ασκεί την αποφασιστική ή γνωμοδοτική του αρμοδιότητα. Το *Rechtsstaat*, δηλαδή το Κράτος Δικαίου ως συνταγματική αρχή εν Ελλάδι δίνει το στήριγμα για την θεμελίωση της διακριτικής ευχέρειας. Το διακριτικό περιθώριο προς τις διοικητικές (και δη τις αναθέτουσες) αρχές αποτελεί επιτακτική αναγκαιότητα γιατί οι κανόνες είναι άκαμπτοι αλλά η πραγματικότητα ζώσα και η κοινωνική παθογένεια απρόβλεπτη. Γι' αυτό ο ελιγμός της δημόσιας διοίκησης κρίνεται απαραίτητος.¹⁸

Πάντως, η αποφασιστική αρμοδιότητα της διοικητικής αρχής που ασκείται κατά την διακριτική ευχέρεια συνιστά «μία λειτουργούσα επιλογή»¹⁹, καθώς λαμβάνει υπ' όψιν σειρά από εσωτερικούς φραγμούς προκειμένου να ικανοποιηθούν οι εκάστοτε κοινωνικές αναγκαιότητες. Σύμφωνα με τον Klatt, η διακριτική ευχέρεια βρίσκεται αγκυροβολημένη στο σύστημα ζύγισης και εξισορρόπησης των νομικών αρχών.²⁰ Σύμφωνα με τον Burke, η ευρεία διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης είναι αναπόδραστο και αναγκαιότατο συστατικό της αποτελεσματικής εφαρμογής της δημόσιας πολιτικής και εμπεδώνει την εμπιστοσύνη στην κυβέρνηση. Με την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας, οι διοικητικές αρχές έχουν την ευκαιρία να προσδιορίσουν με συγκεκριμένο περιεχόμενο την υπεύθυνη δράση, κάτι το οποίο δεν ευνοεί η ακαμψία των κανόνων. Για τον Burke, η διακριτική ευχέρεια είναι που προσδίδει την χρησιμότητα και την δραστικότητα στο νομικό οπλισμό του κράτους. Για την ασφαλή χρήση της ευχέρειας και την αποφυγή κατάχρησης επεσήμανε κάποιες γενικές αρχές ως οδηγό²¹:

«Οι διακριτικές εξουσίες που αναλογούν αναγκαστικά στον μονάρχη, είτε για την εκτέλεση των νόμων, είτε για την υποψηφιότητα στην δικαστική αρχή και το οφίκιο, ή για τη διεξαγωγή των υποθέσεων της ειρήνης και του πολέμου, ή για την παραγγελία των εσόδων, θα πρέπει να ασκούνται με δημόσιες αρχές και με βάση εθνικούς λόγους, και όχι για τα συμφέροντα ή τις προκαταλήψεις, τις ίντριγκες ή τις πολιτικές της αυλής.»²²

Για τον Giannini, η διακριτική ευχέρεια είναι το περιθώριο εκτίμησης που αναβλύζει από την συγκριτική αποτίμηση των δημόσιων και ιδιωτικών συμφερόντων που διαμάχονται σε συγκεκριμένες περιστάσεις. Εκείνο που επιδιώκεται είναι η λύση που εξυπηρετεί καλλίτερα το δημόσιο συμφέρον και οδηγείται από την αξία των νομικών γενικών κανόνων. Το αποφασίζον όργανο όταν ασκεί διακριτική ευχέρεια, λαμβάνει υπ' όψιν όχι μόνο το συμφέρον όπως το

¹⁸ Ε. Πρεβεδούρου, «Δέσμια αρμοδιότητα και διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης (Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 28 και 30-3-2016)», διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.prevedourou.gr>, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

¹⁹ "functionalized choice", στο άρθρο "Reasonableness in Administrative Discretion: a Formal Model", P.L.M. Lucatuorto, The Journal Jurisprudence, 2010, σελ. 634, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.jurisprudence.com.au/juris8/L.pdf>, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

²⁰ P.L.M. Lucatuorto, "Reasonableness in Administrative Discretion: a Formal Model", The Journal Jurisprudence, 2010, σελ. 634, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.jurisprudence.com.au/juris8/L.pdf>, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

²¹ A. Haque, "Ethics and Administrative Discretion in a Unified Administration-A Burkean Perspective", Administration & Society, τεύχος 35, νούμερο 6, Ιανουάριος 2004, σελ. 704-706, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0095399703256775?journalCode=aasb>, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

²² "The discretionary powers which are necessarily vested in the monarch, whether for the execution of the laws, or for the nomination to magistracy and office, or for conducting the affairs of peace and war, or for ordering the revenue, should all be exercised upon public principles and national grounds, and not on the likings or prejudices, the intrigues or policies, of a court.", στο άρθρο "Ethics and Administrative Discretion in a Unified Administration-A Burkean Perspective", A. Haque, Administration & Society, τεύχος 35, νούμερο 6, Ιανουάριος 2004, σελ. 704-706, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0095399703256775?journalCode=aasb>, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.

επιτάσσει ο κανόνας δικαίου ως σκοπό της διοικητικής πράξης (πρωτογενές δημόσιο συμφέρον), αλλά και τα άλλα δημόσια συμφέροντα που επίσης προστατεύονται (δευτερογενή δημόσια συμφέροντα). Γιατί κανένα συμφέρον δεν υπάρχει ανεξάρτητα από τα υπόλοιπα.²³ Θα δούμε ακόμη να αναφέρεται ότι η διακριτική ευχέρεια είναι μία νομική κατασκευή. Στην ουσία, ότι είναι μία εξουσία αποδιδόμενη στα αποφασίζοντα όργανα προκειμένου να διαλέγουν μεταξύ περισσότερων εναλλακτικών συγκεκριμενοποιώντας τους κανόνες δικαίου αποβλέποντας ταυτόχρονα στην υλοποίηση των προγενεστέρως καθορισμένων σκοπών.²⁴ Πάντως, η διακριτική εξουσία των διοικητικών οργάνων είναι η τελευταία *rationale* την οποία μετέρχονται οι δημόσιοι λειτουργοί προκειμένου να υπερασπιστούν την ενάσκηση της αρμοδιότητάς τους μέσα στα όρια του νόμου αλλά ταυτόχρονα εν μέσω δυναμικών εξελίξεων και περιορισμών.²⁵

Καταληκτικά, για να δούμε ξεκάθαρα την βιωσιμότητα και την προοπτική της έννοιας της διακριτικής ευχέρειας στο νομικό μας κόσμο, μπορούμε να αναφέρουμε τι απαντά ο Καθηγητής Davis σε ένα διάσημο έργο του για την διακριτική δικαιοσύνη στα λόγια του William Pitt ότι «εκεί που τελειώνει ο νόμος αρχίζει η τυραννία». Μας συμβουλεύει λοιπόν, ο καθηγητής λέγοντας: «*Νομίζω ότι στο δικό μας σύστημα διακυβέρνησης, εκεί όπου τελειώνει ο νόμος δεν είναι απαραίτητο ότι αρχίζει η τυραννία. Όταν τελειώνει ο νόμος, ξεκινά η διακριτική ευχέρεια και η εξάσκησή της μπορεί να σημαίνει είτε αγαθοεργία είτε να την τυραννία, είτε δικαιοσύνη είτε αδικία, είτε συνετότητα είτε αυθαιρεσία.*»²⁶. Σε αυτό το σημείο, πρέπει να τονιστεί ότι η έκταση στην οποία οι πολιτικοί μας θεσμοί είναι πρόθυμοι να αναγνωρίσουν τους πιθανούς κινδύνους που είναι εγγενείς στην διακριτική ευχέρεια είναι η καλλίτερη απόδειξη της υγείας των ίδιων των θεσμών και των κανόνων που θεσπίζουν.²⁷ Όταν οι θεσμοί είναι ισχυροί, στις αναθέτουσες αρχές –που μας ενδιαφέρουν εν προκειμένω- μπορεί να δοθεί διακριτική ευχέρεια μηχανισμών και διαδικασιών που θα χρησιμοποιήσουν για να διαλέξουν έναν υποψήφιο και να αναθέσουν μία σύμβαση. Αν υπάρχουν ελεγκτικοί μηχανισμοί και δη αυτοέλεγχος που να θεραπεύει τις εσωτερικές αρρυθμίες, η διαφθορά είναι δύσκολο να αναδυθεί.²⁸ Και φυσικά, ασφαλιστική δικλείδα αποτελεί πάντοτε ο δικαστικός έλεγχος, ο οποίος όπως θα αναλυθεί παρακάτω οριοθετεί τις γραμμές της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης με γνώμονα τις θεμελιώδεις αρχές του δικαίου.

²³ J. Mendes, “*Law and administrative discretion in the EU: value of a comparative perspective*”, σελ. 17, διαθέσιμο εδώ:

https://law.yale.edu/system/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mendes_law.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

²⁴ J. Mendes, “*Law and administrative discretion in the EU: value of a comparative perspective*”, σελ. 24, διαθέσιμο εδώ:

https://law.yale.edu/system/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mendes_law.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

²⁵ H.-S. Kang, “*Administrative Discretion in the Transparent Bureaucracy*”, *Public Administration Quarterly*, 2005, σελ.162, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.questia.com/library/journal/1P3-947389281/administrative-discretion-in-the-transparent-bureaucracy>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

²⁶ Davis, “*Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*”, 1969, στο “*Administrative Discretion and Current Judicial Activism*”, H. L. Molot, *Ottawa Law Review*, σελ. 360, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca.ottawa-law-review/files/16_11ottawalrev3371979.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

²⁷ H. L. Molot, “*Administrative Discretion and Current Judicial Activism*”, *Ottawa Law Review*, σελ. 360, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca.ottawa-law-review/files/16_11ottawalrev3371979.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

²⁸ E. Chong, M. Klien, S. Saussier, “*The Use and Abuse of Discretionary Procurement Procedures: Evidence from the European Union*”, 28 Φεβρουαρίου 2016, Norton Rose Fulbright, σελ. 8, διαθέσιμο εδώ: <http://chaire-eppp.org/wp-content/uploads/2016/05/Chong-Klien-Saussier-2016-the-use-and-abuse-of-discretionary-award-procedures.pdf>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

β) Ενδεικτικώς η έννοια της Διακριτικής Ευχέρειας εγκατεσπαρμένη στην ενωσιακή νομοθεσία για τις δημόσιες συμβάσεις

Ανασκοπώντας τις πιο πρόσφατες Οδηγίες της Ε.Ε. και ιδιαίτερωσ την οδηγία 2014/24/ΕΕ²⁹, βρίσκουμε πλήθος παραδειγμάτων που αφορούν στην δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να εξειδικεύει έννοιες και να διαθέτει περιθώριο εκτίμησης ως προς την ανάγκη και/ή τον τρόπο ενεργείας της.

Ενδεικτικώς:

1. «Τα κράτη μέλη και οι δημόσιες αρχές διατηρούν τη δυνατότητα να παρέχουν οι ίδιες τις εν λόγω υπηρεσίες ή να οργανώνουν τις κοινωνικές υπηρεσίες **κατά τρόπο που δεν απαιτεί τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων**, επί παραδείγματι απλώς χρηματοδοτώντας τις εν λόγω υπηρεσίες ή χορηγώντας άδειες εκμετάλλευσης ή άλλες άδειες **σε όλους τους οικονομικούς φορείς που πληρούν τα κριτήρια τα οποία έχουν οριστεί εκ των προτέρων από την αναθέτουσα αρχή**, χωρίς περιορισμούς ή ποσοτώσεις, εφόσον το εν λόγω σύστημα διασφαλίζει επαρκή δημοσιοποίηση και συμμορφώνεται με τις αρχές της διαφάνειας και της αποφυγής των διακρίσεων.» (Προοίμιο 114 τελευταία Παράγραφος: αναφέρεται σε ορισμένες κατηγορίες υπηρεσιών που εξακολουθούν λόγω της φύσης τους να έχουν περιορισμένη διασυνοριακή διάσταση, όπως ορισμένες κοινωνικές, υγειονομικές και εκπαιδευτικές)
2. «Τα κράτη μέλη μπορούν να παραχωρούν κατ' αποκλειστικότητα το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασίες δημόσιων προμηθειών **σε προστατευόμενα εργαστήρια και οικονομικούς φορείς που έχουν ως κύριο σκοπό την κοινωνική και επαγγελματική ένταξη προσώπων με αναπηρία ή μειονεκτούντων προσώπων** ή να προβλέπουν την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών στο πλαίσιο προγραμμάτων προστατευόμενης απασχόλησης, εφόσον περισσότεροι από τουλάχιστον 30 % των εργαζομένων στα εργαστήρια, τους οικονομικούς φορείς ή τα προγράμματα αυτά είναι εργαζόμενοι με αναπηρία ή μειονεκτούντες εργαζόμενοι.» (άρθρο 20, παρ.1 - Συμβάσεις ανατιθέμενες κατ' αποκλειστικότητα)
3. «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να μην αναθέσουν σύμβαση στον προσφέροντα ο οποίος υποβάλλει την οικονομικώς περισσότερο συμφέρουσα προσφορά, όταν διαπιστώνουν ότι **η προσφορά δεν τηρεί τις ισχύουσες υποχρεώσεις που προβλέπονται στο άρθρο 18 παράγραφος 2.**» (άρθρο 56, παρ.1 – Γενικές αρχές)
4. «Στις ανοικτές διαδικασίες, οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αποφασίζουν να εξετάσουν τις προσφορές **πριν από την επαλήθευση της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής**, σύμφωνα με τα άρθρα 57 έως 64. Όταν κάνουν χρήση της δυνατότητας αυτής, εξασφαλίζουν ότι η επαλήθευση απουσίας των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής πραγματοποιείται κατά τρόπο αμερόληπτο και διαφανή ώστε να μην έχει ανατεθεί σύμβαση σε προσφέροντα που θα έπρεπε να είχε αποκλειστεί σύμφωνα με το άρθρο 57 ή δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής που έχει καθορίσει η αναθέτουσα αρχή.» (άρθρο 56, παρ.2 – Γενικές αρχές)

²⁹ http://www.eaadhsy.gr/images/docs/20140226-OdigiaEE_2014_24.pdf

5. «Τα κράτη μέλη **μπορούν** να αποκλείουν τη χρήση της διαδικασίας του πρώτου εδαφίου ή να την περιορίζουν σε ορισμένα είδη προμηθειών ή σε ειδικές περιπτώσεις.» (άρθρο 56, παρ.2 – Γενικές αρχές)
6. «Όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν** —εφόσον δεν ορίζεται άλλως από την εθνική νομοθεσία με την οποία εφαρμόζεται η παρούσα οδηγία— να ζητούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός εύλογης προθεσμίας υπό την προϋπόθεση ότι τα σχετικά αιτήματα υποβάλλονται τηρουμένων απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.» (άρθρο 56, παρ.3 – Γενικές αρχές)
7. «**Αποκλείεται** από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας 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 νομικές διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή με τις νομικές διατάξεις του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής.» (άρθρο 57, παρ.2 – Λόγοι αποκλεισμού)

Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή **μπορεί** να αποκλείει ή να υποχρεώνεται από τα κράτη μέλη να αποκλείει οποιονδήποτε οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας, εάν 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.» (άρθρο 57, παρ.2 – Λόγοι αποκλεισμού - παρατίθενται και τα δύο χωρία ώστε να καταδειχθεί πως ενώ εισαγωγικά της παραγράφου ο ενωσιακός νομοθέτης δεν αφήνει περιθώριο παρέκκλισης από τον αποκλεισμό, επιγενομένως προσδίνει στην αναθέτουσα αρχή την ευχέρεια να εκτιμήσει σχετικά)

8. «Τα κράτη μέλη **μπορούν** να προβλέπουν παρέκκλιση από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στις παραγράφους 1 και 2 κατ' εξαίρεση, για επιτακτικούς λόγους δημόσιου συμφέροντος, όπως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος.» (άρθρο 57, παρ.3 – Λόγοι αποκλεισμού)

«Τα κράτη μέλη **μπορούν**, επίσης, να προβλέπουν παρέκκλιση από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στην παράγραφο 2, όταν ο αποκλεισμός θα ήταν σαφώς **δυσανάλογος**, ιδίως όταν μόνο μικρά ποσά των φόρων ή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν έχουν καταβληθεί ή όταν ο οικονομικός φορέας ενημερώθηκε σχετικά με το ακριβές ποσό που οφείλεται λόγω αθέτησης των υποχρεώσεών του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σε χρόνο κατά τον οποίο δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει μέτρα, σύμφωνα με την παράγραφο 2 τρίτο εδάφιο, πριν από την εκπνοή της προθεσμίας αίτησης συμμετοχής ή, σε ανοικτές διαδικασίες, της προθεσμίας υποβολής προσφοράς.» (άρθρο 57, παρ.3 – Λόγοι αποκλεισμού)

9. «Οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν** να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας οποιοδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...]» (άρθρο 57, παρ.4 – Λόγοι αποκλεισμού)

10. «Παρά το στοιχείο β) του πρώτου εδαφίου, τα κράτη μέλη **δύνανται** να απαιτήσουν, ή να προβλέψουν τη δυνατότητα να μην αποκλείεται από την αναθέτουσα αρχή ένας οικονομικός φορέας ευρισκόμενος σε μια των καταστάσεων του προαναφερθέντος σημείου, ***όταν η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας δύναται να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψιν την εφαρμοστέα εθνική νομοθεσία και μέτρα σχετικά με τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας στις καταστάσεις του στοιχείου β).***» (άρθρο 57, παρ.4 – Λόγοι αποκλεισμού)
11. «Τα κριτήρια επιλογής **μπορεί** να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας· β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια· γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.» (άρθρο 58, παρ.1 – Κριτήρια επιλογής)
- «Οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν** να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.» (άρθρο 58, παρ.1 – Κριτήρια επιλογής)
12. «Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν** να απαιτούν από τους ***οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο παράρτημα XI ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο παράρτημα αυτό.***» (άρθρο 58, παρ.2 – Κριτήρια επιλογής)
- «Στις διαδικασίες προμήθειας υπηρεσιών, εφόσον οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ειδική έγκριση ή να είναι μέλη συγκεκριμένου οργανισμού για να μπορούν να παράσχουν τη σχετική υπηρεσία στη χώρα καταγωγής τους, η αναθέτουσα αρχή **μπορεί** να τους ζητεί ***να αποδείξουν ότι διαθέτουν την έγκριση αυτή ή ότι είναι μέλη του εν λόγω οργανισμού.***» (άρθρο 58, παρ.2 – Κριτήρια επιλογής)
13. «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν** να επιβάλλουν υποχρεώσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την ***αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης.*** Για τον σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν** να απαιτούν, ειδικότερα, από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν** να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, φερ' ειπείν, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. **Μπορούν** επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων.» (άρθρο 58, παρ.3 – Κριτήρια επιλογής)
14. «Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν** να επιβάλλουν υποχρεώσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους ***αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την πείρα για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.***» (άρθρο 58, παρ.4 – Κριτήρια επιλογής)

«Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν, ειδικότερα, από τους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειριών, αποδεικνύόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει την αναγκαία επαγγελματική ικανότητα εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης.» (άρθρο 58, παρ.4 – Κριτήρια επιλογής)

15. «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο παράρτημα XII μέρος I.» (άρθρο 60, παρ.3 – Αποδεικτικά μέσα)

«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 κρίνεται κατάλληλο από την αναθέτουσα αρχή.» (άρθρο 60, παρ.3 – Αποδεικτικά μέσα)

16. «Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά από τον οικονομικό φορέα και τους φορείς αυτούς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.» (άρθρο 63, παρ.1 – Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων)

17. «Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης αγαθών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, σε περίπτωση που η προσφορά υποβάλλεται από όμιλο οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 19 παράγραφος 2, από έναν από τους συμμετέχοντες στον όμιλο αυτό.» (άρθρο 63, παρ.2 – Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων)

Καταληκτικώς, ο σπουδαίος προσδιορισμός των κριτηρίων ανάθεσης των συμβάσεων αποτελεί ακρογωνιαίο θεμέλιο διακριτικής ευχέρειας προς τις αναθέτουσες αρχές καθώς εκτός από το δυνητικό ρήμα «μπορεί» (may) εισάγει αρκετές γενικές έννοιες όπως θα δούμε παρακάτω:

18. « Με την επιφύλαξη των εθνικών νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων σχετικά με την τιμή ορισμένων αγαθών ή την αμοιβή ορισμένων υπηρεσιών, οι αναθέτουσες αρχές βασίζουν την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά.» (άρθρο 67, παρ.1 – Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων)

«Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά σύμφωνα με τη γνώμη της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους, με χρήση προσέγγισης αποτελεσματικότητας σε σχέση με το κόστος, όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής, σύμφωνα με το άρθρο 68 και μπορεί να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση τιμής-ποιότητας, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ποιοτικών, περιβαλλοντικών και/ή κοινωνικών πτυχών που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης. Στα κριτήρια αυτά μπορούν να περιλαμβάνονται, φερ' ειπείν: α) η ποιότητα, περιλαμβανομένης της τεχνικής αξίας, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, η προσβασιμότητα, ο σχεδιασμός για όλους τους χρήστες, τα κοινωνικά, περιβαλλοντικά και καινοτόμα χαρακτηριστικά και η εμπορία και οι σχετικοί όροι· β) η οργάνωση, τα προσόντα και η πείρα του προσωπικού στο οποίο ανατίθεται η εκτέλεση της

σύμβασης, αν η ποιότητα του διατεθέντος προσωπικού μπορεί να έχει σημαντική επίδραση στο επίπεδο απόδοσης της σύμβασης, ή γ) η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική βοήθεια, οι όροι παράδοσης, όπως η ημερομηνία παράδοσης, η διαδικασία και η περίοδος παράδοσης, ή η περίοδος εκτέλεσης.» (άρθρο 67, παρ.1 – Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων)

19. «Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να λαμβάνουν υπόψη την ανάγκη διασφάλισης της ποιότητας, της συνέχειας, της δυνατότητας πρόσβασης, του οικονομικά προσιτού χαρακτήρα, της διαθεσιμότητας και της πληρότητας των υπηρεσιών, τις ειδικές ανάγκες των διαφόρων κατηγοριών χρηστών, συμπεριλαμβανομένων των μειονεκτουσών και των ευάλωτων ομάδων, τη συμμετοχή και την ενδυνάμωση των χρηστών και την καινοτομία. Τα κράτη μέλη μπορούν επίσης να προβλέπουν ότι η επιλογή του παρόχου υπηρεσιών γίνεται βάσει της προσφοράς που παρουσιάζει τον καλύτερο λόγο τιμής/ποιότητας, λαμβανομένων υπόψη των κριτηρίων ποιότητας και βιωσιμότητας για τις κοινωνικές υπηρεσίες.» (άρθρο 76, παρ.2 – Αρχές της ανάθεσης συμβάσεων)

Έπειτα βέβαια, από την παράθεση των παραδειγμάτων που βρίσκονται στην κείμενη νομοθεσία της Ε.Ε., η εν λόγω Οδηγία καθιστά σαφή τα όρια της ευχέρειας εκτιμήσεως διαπιστώνοντας ότι:

20. «Τα κριτήρια ανάθεσης δεν έχουν ως αποτέλεσμα την παροχή απεριόριστης ελευθερίας επιλογής στην εν λόγω αναθέτουσα αρχή. Διασφαλίζουν τη δυνατότητα αποτελεσματικού ανταγωνισμού και συνοδεύονται από προδιαγραφές που επιτρέπουν την αποτελεσματική επαλήθευση των πληροφοριών που παρέχονται από τους προσφέροντες, προκειμένου να αξιολογείται ο βαθμός συμμόρφωσής τους προς τα κριτήρια ανάθεσης. Εάν υπάρχουν αμφιβολίες, οι αναθέτουσες αρχές επαληθεύουν αποτελεσματικά την ακρίβεια των πληροφοριών και αποδειξέων τις οποίες παρέχουν οι προσφέροντες.» (άρθρο 67, παρ.4 – Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων)

21. «Η αναθέτουσα αρχή διευκρινίζει στα έγγραφα της προμήθειας τη σχετική στάθμιση που προσδίδει σε καθένα από τα κριτήρια που έχουν επιλεγεί για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, εκτός εάν αυτό καθορίζεται μόνο βάσει της τιμής.» (άρθρο 67, παρ.5 – Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων)

«Η στάθμιση αυτή μπορεί να εκφράζεται με την πρόβλεψη περιθωρίου διακύμανσης με το κατάλληλο μέγιστο εύρος.» (άρθρο 67, παρ.5 – Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων)

«Εάν δεν είναι δυνατή η στάθμιση για αντικειμενικούς λόγους, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει τα κριτήρια με φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας.» (άρθρο 67, παρ.5 – Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων)

3. ΒΑΣΙΚΗ ΕΝΟΤΗΤΑ

Η Νομολογιακή Προσέγγιση της έννοιας της Διακριτικής Ευχέρειας στο καθεστώς απονομής Δημοσίων Συμβάσεων

▪ *Ειδικά Ζητήματα Διακριτικής Ευχέρειας*

Στο συγκεκριμένο σημείο της μελέτης, θα προσέλθουμε σε παραδείγματα από την νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ)/(πρώην ΔΕΚ) για να αντλήσουμε ενδεικτικά περιπτώσεις εφαρμοσμένης διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της εκάστοτε αναθέτουσας διοικητικής αρχής. Η επιμέτρηση της ανεκτής κάθε φορά έκτασής της, όπως θα δούμε, συναρτάται άμεσα από όλο το φάσμα του ευρωπαϊκού δικαίου –ιδιαζόντως δε από τις γενικές αρχές που κατευθύνουν το ίδιο το πνεύμα του.

α) Παράμετροι της διαδικασίας Ανάθεσης

1. Δυνατότητα ερμηνευτικής συναγωγής Υποχρέωσης προς πλήρωση

Στις 4 Ιουνίου 2013 η CRGT, η οποία είχε συνάψει σύμβαση χρησιμοποίησης των δυνατοτήτων τρίτου με την RIAL Srl, καθώς και δύο άλλοι διαγωνιζόμενοι πληροφορήθηκαν τον αποκλεισμό τους από τον διαγωνισμό, λόγω μη καταβολής στην **Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (εποπτεύουσα αρχή δημοσίων συμβάσεων, στο εξής: AVCP) της εισφοράς** που προβλέπεται στον ιταλικό νόμο 266/2005. Κατά συνέπεια, η σύμβαση ανατέθηκε στην Pizzo, τη μόνη υποψήφια που συνέχισε στον διαγωνισμό.³⁰ Με την απόφαση 1781/2014, το Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia έκρινε την προσφυγή της CRGT παραδεκτή και βάσιμη³¹, δεχόμενο ότι κακώς αποκλείστηκε η εν λόγω εταιρία από τον επίμαχο διαγωνισμό. Έκρινε, συναφώς, ότι τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα δεν προέβλεπαν την καταβολή υποχρεωτικής εισφοράς στην AVCP από τις διαγωνιζόμενες επιχειρήσεις, διότι η πληρωμή τέτοιας εισφοράς, η οποία προβλέπεται από τον νόμο 266/2005, αφορούσε ρητώς μόνον τις συμβάσεις κατασκευής δημοσίων έργων, και όχι τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών. Επιπλέον, το εν λόγω δικαστήριο διευκρίνισε ότι η επιβολή, στις επιχειρήσεις που μετέχουν σε διαγωνισμό για τη σύναψη συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, της υποχρέωσης³² καταβολής τέτοιας εισφοράς **είναι απόρροια διασταλτικής ερμηνείας**,

³⁰ Απόφαση Pizzo, C-27/15, σκέψεις 13-14.

³¹ «Το περιφερειακό διοικητικό δικαστήριο έκανε δεκτή την προσφυγή της CRGT κρίνοντας **καταχρηστικό τον αποκλεισμό της** από τον διαγωνισμό, καθόσον: α) **τα έγγραφα της προκηρύξεως δεν προέβλεπαν** την καταβολή της εισφοράς που μνημονεύεται στον νόμο 266/2005, β) **η εν λόγω εισφορά αφορά ρητώς δημόσια έργα και όχι συμβάσεις υπηρεσιών**, και γ) η εφαρμογή της εν λόγω εισφοράς στις συμβάσεις υπηρεσιών είναι **εφικτή μόνον μέσω διασταλτικής ερμηνείας του νόμου 266/2005** η οποία, **λόγω της αρχής της περιοριστικής απარიθμήσεως των λόγων αποκλεισμού, δεν μπορεί να θίγει τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι, άνευ υπαιτιότητάς τους, δεν αντιλήφθηκαν** ότι η επίμαχη εισφορά ήταν πληρωτέα εν προκειμένω.», υπόθεση Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψη 14.

³² Ως «σκιάδες προαπαιτούμενο συμμετοχής» (“shady participation requirement”) αναφέρεται αυτή η υποχρέωση για την οποία γίνεται λόγος στην Pizzo. Σχετικά βλ.: “ECJ opens door to remedial possibilities when contracting authorities aim to exclude on the basis of shady participation requirements (C-27/15)”, 2016,

αφενός, του νόμου 266/2005 από την AVCP και, αφετέρου, της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων σύμφωνα με την οποία ο υποχρεωτικός χαρακτήρας της συγκεκριμένης προϋποθέσεως πληρωμής συνεπάγεται, διά του μηχανισμού της αυτόματης πληρώσεως των κενών των διοικητικών πράξεων, ότι υποχρέωση καταβολής της εν λόγω εισφοράς υπέχουν όλες οι υποψήφιοι για την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως επιχειρήσεις³³. Το αρμόδιο αιτούν διοικητικό Δικαστήριο της Σικελίας επομένως, αναρωτήθηκε για την ευχέρεια της ιταλικής αναθέτουσας αρχής να συναγάγει ερμηνευτικά υποχρέωση καταβολής εισφοράς ως προϋπόθεση έγκυρης συμμετοχής στον διαγωνισμό –και αυτό υπό το φως των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου. Έτσι, το προδικαστικό ερώτημα που ήχθη ενώπιον του ΔΕΕ διαμορφώθηκε ως εξής³⁴:

«Αντιτίθενται οι αρχές του δικαίου της Ένωσης, και ειδικά αυτές της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, της ασφάλειας δικαίου και της αναλογικότητας, σε κανόνα της έννομης τάξεως κράτους μέλους ο οποίος επιτρέπει τον αποκλεισμό από δημόσιο διαγωνισμό επιχειρήσεως που δεν αντελήφθη, επειδή δεν ορίζεται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού, την υποχρέωση —η μη εκπλήρωση της οποίας επιφέρει αποκλεισμό— να προβεί στην καταβολή ενός ποσού με σκοπό τη συμμετοχή στον ανωτέρω διαγωνισμό, και τούτο μολονότι η ύπαρξη της εν λόγω υποχρέωσης δεν δύναται να συναχθεί σαφώς από το γράμμα του νόμου που ισχύει σε αυτό το κράτος μέλος, αλλά δύναται να συναχθεί μετά από μια διττή νομική ενέργεια, η οποία συνίσταται, πρώτα, στη διασταλτική ερμηνεία ορισμένων διατάξεων του θετικού δικαίου του ίδιου κράτους μέλους και, ακολούθως, στην αυτόματη παρεμβολή —σύμφωνα με τα αποτελέσματα της διασταλτικής αυτής ερμηνείας— επιτακτικών όρων στην προκήρυξη του διαγωνισμού;»

Με το ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινιστεί εάν η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται στην δυνατότητα που μετέλλθε η αναθέτουσα Αρχή να επιφανήσει υποχρέωση η μη πλήρωση της οποίας οδηγεί στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως λόγω μη τηρήσεως, από τον φορέα αυτόν, της υποχρέωσης η οποία δεν απορρέει ρητώς από τα σχετικά με την εν λόγω διαδικασία έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από ερμηνεία του νόμου αυτού, καθώς και από τον μηχανισμό καλύψεως, από τις εθνικές αρχές ή από τα εθνικά διοικητικά δικαστήρια, των νομικών κενών που παρουσιάζουν τα έγγραφα αυτά.³⁵

Το ΔΕΕ διευκρινίζει το περιεχόμενο των γενικών αυτών αρχών υπενθυμίζοντας αφενός, ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει να έχουν όλοι οι διαγωνιζόμενοι τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους διαγωνιζόμενους. Αφετέρου, η υποχρέωση διαφάνειας έχει ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Η εν λόγω υποχρέωση συνεπάγεται ότι **όλοι οι όροι και οι κανόνες διεξαγωγής του διαγωνισμού πρέπει να είναι διατυπωμένοι με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων**, ώστε, πρώτον, να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους **τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και κανόνων και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο**

διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

<http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/6/2/6e8u9eqwlrn1syez1hbp4dae5dzxex> , τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

³³ Απόφαση Pizzo, C-27/15, σκέψη 17.

³⁴ Απόφαση Pizzo, C-27/15, σκέψη 20§2.

³⁵ Απόφαση Pizzo, C-27/15, σκέψη 35.

τρόπο και, δεύτερον, να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., συναφώς, απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 44 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Το Δικαστήριο έχει, επίσης, αποφανθεί ότι οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως που διέπουν όλες τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων επιτάσσουν οι ουσιαστικές και διαδικαστικές προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαγωνισμό να καθορίζονται σαφώς εκ των προτέρων και να δημοσιοποιούνται, έτσι ώστε οι ενδιαφερόμενοι να μπορούν να γνωρίζουν επακριβώς τις απαιτήσεις της διαδικασίας και να έχουν την πεποίθηση ότι οι ίδιες απαιτήσεις ισχύουν για όλους τους διαγωνιζομένους (βλ., συναφώς, απόφαση της 9ης Φεβρουαρίου 2006, La Cascina κ.λπ., C-226/04 και C-228/04, σκέψη 32).³⁶

Αντικρουόμενες εμφανίζονται οι απόψεις αναφορικά με την συμβατότητα των γενικών αρχών με την «κεκαλυμμένη υποχρέωση» ανάμεσα στο ιταλικό Δημόσιο από την μία και την Επιτροπή από την άλλη. Συγκεκριμένα, η Ιταλική Κυβέρνηση εκτιμά ότι δεν παραβιάζεται καμία από τις αρχές που απαριθμούνται στη διάταξη περί προδικαστικής παραπομπής. Επισημαίνει ότι το άρθρο 46, παράγραφος 1 bis, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006 προβλέπει ως λόγους αποκλεισμού, επιπλέον των απαριθμούμενων στο εν λόγω νομοθετικό διάταγμα και στην προκήρυξη του διαγωνισμού, τους προβλεπόμενους «σε άλλες ισχύουσες νομοθετικές διατάξεις». Επομένως, κατ' αυτήν, το γεγονός ότι η προκήρυξη δεν μνημονεύει ως λόγο αποκλεισμού τη μη καταβολή της εισφοράς στην AVCP δεν δικαιολογεί τη μη εκπλήρωση της συγκεκριμένης υποχρέωσης από τον προσφέροντα. **Ο προσφέρων οφείλει να γνωρίζει όλους τους κανόνες που απαρτίζουν το σύνολο των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού, οι οποίοι, ακριβώς, συμπληρώνουν τυχόν ελλείψεις της προκηρύξεως** ως προς το συγκεκριμένο θέμα. Κατά συνέπεια, η Ιταλική Κυβέρνηση προτείνει να δοθεί στο προδικαστικό ερώτημα η απάντηση ότι οι αρχές που μνημονεύει το αιτούν δικαστήριο δεν αντιτίθενται σε κανόνα του εθνικού δικαίου ο οποίος επιτρέπει τον αποκλεισμό προσφέροντος που δεν εκπλήρωσε υποχρέωση η οποία, καίτοι δεν προβλέπεται ρητώς από τον νόμο για την επίμαχη δημόσια σύμβαση, **μπορεί να συναχθεί μέσω ερμηνείας συγκεκριμένων νομοθετικών διατάξεων πραγματοποιηθείσας κατ' επανάληψη από τη διοίκηση του οικείου κράτους**.³⁷ Αντίθετα, για την Επιτροπή, οι εν λόγω αρχές σημαίνουν ότι **η αναθέτουσα αρχή οφείλει να υποδεικνύει με σαφήνεια τις προϋποθέσεις του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε να μπορεί να τις γνωρίζει ο ευλόγως ενημερωμένος και επιδεικνύων τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενος**. Εξάλλου, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η οδηγία 2004/18 προβλέπει ότι οι λόγοι αποκλεισμού μνημονεύονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού. Κατά την Επιτροπή, οι ως άνω απαιτήσεις δεν πληρούνται όταν υποχρέωση, της οποίας η μη εκπλήρωση συνεπάγεται αποκλεισμό (εν προκειμένω, η καταβολή εισφοράς σε διοικητική αρχή), δεν προβλέπεται ρητώς στα έγγραφα του διαγωνισμού ούτε προκύπτει από το εθνικό θετικό δίκαιο, αλλά μπορεί να συναχθεί μόνον από διασταλτική ερμηνεία του εν λόγω δικαίου, η οποία επιτρέπει τη συμπλήρωση της ελλείψεως την οποία θα εμφάνιζαν, σε διαφορετική περίπτωση, τα εν λόγω έγγραφα. Κατά την Επιτροπή, η κατάσταση αυτή είναι ιδιαίτερα **επιζήμια, όχι μόνον για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς, αλλά και για αυτούς που είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη, οι οποίοι διατρέχουν τον κίνδυνο να βρεθούν σε μειονεκτική θέση**.³⁸ Αναφύονται προδήλως λοιπόν, και ζητήματα ανταγωνισμού. Αναμφίβολα, όπως επισήμανε η Επιτροπή, η απαίτηση ρήτρας όπως η επίμαχη μπορεί να

³⁶ Απόφαση Pizzo, C-27/15, σκέψεις 36-37.

³⁷ Υπόθεση Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψεις 29,32.

³⁸ Υπόθεση Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψεις 33-34.

αποβεί ιδιαίτερα επιζήμια για τους εγκατεστημένους σε άλλα κράτη μέλη διαγωνιζόμενους, οι οποίοι μπορεί να μην γνωρίζουν στον ίδιο βαθμό με τους ημεδαπούς διαγωνιζόμενους το εθνικό δίκαιο και την αυθεντική ερμηνεία του. Εντούτοις, το κριτήριο του ευλόγως ενημερωμένου και επιδεικνύοντος τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενου επιτρέπει να παρακαμφθεί το εν λόγω εμπόδιο, καθόσον ο βαθμός ενημερώσεως και επιμέλειας πρέπει να προσαρμόζεται κάθε φορά στα χαρακτηριστικά του συγκεκριμένου διαγωνιζόμενου, με αποτέλεσμα, εν προκειμένω, η γνώση η οποία ενδέχεται να είναι υποχρεωτική για τη CRGT να μην είναι υποχρεωτική για αλλοδαπό διαγωνιζόμενο.³⁹

Ο Γενικός Εισαγγελέας μέσα από αυτήν την αντιπαράθεση απόψεων εντοπίζει την πολυπλοκότητα του προδικαστικού ερωτήματος και καταφέρνει να αναδείξει το πραγματικό ερώτημα. Ας παρακολουθήσουμε την άρτια διαρθρωμένη σκέψη⁴⁰ του:

α) Αντίληψη της αντιπαράθεσης:

«Φρονώ ότι το δεύτερο ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου είναι πιο πολύπλοκο. Οι αποκλίνουσες θέσεις της Ιταλικής Κυβερνήσεως και της Επιτροπής καταδεικνύουν τη δυσκολία του. Ενώ η Ιταλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι ο αποκλεισθείς οικονομικός φορέας δεν μπορούσε να αγνοεί την απαίτηση της επίμαχης προϋποθέσεως (την εκ των προτέρων καταβολή της εισφοράς στην AVCP), η Επιτροπή διατείνεται ότι η εν λόγω προϋπόθεση μπορούσε να απαιτείται μόνον εάν περιλαμβανόταν ρητώς στα έγγραφα του διαγωνισμού ή προέκυπτε με σαφήνεια από το ισχύον θετικό δίκαιο.»

β) Εντοπισμός Συμπληρωματικότητας των θέσεων:

«Εκτιμώ ότι, στην πραγματικότητα, οι δύο θέσεις αποκλίνουν λιγότερο από όσο φαίνεται εκ πρώτης όψεως. Πράγματι, η Ιταλική Κυβέρνηση επισημαίνει το κριτήριο της απαιτήσεως γνώσεως της επίμαχης προϋποθέσεως, ενώ η Επιτροπή επικεντρώνεται στη δημοσιότητά του. Τελικώς, πρόκειται για δύο συμπληρωματικές θέσεις, καθόσον η δημοσιότητα της προϋποθέσεως συμβάλλει στη γνώση της και γνώση μπορεί να υφίσταται (και να απαιτείται) μόνον εάν η προϋπόθεση δημοσιοποιήθηκε δεόντως.»

γ) Αποτύπωση της πάγιας Νομολογίας του ΔΕΕ:

«Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, «όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, πρώτον, να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς προσφέροντες τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, δεύτερον, να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση.»⁴¹

δ) Αποτύπωση των Γενικών Αρχών που διέπουν την σύναψη συμβάσεων:

«Τη δημοσιότητα με «σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία» επιτάσσει, πρώτον, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, η οποία «επιβάλλει να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους προσφέροντες», και,

³⁹ Υπόθεση Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψη 66.

⁴⁰ Υπόθεση Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψεις 47-51.

⁴¹ Απόφαση Cartiera dell'Adda, C-42/13, σκέψη 44, με μνεία της αποφάσεως που εκδόθηκε στην υπόθεση Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, σκέψεις 108 έως 111.

δεύτερον, η αρχή της διαφάνειας, η οποία «έχει ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και καταχρήσεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής». Οι αρχές της ίσης μεταχείρισεως και της διαφάνειας είναι, κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18, οι «αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων», τις οποίες οφείλουν να τηρούν οι αναθέτουσες αρχές.» Η πρόβλεψη αυτή διατηρείται και υπό το υπάρχον νομοθετικό πλαίσιο (Οδηγία 2014/24/ΕΕ).⁴²

ε) Διατύπωση κρίσιμου Ερωτήματος:

«Ως εκ τούτου, δεν αμφισβητείται ότι οι προσφέροντες πρέπει να είναι σε θέση να γνωρίζουν τις προϋποθέσεις του διαγωνισμού, για την εκπλήρωση των θεμελιωδών απαιτήσεων της ισότητας και της διαφάνειας. Αμφιβολίες υφίστανται, εντούτοις, για το κατά πόσο πρέπει να περιέχονται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων όλες οι προϋποθέσεις του παραδεκτού της συμμετοχής στον διαγωνισμό ή εάν, αντιθέτως, συγκεκριμένες προϋποθέσεις, γενικής φύσεως, μπορούν να θεωρούνται γνωστές, ακόμη και όταν δεν περιέχονται ρητώς στα εν λόγω έγγραφα.»

Ακολουθώντας και μετέπειτα την πορεία της σκέψης του Γενικού Εισαγγελέα, βλέπουμε ότι κατατείνει υπέρ της δυνατότητας της Αναθέτουσας Αρχής να «διακρίνει» υπόρρητες προϋποθέσεις. Λαμβανομένου υπόψη του σκοπού που επιδιώκει η δημοσιότητα των προϋποθέσεων –ο οποίος είναι η διασφάλιση της κατανόησης του περιεχομένου και της ισχύος τους από «κάθε ευλόγως ενημερωμένο και επιδεικνύοντα τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενο»–, δεν είναι εύλογο κατ' αυτόν, να υποχρεούνται οι αναθέτουσες αρχές να προσδιορίζουν και τις προϋποθέσεις εκείνες των οποίων η εκπλήρωση επιβάλλεται από κανονιστικές διατάξεις γενικής ισχύος τις οποίες δεν μπορεί να αγνοεί ο «ευλόγως ενημερωμένος και επιδεικνύων τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενος». Αναφέρεται, λόγου χάριν, στις βασικές προϋποθέσεις οι οποίες, στο πλαίσιο του αστικού και του εμπορικού δικαίου, αφορούν τη δικαιοπρακτική ικανότητα φυσικών προσώπων και εταιριών, προϋποθέσεις τις οποίες κανένας οικονομικός φορέας δεν μπορεί να αγνοεί ούτε να απαιτεί να περιέχονται ρητώς και αναλυτικώς στα έγγραφα του δημόσιου διαγωνισμού. Βεβαίως, μπορούν να δημιουργηθούν αμφιβολίες σχετικά με άλλες προϋποθέσεις λιγότερο «προφανείς» ή, έστω, λιγότερο «εύλογες» ή «φυσικές», τις οποίες ωστόσο υποχρεούται να γνωρίζει ο ευλόγως ενημερωμένος και επιδεικνύων ελάχιστη επιμέλεια διαγωνιζόμενος.⁴³ Συνεχίζει, τονίζοντας ότι είναι αδιάφορος για το ΔΕΕ ο τρόπος καθιέρωσης της προϋπόθεσης καταβολής της εισφοράς, εφόσον ενδύεται περιβολή δεδουλευμένου. Το Δικαστήριο δεν πρέπει να εμπλακεί στη συζήτηση –την οποία θα χαρακτήριζε αμιγώς εθνικού χαρακτήρα– η οποία αφορά το κατά πόσον οι ιταλικές διοικητικές ή δικαστικές αρχές ερμήνευσαν κατά τρόπο, κατά το μάλλον ή ήττον, διασταλτικό τους κανόνες του νόμου 266/2005. Εάν, όπως συνάγεται από τη διάταξη παραπομπής, η AVCP ερμήνευσε κατ' επανάληψη τον νόμο 266/2005 υπό την έννοια ότι η απαίτηση της εισφοράς πρέπει να εφαρμόζεται στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών και το εν λόγω κριτήριο επιβεβαιώθηκε από το Consiglio di Stato, ως δικαστήριο τελευταίου βαθμού επί του εθνικού δικαίου, η έννοια αυτή πρέπει να γίνει δεκτή. Βάσει όλων των ενδείξεων, η νομιμότητα της εφαρμογής των παραγράφων 65 και 67 του άρθρου 1 του νόμου 266/2005 στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών βασίζεται στην ερμηνεία που περιέχεται στις αποφάσεις που έχει εκδώσει η αρμόδια διοικητική αρχή, η AVCP, τουλάχιστον από το 2008. Κατά τα φαινόμενα, η εν λόγω ερμηνεία επιβεβαιώθηκε από το ανώτατο διοικητικό δικαστήριο της Ιταλίας, στο πλαίσιο νομολογίας της οποίας η απαρχή δεν προσδιορίστηκε στην παρούσα διαδικασία. Εν πάση περιπτώσει, μπορεί εύλογα να

⁴² « Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς *ισότιμα και χωρίς διακρίσεις* και ενεργούν με *διαφανή* και αναλογικό τρόπο[...]», άρθρο 18, Οδηγία 2014/24/ΕΕ.

⁴³ Υπόθεση Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψεις 52-53.

θεωρηθεί ότι πρόκειται για **θέση την οποία η AVCP υιοθετεί τακτικά σε όλες τις περιπτώσεις διαγωνισμών αναθέσεως συμβάσεων παροχής υπηρεσιών** (πράγματι, η Ιταλική Κυβέρνηση απαριθμεί διάφορες αποφάσεις, διαδοχικών ετών, της AVCP υπό την έννοια αυτή). Τέλος, πρέπει να θεωρηθεί ότι ο αποκλεισθείς από τον επίμαχο διαγωνισμό οικονομικός φορέας (CRGT), στον οποίο είχε ανατεθεί στο παρελθόν η επίμαχη υπηρεσία, **γνώριζε ή μπορούσε να γνωρίζει** τη συγκεκριμένη θέση. Ως εκ τούτου, με τις προμνησθείσες επιφυλάξεις, μπορεί να γίνει λόγος για ρήτρα αποκλεισμού η οποία, καίτοι δεν περιέχεται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, **εξομοιώθηκε μέσω της πάγιας, δικαστικώς επιβεβαιωμένης, ερμηνείας της με νομοθετική διάταξη**. Κατά την επιβεβαιωμένη δικαστικώς ερμηνεία της, η AVCP κρίνει απαράδεκτες τις προσφορές που υποβάλλονται χωρίς καταβολή της εισφοράς.⁴⁴

Ξεχωριστή αναφορά πρέπει να γίνει στο **κριτήριο της Γνώσης**. Θα μπορούσε η γνώση της υποχρέωσης από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα να επηρεάσει τα αποτελέσματα της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής; Αφενός ναι, γιατί ιάται κατ' ευθείαν η μειονεκτούσα θέση του πρότερα αγνοούντος οικονομικού φορέα και ο διαγωνισμός διεξάγεται τελικώς επί ίσοις όροις. Το εθνικό δικαστήριο είναι σε θέση να καθορίσει εάν, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις της υποθέσεως, ο αποκλεισθείς προσφέρων δεν μπορούσε να αγνοεί την ερμηνεία του νόμου 266/2005 και **την εφαρμοζόμενη πρακτική στο συγκεκριμένο είδος διαγωνισμών, όπως αυτή παγιώθηκε μέσω συνεπούς διοικητικής εφαρμογής**, βάσει της οποίας η εισφορά στην AVCP απαιτείται και στις συμβάσεις υπηρεσιών. Για την κρίση του αιτούντος δικαστηρίου μπορεί να είναι σκόπιμο να διαπιστωθεί κατά πόσον ο αποκλεισθείς προσφέρων έχει συμμετάσχει σε διαγωνισμούς με τα ίδια χαρακτηριστικά στους οποίους η επίμαχη ρήτρα κρίθηκε υποχρεωτική βάσει της ερμηνείας του νόμου 266/2005 από την AVCP. Εν κατακλείδι, απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να καθορίσει εάν η θέση της AVCP και η νομολογία του Consiglio di Stato είναι επαρκώς γνωστές στις επιχειρήσεις που συμμετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς ώστε να μπορεί να συναχθεί ότι επιμελής και ενημερωμένος διαγωνιζόμενος δεν μπορούσε να την αγνοεί.⁴⁵ Πρόκειται επομένως, για ένα **διαλυτικό κριτήριο «υποψηφίου μη δυνάμενου σε άγνοια»** που διαλύει την κατάσταση πραγματικής μειονεξίας συστήνοντας κατάσταση τυπικής ισοτιμίας μεταξύ περισσοτέρων. Όμως, η διακριτική ευχέρεια της διοικητικής αρχής εκδηλωμένη με το ερμηνευτικό προνόμιο πρέπει να εξετασθεί δεοντικά υπό μορφή ενός κανονιστικού θώκου, όπως υπάρχει, για την Αναθέτουσα αρχή. Δεν αρκεί να απαλείφονται τα προβλήματα της διαπλαστικής εκτίμησής της με την επέλευση της γνωστικής επάρκειας του οικονομικού φορέα, η διοικητική δυνατότητα πρέπει να ιδωθεί in ipso και να διαγνωσθεί ένα συμπέρασμα απομονωμένο από αιρέσεις.

Στην πρότασή του ο Γενικός Εισαγγελέας διατυπώνει ότι **οι αρχές του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης**, και ιδίως αυτές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας, **δεν αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση η οποία επιτρέπει τον αποκλεισμό από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως διαγωνιζόμενου ο οποίος δεν εκπλήρωσε υποχρέωση φορολογικής φύσεως όταν, καίτοι αυτή δεν περιέχεται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, απαιτείται από την πάγια διοικητική, δικαστικώς επιβεβαιωμένη, ερμηνεία του εφαρμοστέου εθνικού νόμου, εφόσον ο ευλόγως ενημερωμένος και επιδεικνύων τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενος δεν μπορεί να αγνοεί** την εν λόγω περίσταση, γεγονός το οποίο απόκειται στο εθνικό δικαστήριο να καθορίσει. Μολαταύτα, -είναι γνωστό ότι οι προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέα δεν δεσμεύουν το Δικαστήριο- το ΔΕΕ ακολούθησε διαμετρικά αντίθετη κατεύθυνση.

⁴⁴ Υπόθεση Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψεις 57,59-60.

⁴⁵ Υπόθεση Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψεις 62-63.

Στην τελική του απόφαση, το Δικαστήριο είπε ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας.⁴⁶ Ουσιαστικά, το ΔΕΕ δεν άφησε περιθώριο συναγωγικής ή διαπλαστικής ικανότητας στις Αναθέτουσες Αρχές σχετικά με τις υποχρεώσεις που αποτελούν τις προϋποθέσεις για συμπερίληψη στο στάδιο αξιολόγησης μίας προσφοράς.

Ορθώς έκρινε το ΔΕΕ; Θα λέγαμε πως ορθώς έκρινε γιατί πέραν από τις γενικές αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της δημοσιότητας που επιτάσσουν αυτήν την στάση, θα δημιουργούταν ασαφές πεδίο περί εφαρμογής ενός ιδιότυπου Chevron δόγματος⁴⁷ στις δημόσιες συμβάσεις. Πλην όμως, πρόκειται για μία αμερικανικής προελεύσεως έμπνευση που στην Ευρώπη της πρωτοκαθεδρίας της αρχής της νομιμότητας δεν βρίσκει πρόσφορο έδαφος. Η εξομοίωση της εν λόγω διοικητικής πρακτικής με νομοθετικές διατάξεις, την στιγμή που γνωρίζουμε πως η Διοίκηση δεν εκδίδει ποτέ κανόνες δικαίου άνευ νομοθετικής εξουσιοδότησης ή βάσει νομοθετικής πρόβλεψης, δεν είναι ανεκτή. Εφόσον αυτό το δόγμα της ερμηνείας από την Διοίκηση σε περίπτωση νομοθετικού κενού δεν είναι διαδεδομένο και δεν τυγχάνει ευρείας χρήσης από τον διοικητικό μηχανισμό του κράτους, πώς μπορεί να το επικαλεστεί κανείς ιδιαίζόντως στις δημόσιες συμβάσεις; Ελλείπει και το animus της εθιμικής πρακτικής, γιατί δεν υφίσταται παγιωμένη πεποίθηση δικαίου στους πολίτες. Θα ήταν εξαιρετικά επικίνδυνο και θα προσέκρουε τότε διπλά στην αρχή της ίσης μεταχείρισης. Αντίθετα, ο δικαστής Antonin Scalia θα συμφωνούσε⁴⁸ –ενδεχομένως και υπό κάθε επιφύλαξη– με την απόδοση της διακριτικής ευχέρειας στην αναθέτουσα αρχή. Επίσης, η πρόθεση του Γενικού Εισαγγελέα να προσδώσει στην αναθέτουσα αρχή την δυνατότητα να συμπληρώσει τις προϋποθέσεις ανάθεσης αναγνωρίζει ένα πρόκριμα ερμηνείας στην αναθέτουσα αρχή. Η

⁴⁶ Απόφαση Pizzo, C-27/15, σκέψη 52§2.

⁴⁷ Το 1984 στην υπόθεση Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, το Ανώτατο Δικαστήριο ανακοίνωσε έναν απλό κανόνα: τα Δικαστήρια υποχωρούν/σέβονται (“defer to”) συνετές ερμηνείες των διοικητικών αρχών σε ασαφή νομοθετήματα. Στην υπόθεση United States v. Mead Corp. (2001), το Δικαστήριο συμπλήρωσε ότι το Chevron δόγμα θα έπρεπε να περιορίζεται σε ερμηνείες που εκδίδονται δυνάμει των νόμων (“with the force of law”). Αναφέρεται στο *“Justifying the Chevron Doctrine: Insights from the Rule of Lenity”*, Harvard Law Review, σελ. 2043, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://harvardlawreview.org/2010/06/justifying-the-chevron-doctrine-insights-from-the-rule-of-lenity>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

⁴⁸ «Ο νόμος δεν κινείται σε ευθεία γραμμή και θα εκπλαγώ αν τις συνέπειες του Chevron που συζητήσα - και άλλες στις οποίες δεν έχω αναφερθεί-γίνονται αμέσως αντιληπτές και εφαρμόζονται από τα ομοσπονδιακά δικαστήρια. Οι απόψεις που εμείς οι ομοσπονδιακοί δικαστές διαβάζουμε και οι περιπτώσεις που παραπέμπουμε είναι γεμάτες αναφορές στα παλαιά κριτήρια της “τεχνονομίας των διοικητικών αρχών, ... της τεχνικής και της σύνθετης φύσης της υποβληθείσας ερώτησης, ... της συνεπούς και μακρόχρονης θέσης της διοικητικής αρχής”- και θα χρειαστεί λίγος χρόνος για να το καταλάβουμε ότι αυτές οι έννοιες δεν είναι πλέον συναφείς ή δεν είναι πλέον συναφείς με τον ίδιο τρόπο. Πράγματι, μπορεί, τουλάχιστον για ένα διάστημα, η πίστη στις παλιές συνθέσεις θα συστέλλουν αφύσικα το Chevron, ή ακόμη θα παράγουν απόδραση από βασική του αντίληψη. Έχω την τάση να πιστεύω, ωστόσο, ότι σε μακροπρόθεσμη οπτική το Chevron θα υπομείνει και θα τύχει του πλήρους πεδίου εφαρμογής του - όχι τόσο επειδή αντιπροσωπεύει έναν κανόνα που είναι πιο εύκολο να ακολουθηθεί και επομένως πιο εύκολο να προβλεφθεί (αν και αυτό είναι αρκετά αληθινό), αλλά επειδή αντανακλά με μεγαλύτερη ακρίβεια την πραγματικότητα της διακυβέρνησης, και επομένως εξυπηρετεί καλύτερα τις ανάγκες της.». Αναφέρεται στο *“Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law”*, A. Scalia, Duke Law Journal, 1989, σελ. 521, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

δικαιολογητική του βάση όμως πάσχει, γιατί ο ευλόγως ενημερωμένος και επιδεικνύων την συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενος είναι αδύνατο να γνωρίζει άνευ εξειδικευμένης νομικής εκπροσώπησης τον αστικό και εμπορικό προϋποθετικό νομικό εξοπλισμό για την επιδίωξη της σύμβασης. Περισσότερο όμως, επειδή η πανοπλία κατάρτισης των υποψηφίων αναδόχων είναι συνάρτηση του εντοπισμού όλων στην πρώιμη περίοδο πληροφόρησης. Η νομική παιδεία⁴⁹ δεν έχει ενσωματωθεί στα εκπαιδευτικά προγράμματα των χωρών της Ε.Ε. και αυτό έχει μεγάλη σημασία για το δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας των ατόμων, του καθορισμού ειδικότερα της οικονομικής τους υπόστασης. Γι' αυτό θα λέγαμε ότι είναι καλόπιστη αλλά πρωθύστερη με τα πραγματικά δεδομένα η αντιμετώπιση του Γεν. Εισαγγελέα: έρχεται σε σύγκρουση και αναδεικνύει κενά –όχι απλώς νομοθετικά όπως διατείνεται- αλλά κενά στα καταστατικά θεμέλια αφορώντας εξελίξεις ως μη γενόμενες ακόμα σε πρωταρχικά δικαιώματα.

2. Δυνατότητα Θεραπείας ελλείψεως Στοιχείων μετά τη λήξη της Προθεσμίας

Στην απόφαση του Δικαστηρίου της Ε.Ε., *Pizzo* (C-27/15), αναφέρεται ότι σε περίπτωση που η προϋπόθεση συμμετοχής, επί ποινή αποκλεισμού, σε διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως δεν προβλέπεται ρητώς από τα έγγραφα του διαγωνισμού, αλλά μπορεί να προσδιοριστεί μόνον κατόπιν νομολογιακής ερμηνείας της εθνικής νομοθεσίας, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παράσχει στον διαγωνιζόμενο επαρκή προθεσμία για τη θεραπεία της παραλείψεώς του. Υπό τις περιστάσεις αυτές, οι αρχές της ίσης μεταχείρισεως και της αναλογικότητας δεν αντίκεινται στην παροχή, από την αναθέτουσα αρχή στον οικονομικό φορέα, της δυνατότητας θεραπείας της παραλείψεώς του και εκπληρώσεως της επίμαχης υποχρεώσεως εντός προθεσμίας οριζόμενης από την αναθέτουσα αρχή.⁵⁰ Το ΔΕΕ επομένως, **αναγνωρίζει διακριτική ευχέρεια** της αναθέτουσας αρχής στο να παράσχει προθεσμία για την θεραπεία των ελλείψεων. Πλην όμως, σε αυτήν την παραδοχή αντιτάχθηκε η πλευρά του ιταλικού Δημοσίου. Η Ιταλική Κυβέρνηση εκτίμησε⁵¹ ότι οι προσφέροντες δεν μπορούν να θεραπεύσουν τις ελλείψεις των προσφορών τους μετά τη λήξη της προθεσμίας που τάχθηκε για την υποβολή τους, εκτός εάν πρόκειται για διόρθωση ή τη συμπλήρωση, σε επιμέρους σημεία, κατά την έννοια της αποφάσεως που εξέδωσε το Δικαστήριο στην υπόθεση *Manova*⁵². **Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να δεχθεί τη συμπλήρωση από τους προσφέροντες ορισμένων ελλείψεων που αφορούν τις υποκειμενικές προϋποθέσεις συμμετοχής**, όχι όμως την τακτοποίηση της μη καταβολής εισφοράς. Σε αντίθετη περίπτωση, θα επιτρεπόταν η εκπρόθεσμη εκπλήρωση προϋποθέσεως παραδεκτού, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισεως, της αμεροληψίας και της διαφάνειας. Κατά την Ιταλική Κυβέρνηση, μόνον εάν επρόκειτο για **αμιγώς τυπική μη εκπλήρωση** (πραγματοποίηση της πληρωμής με τρόπο διαφορετικό από τον νόμιμα προβλεπόμενο ή μη βεβαίωση της πραγματοποιήσεως της

⁴⁹ «Το 1978, μεγάλοι ηγέτες των ΗΠΑ στο LRE (Law-related Education) περιέγραψαν το πεδίο για μια έκθεση της ομοσπονδιακής κυβέρνησης. Καθορίζουν τα LRE ως «αυτές τις οργανωμένες μαθησιακές εμπειρίες που παρέχουν στους φοιτητές και τους εκπαιδευτικούς ευκαιρίες να αναπτύξουν τη γνώση και την κατανόηση, τις δεξιότητες, τις νοοτροπίες και τις εκτιμήσεις που είναι απαραίτητες για να ανταποκριθούν αποτελεσματικά στο νόμο και τα νομικά ζητήματα στην πολύπλοκη και μεταβαλλόμενη κοινωνία μας"-(Ομάδα μελέτης για τη νομική εκπαίδευση)», C. Pereira, "Law-Related Education in Elementary and Secondary Schools. ERIC Digest.", ERIC Clearinghouse for Social Studies/Social Science Education Bloomington IN, 1988, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.ericdigests.org/pre-929/law.htm>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

⁵⁰ Απόφαση Pizzo, C-27/15, σκέψεις 50-51.

⁵¹ Υπόθεση Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψεις 30-31.

⁵² Απόφαση C-336/12, σκέψη 32.

πληρωμής κατά τον προβλεπόμενο χρόνο και τρόπο) θα μπορούσε να παρασχεθεί στον προσφέροντα η δυνατότητα να βεβαιώσει την πραγματική εκπλήρωση της οικείας υποχρέωσης.

Εκείνο που έχει σημασία είναι να τονίσουμε πως το Δικαστήριο αναγνώρισε μεν διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή υπό τις ως άνω εκτεθείσες προϋποθέσεις –εναντίον των όσων υποστήριξε η ιταλική πλευρά- αλλά δεν προχώρησε ένα βήμα παραπέρα ώστε να καταστήσει υποχρεωτική την δυνατότητα εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής να θεραπεύσει τις εκάστοτε ελλείψεις που οφείλονται σε υποχρεώσεις συναγόμενες δια νομολογιακής ερμηνείας. Διότι συναφώς, ο Γενικός Εισαγγελέας στις προτάσεις του⁵³, συντασσόμενος με την Επιτροπή, εκτίμησε ότι, εάν το αιτούν δικαστήριο δεχθεί ότι ευλόγως ενημερωμένος και επιδεικνύων τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενος αγνοούσε την ύπαρξη της εν λόγω υποχρέωσης, **η αναθέτουσα αρχή οφείλει να του παράσχει επαρκή προθεσμία για τη θεραπεία της ελλείψεως**. Το αποτέλεσμα αυτό συνάγεται, **sensu contrario**, από τη νομολογία του Δικαστηρίου κατά την οποία **η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να δέχεται «οιεσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, πρέπει να συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου προσφέροντος»**.⁵⁴ Αυτό ακριβώς συμβαίνει σε περίπτωση μη εκπληρώσεως υποχρέωσης η οποία δεν μπορούσε να συναχθεί από τις «ρητές διατάξεις των [εν λόγω] εγγράφων». Παρόλα αυτά, το Δικαστήριο διαπλάθει μόνον την ευχέρεια της διοικητικής αρχής αφήνοντας ανοιχτά τα *de lege ferenda* ζητήματα από δικαιωματικής άποψης κυρίως. Αυτή η ευχέρεια που παρέχει η διοίκηση συνάγεται *sensu contrario*, όπως επεσήμανε ο Γενικός Εισαγγελέας, και ανάγλυφα **η υποχρέωσή της προς αποκλεισμό υποψηφίων κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού** αποτυπώνεται στην υπόθεση *Cartiera dell'Adda*.

Το Δικαστήριο στην απόφαση αυτή έχει αποφανθεί ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει, **με αποτέλεσμα να είναι υποχρεωμένη να αποκλείσει από τον διαγωνισμό** επιχείρηση που δεν προσκόμισε ορισμένο έγγραφο ή στοιχείο του οποίου η υποβολή επιβαλλόταν από τα έγγραφα του εν λόγω διαγωνισμού επί ποινή αποκλεισμού (βλ., συναφώς, απόφαση *Manova*, C-336/12, σκέψη 40). Αυτή η αυστηρή υποχρέωση που βαρύνει τις αναθέτουσες αρχές προκύπτει από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και την υποχρέωση διαφάνειας που απορρέει από αυτή, στις οποίες υπόκεινται οι εν λόγω αρχές δυνάμει των οδηγιών. Πράγματι, αφενός, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους προσφέροντες. Αφετέρου, η υποχρέωση διαφάνειας έχει ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και καταχρήσεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, πρώτον, να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς προσφέροντες τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, δεύτερον, να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., συναφώς, απόφαση Επιτροπή κατά *CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, σκέψεις 108 έως 111). Ειδικότερα, στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή εκτιμά ότι **η παράλειψη αυτή δεν συνιστά αμιγώς τυπική παρατυπία, δεν μπορεί** να επιτρέψει στον εν λόγω προσφέροντα να συμπληρώσει εκ των υστέρων την παράλειψη αυτή με

⁵³ Υπόθεση *Pizzo*, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, σκέψεις 66-67.

⁵⁴ Απόφαση *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, σκέψη 46.

οποιοδήποτε τρόπο, μετά την παρέλευση της ταχθείσας προθεσμίας για την κατάθεση των προσφορών.⁵⁵

Ενώ λοιπόν, στην *Pizzo* είδαμε την καθιέρωση της Διακριτικής Ευχέρειας θεραπείας αν η υποχρέωση προκύπτει από ερμηνεία και στην *Cartiera dell'Adda* την υποχρέωση προς αποκλεισμό αν προκύπτει από τα έγγραφα του διαγωνισμού –της πρώτης παραχθείσης δυνάμει της τελευταίας-, στην **Manova την υπό αίρεση διακριτική ευχέρεια** της Αναθέτουσας Αρχής να αναζητήσει διευκρινίσεις που θεραπεύουν τυχόν ελλείψεις στην προσφορά. Στην υπόθεση αυτή, υπήρξε μία σύγκρουση νομολογιών⁵⁶ στο εθνικό δίκαιο της Δανίας: μεταξύ της Επιτροπής Προσφυγών στον Τομέα των Δημοσίων Συμβάσεων και του Περιφερειακού Δικαστηρίου της Ανατολικής Δανίας, το οποίο τελικώς υπέβαλε στο ΔΕΕ το προδικαστικό ερώτημα. Κατά τη νομολογία της *Klagenævnet for Udbud* (Επιτροπής), γενικότερα, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως αντιτίθεται στο να ζητήσει η αναθέτουσα αρχή από υποψήφιο ή υποβάλοντα προσφορά να ανακοινώσει πληροφοριακά στοιχεία που επί ποινή απορρίψεως απαιτούνταν ως προϋπόθεση για την υποβολή υποψηφιότητας ή προσφοράς και που ο τελευταίος παρέλειψε να παράσχει. Το δικαστήριο σημειώνει ότι επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να μην απορρίψει τις ελλειμματικές υποψηφιότητες, αλλά παράλληλα εκτιμά ότι χωρούν αμφιβολίες ως προς τη συμπεριφορά που δύναται να επιδείξει μια αναθέτουσα αρχή όταν έγγραφα που χαρακτηρίζει ως «αφορώντα το παρελθόν» δεν επισυνάφθηκαν στον φάκελο που υποβλήθηκε από υποψήφιο και ως προς τις συνέπειες που η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως έχει σε μια τέτοια κατάσταση. Συνελόντι ειπείν, το προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΕ διαμορφώνεται ως εξής:

«Σημαίνει η αναγνωριζόμενη από το δίκαιο της Ένωσης αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ότι, μετά τη λήξη της προθεσμίας για την υποβολή υποψηφιότητας σε δημόσιο διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να ζητήσει την κοινοποίηση του τελευταίου ισολογισμού ενός υποψηφίου, του οποίου την κοινοποίηση απαιτούσε η προκήρυξη διαγωνισμού με προεπιλογή, όταν ο εν λόγω υποψήφιος παρέλειψε να επισυνάψει το έγγραφο αυτό στον φάκελό του;»⁵⁷

Στους κύριους σκοπούς των κανόνων του δικαίου της Ένωσης σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις περιλαμβάνεται ο σκοπός διασφάλισεως τόσο της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών όσο και του ανόθευτου ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών μελών. Για την επίτευξη του διττού αυτού σκοπού, το δίκαιο της Ένωσης εφαρμόζει μεταξύ άλλων την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλλόντων προσφορά ή των υποψηφίων και την εντεύθεν υποχρέωση διαφάνειας. Κατά συνέπεια, η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως στις διαδικασίες δημόσιου διαγωνισμού **δεν αποτελεί αυτοσκοπό, αλλά πρέπει να αξιολογείται με γνώμονα τους σκοπούς που αυτή επιδιώκει**. Κατά πάγια νομολογία, η αρχή αυτή απαιτεί να μην αντιμετωπίζονται με διαφορετικό τρόπο όμοιες καταστάσεις ούτε με ίδιο τρόπο διαφορετικές καταστάσεις, εκτός αν μια τέτοια μεταχείριση δικαιολογείται αντικειμενικά (βλ. απόφαση της 3ης Μαρτίου 2005, C-21/03 και C-34/03, *Fabricom*, σκέψη 27 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). **Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και υποβαλλόντος προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας δημόσιου διαγωνισμού, πράγμα που συνεπάγεται ότι, κατ' αρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του υποβαλλόντος την προσφορά αυτή.** Επομένως, **η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να ζητήσει διευκρινίσεις** από υποβάλοντα προσφορά του οποίου την προσφορά θεωρεί αόριστη ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές

⁵⁵ Απόφαση *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, σκέψεις 42-45.

⁵⁶ Απόφαση *Manova*, C-336/12, σκέψεις 21-23.

⁵⁷ Απόφαση *Manova*, C-336/12, σκέψη 24.

προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψεις 36 και 37). Παρά ταύτα, το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει ότι οι γενικές αυτές αρχές δεν αντιτίθενται στη διόρθωση ή τη συμπλήρωση, σε επιμέρους σημεία, των δεδομένων που αφορούν την προσφορά, ιδίως όταν χρήζουν προφανώς μιας απλής διευκρίνισης, ή για να απαλειφθούν πρόδηλα εκ παραδρομής σφάλματα (προαναφερθείσα απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 40). Το Δικαστήριο διατύπωσε στην απόφαση εκείνη ορισμένες **επιταγές που οριοθετούν αυτή την ευχέρεια** να ζητηθεί εγγράφως από τους διαγωνιζόμενους να διευκρινίσουν την προσφορά τους. Κατ' αρχάς, αίτηση διευκρίνισης προσφοράς, η οποία χωρεί μόνον αφότου η αναθέτουσα αρχή έλαβε γνώση του συνόλου των προσφορών, πρέπει, κατ' αρχήν, να απευθυνθεί επί ίσοις όροις σε όλους τους διαγωνιζόμενους που βρίσκονται στην ίδια κατάσταση (βλ., στο ίδιο πνεύμα, προαναφερθείσα απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψεις 42 και 43). Στη συνέχεια, η αίτηση πρέπει να αφορά όλα τα σημεία της προσφοράς που χρήζουν διευκρίνισης (βλ., στο ίδιο πνεύμα, προαναφερθείσα απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 44). Επιπλέον, η αίτηση αυτή δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος υποψήφιος νέα προσφορά (βλ., στο ίδιο πνεύμα, προαναφερθείσα απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 40). Τέλος, και γενικά, **κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας** που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει αδικαιολόγητα περιαγάγει σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αιτήσεως αυτής (προαναφερθείσα απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 41). Η επιταγή αυτή, η οποία αφορά τις προσφορές σε μια διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως, ισχύει κατ' αναλογία για τους φακέλους υποψηφιότητας που κατατίθενται στο πλαίσιο του σταδίου προεπιλογής των υποψηφίων κλειστής διαδικασίας. **Έτσι, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν** σε επιμέρους σημεία τα δεδομένα που περιλαμβάνονται σε έναν τέτοιο φάκελο, **αρκεί η αίτηση αυτή να αφορά στοιχεία ή δεδομένα**, όπως ο δημοσιευμένος ισολογισμός, των οποίων **είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας**. Παρά ταύτα, πρέπει να διευκρινιστεί ότι τα πράγματα θα ήσαν διαφορετικά αν τα έγγραφα της δημόσιας συμβάσεως επέβαλλαν επί ποινή αποκλεισμού από τη διαδικασία την κοινοποίηση του εγγράφου ή της πληροφορίας που λείπει. Πράγματι, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 115).⁵⁸ Προς τούτο, η απάντηση στο ερώτημα περί την ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής εν προκειμένω είναι ότι: **« Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως δεν αντιτίθεται στο να ζητήσει η αναθέτουσα αρχή από υποψήφιο, μετά τη λήξη της ταχθείσας προθεσμίας για την υποβολή υποψηφιότητας σε διαγωνισμό για δημόσια σύμβαση, να κοινοποιήσει έγγραφα που περιγράφουν την κατάσταση του υποψηφίου αυτού, όπως ο δημοσιευμένος ισολογισμός, των οποίων η ύπαρξη πριν από τη λήξη της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμη, αρκεί τα σχετικά με την εν λόγω δημόσια σύμβαση έγγραφα να μην επέβαλλαν ρητώς την κοινοποίησή τους επί ποινή αποκλεισμού της υποψηφιότητας. Μια τέτοια αίτηση δεν πρέπει να περιάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους στους οποίους απευθύνθηκε η αίτηση αυτή.»**⁵⁹ Η άποψη αυτή συντάσσεται με τις έννοιες της Εξ-ορθολογικής

Απόφαση ⁵⁸ Manona, C-336/12, σκέψεις 28-40.

⁵⁹ Απόφαση Manona, C-336/12, σκέψη 43.

Διοίκησης⁶⁰ και της επιστημολογικότητας του Κράτους, όπου καθήκον των πολιτών και των λειτουργούντων είναι κατά τον Κωνσταντίνο Τσάτσο η ορθή εξειδίκευση του νόμου. Από την σκοπιά αυτή, η επιστημολογική θέαση της Δημοκρατίας⁶¹ σημαίνει ότι οι δομές του κράτους αποσκοπούν στο βέλτιστο αποτέλεσμα. Επομένως, η απάντηση που δίνει το Δικαστήριο είναι σύμφωνη με το πνεύμα των όσων θεωριών εξετέθησαν και φυσικά και με την προεξάρχουσα αρχή της χρηστής διοίκησης⁶². Σε αυτήν την κατεύθυνση, ίσως γεννάται και η αναγκαιότητα υποχρεωτικής⁶³ για την διοίκηση αναζήτησης των εγγράφων που λείπουν ώστε να θεραπεύεται η έλλειψη και χάριν της οικονομίας της λειτουργίας της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

⁶⁰ «Κατά την άποψη του Weber, η σύγχρονη κοινωνία, ειδικά ο δυτικός κόσμος, αναπτύσσεται όλο και ορθολογικότερα. Ο Weber θεωρούσε τη γραφειοκρατία ως το υπέρτατο παράδειγμα εξορθολογισμού. [...] Ο θεωρητικός ορθολογισμός περιλαμβάνει "μια ολοένα αυξανόμενη θεωρητική γνώση της πραγματικότητας μέσα από όλο και πιο ακριβείς και αφηρημένες έννοιες" (Weber, 1958, σελ. 293). Αναμεταξύ άλλων πραγμάτων, περιλαμβάνει τη λογική αφαίρεση, την κατανομή της αιτιότητας και την διάταξη των συμβολικών σημασιών. Προέρχεται από την εγγενή ανάγκη των παραγόντων να δώσουν κάποια λογική σημασία σε έναν κόσμο που φαίνεται τυχαίος (Kalberg, 1980). Ενώ η πρακτική ορθολογικότητα συνεπάγεται δράση, ο θεωρητικός ορθολογισμός είναι γνωστική διαδικασία και τείνει να καταστήσει την διοίκηση επαρχία διανοουμένων.» Αναφέρεται στο *"The Weberian Theory of Rationalization and the McDonaldization of Contemporary Society"*, G. Ritzer, 2007, σελ. 42, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

<https://pdfs.semanticscholar.org/3db2/43f52c96cdcf98f022349b35a9a14ffbe61.pdf>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

⁶¹ Από την εκδήλωση-αφιέρωμα στον Κων/νο Τσάτσο, νομικό, φιλόσοφο και πολιτικό, που διετέλεσε πρόεδρος της Δημοκρατίας από το 1975 έως το 1980, την οποία διοργάνωσε στις 12/10/2017 το ίδρυμα της Βουλής των Ελλήνων για τον Κοινοβουλευτισμό και την Δημοκρατία.

⁶² «Το άρθρο 41 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ προβλέπει την χρηστή διοίκηση ως θεμελιώδες δικαίωμα, δηλώνοντας το δικαίωμα κάθε ατόμου να έχει τις υποθέσεις του / της που υπό χειρισμό με ορισμένο τρόπο από τα θεσμικά όργανα και τα όργανα της Ένωσης. Πρόκειται για δήλωση του δικαιώματος των υποκειμένων ατόμων στη χρηστή διοίκηση. Επομένως, η καλή διοίκηση είναι αυτοσκοπός (Kanska 2004, 301, Harlow and Rawlings 1997, 497). Με την διατύπωση της ως υποκειμενικού ατομικού δικαιώματος και δικαιώματος του πολίτη, η καλή διοίκηση όχι μόνο απαιτεί από τους διοικούντες να ενεργούν σύμφωνα με τις νομικές απαιτήσεις, αλλά και παρέχει στους πολίτες προστασία υπό τη μορφή ενός εκτελεστού δικαιώματος το οποίο μπορούν να επικαλούνται στις σχέσεις τους με τα διοικητικά όργανα (Wakefield, 2007, 58-59).» Αναφέρεται στο *"Good Administration as a Fundamental Right"*, M. V. Kristjánsdóttir, STJÓRN MÁL & STJÓRNSÝSLA, 2013, σελ. 238, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

<https://skemman.is/bitstream/1946/16071/1/a.2013.9.1.12.pdf>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

⁶³ «Θεωρώ ότι αυτή η προσέγγιση είναι πολύ επιεικής και θα περίμενα το ΔΕΚ να δημιουργήσει μια υποχρεωτική διαδικασία παρόμοια με αυτήν που εφαρμόζεται σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή υποψιάζεται ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή βάσει του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24. Γενικά, πιστεύω ότι αντί να επικεντρωθεί αποκλειστικά στην αρχή της ίσης μεταχείρισης και της μη διάκρισης, αξίζει να υπογραμμιστεί η σημασία της αρχής της χρηστής διοίκησης. Από την άποψη αυτή, εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει απαίτηση συμμετοχής που δεν είναι προφανής από την τεκμηρίωση της προσφοράς, θα πρέπει να προχωρήσει σε υποχρεωτική φάση που επιτρέπει στους υποψηφίους να διορθώσουν την κατάσταση. Το ίδιο ισχύει για την ερμηνεία του άρθρου 56 (3) της οδηγίας 2014/24 όσον αφορά τη δυνατότητα (κατά τη γνώμη μου, μη διακριτικής ευχέρειας) να ζητήσει διευκρινίσεις από τους προσφέροντες και να «λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για να αποφευχθεί η απόρριψη των υποψηφίων τη βάση των ελλείψεων στα διαθέσιμα έγγραφα που θα μπορούσαν να ξεπεραστούν αν η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να ασκήσει το κατάλληλο επίπεδο επιμέλειας.» Αναφέρεται στο *"On the tricky issue of the interpretation of tender documents, the duty to seek clarification or, at least, allow for remediation of short-comings leading to exclusion of economic operators"* 2016, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

<http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/6/2/6e8u9eqwlrn1syez1hbp4dae5dzxex>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

3. Δυνατότητα Ex Post αξιολόγησης πρότερα υποβληθέντων δεδομένων

Στην απόφαση *Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας* (C-199/07), η Επιτροπή υποστηρίζει ότι ο όρος που περιλαμβάνεται στην επίμαχη προκήρυξη διαγωνισμού –κατά τον οποίο τα αλλοδαπά γραφεία μελετών και οι αλλοδαποί μελετητές που είχαν εκδηλώσει το ενδιαφέρον τους για διαγωνισμούς της ΕΡΓΑ ΟΣΕ ΑΕ κατά το χρονικό διάστημα των έξι μηνών προ της ημερομηνίας εκδήλωσης ενδιαφέροντος για τον οικείο διαγωνισμό και είχαν δηλώσει ότι έχουν προσόντα τα οποία αντιστοιχούν σε τάξεις πτυχίων διαφορετικές από τις καλούμενες για τον οικείο διαγωνισμό δεν θα γίνουν δεκτά ή δεκτοί– αντιβαίνει στην οδηγία 93/38, **καθόσον εισάγει πρόσθετο λόγο αποκλεισμού πέραν εκείνων που προβλέπει περιοριστικά το κοινοτικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων**. Ο προπαρατεθείς όρος εισάγει επίσης διάκριση σε βάρος των αλλοδαπών γραφείων μελετών και των αλλοδαπών μελετητών, η οποία αντιβαίνει στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, η οποία απορρέει από τα άρθρα 12 ΕΚ και 49 ΕΚ. Ο επίμαχος όρος αντιβαίνει επίσης στην αρχή της αμοιβαίας αναγνωρίσεως των διπλωμάτων, των πτυχίων και των λοιπών αποδεικτικών των τυπικών προσόντων.⁶⁴ Πρέπει να επισημανθεί συναφώς ότι, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, η αρχή της ίσης μεταχείρισης συνεπάγεται την υποχρέωση διαφάνειας. Οι αρχές αυτές, οι οποίες αποτελούν το θεμέλιο των κοινοτικών οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, συνεπάγονται, μεταξύ άλλων, ότι οι υποψήφιοι, ακόμη και οι απλώς πιθανοί υποψήφιοι, πρέπει να τυγχάνουν εν γένει ίσης μεταχείρισης και να διαθέτουν ίσες ευκαιρίες για να υποβάλουν την αίτηση συμμετοχής ή τις προσφορές τους (βλ., σχετικώς, αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, *Universale-Bau κ.λπ.*, σκέψη 93, και της 16ης Δεκεμβρίου 2008, C-213/07, *Μηχανική*, σκέψεις 44 και 45 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Ειδικότερα, οι πιθανοί ενδιαφερόμενοι πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχείρισης όσον αφορά το περιεχόμενο των πληροφοριών που περιλαμβάνονται σε προκήρυξη διαγωνισμού. **Δεν είναι σύμφωνο προς τις αρχές αυτές να απαιτείται από μια κατηγορία ενδιαφερομένων να απευθυνθεί στον οικείο αναθέτοντα φορέα προκειμένου να της παρασχεθούν διευκρινίσεις ως προς την πραγματική έννοια του περιεχομένου προκηρύξεως διαγωνισμού, ενώ η διατύπωσή της είναι απολύτως σαφής για έναν ευλόγως επιμελή και συνετό ενδιαφερόμενο**. Επίσης, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι οι οδηγίες, απαγορεύοντας κάθε διάκριση⁶⁵ μεταξύ των υποψηφίων, προστατεύουν και αυτούς που αποτράπηκαν από την υποβολή προσφοράς, καθόσον περιήλθαν σε μειονεκτική θέση λόγω της διαδικασίας που ακολούθησε ο αναθέτων φορέας (απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000,

⁶⁴ Απόφαση Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, C-199/07, σκέψη 31.

⁶⁵ «Η αρχή της ισότητας έχει σημαντική θέση στην ιστορία της ΕΕ και έχουν καταβληθεί πολλές προσπάθειες που αντιμετωπίζουν τις διακρίσεις (άρθρα 2 και 21 της ΣΕΕ). Ενώ καταρχήν αναπτύχθηκε η αρχή για να εξασφαλίσει ίση μεταχείριση μεταξύ ανδρών και γυναικών στην αγορά εργασίας, η αρχή εξελίχθηκε στην εξασφάλιση της ισότητας μεταξύ των πολιτών της ΕΕ. Στο πλαίσιο των δημόσιων συμβάσεων, όπως αναφέρεται στην εισαγωγή, ένας από τους κύριους παράγοντες της οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις ήταν να εξαλείψει τις διακρίσεις κατά των προσφερόντων από άλλα κράτη μέλη. Σύμφωνα με την οδηγία περί δημοσίων συμβάσεων, η αρχή της ίσης μεταχείρισης φαίνεται να χρησιμοποιείται ως «γενική αρχή» του δικαίου "για την ερμηνεία και την ανάπτυξη της νομοθεσίας της ΕΕ και δεν περιορίζεται σε περιπτώσεις ισότητας για λόγους εθνικότητας. [...] Σύμφωνα με τους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων, η αρχή της ίσης μεταχείρισης έχει καθοριστεί από το ΔΕΕ στην υπόθεση *Fabricom* (C-21/03 και C-34/03) ως εξής:

... η αρχή της ίσης μεταχείρισης απαιτεί να μην αντιμετωπίζονται παρόμοιες καταστάσεις διαφορετικά και ότι διαφορετικές καταστάσεις δεν αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο, εκτός αν μια τέτοια κατάσταση η διαφορά ή η ομοιότητα στην αντιμετώπιση μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά. (σκέψη 27)»

Αναφέρεται στο *"Identifying Opportunities for Sustainable Public Procurement Briefing Series Briefing No. 3: The guiding principles of public procurement transparency, equal treatment and proportionality"*, Client Earth, Οκτώβριος 2011, σελ. 3-4, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.clientearth.org/reports/procurement-briefing-no-3-guiding-principles-equal-treatment-transparency-proportionality.pdf>,

τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

C-16/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψη 109). Δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι ο επίμαχος όρος, καθόσον η διατύπωσή του είναι σαφής, μπορεί να αποτρέψει τα αλλοδαπά γραφεία μελετών και τους αλλοδαπούς μελετητές από το να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, όπως άλλωστε συνέβη εν προκειμένω. Πράγματι, ο προπαρατεθείς όρος δημιουργεί στα αλλοδαπά γραφεία μελετών και στους αλλοδαπούς μελετητές την **πεποίθηση** ότι εφόσον σε προηγούμενο διαγωνισμό του ίδιου αναθέτοντος φορέα είχαν δηλώσει διαφορετικά προσόντα από τα απαιτούμενα για τον διαγωνισμό τον οποίο αφορά η επίμαχη προκήρυξη, **θα αποκλείονταν αυτομάτως από τον νέο διαγωνισμό**. Συνεπώς, ένας αλλοδαπός υποψήφιος, όπως η επιχείρηση που υπέβαλε καταγγελία στην Επιτροπή, δεν διαθέτει ίσες ευκαιρίες με τους ημεδαπούς ενδιαφερομένους, λόγω της αποτρεπτικής και μη επιδεχόμενης παρερμηνεία διατυπώσεως του όρου αυτού και λόγω της ανάγκης να προβεί, παρά τη διατύπωση αυτή, σε επιπλέον διαβήματα προκειμένου να λάβει διευκρινίσεις όσον αφορά τους όρους συμμετοχής στη διαδικασία του διαγωνισμού. Διαπιστώνεται, επομένως, ότι **εξαιτίας της διατυπώσεως της επίμαχης προκηρύξεως διαγωνισμού εισάγεται διάκριση**, αναλόγως του κράτους μέλους εγκαταστάσεως του ενδιαφερομένου, σε βάρος των αλλοδαπών υποψηφίων, την οποία ουδόλως δικαιολόγησε η Ελληνική Δημοκρατία.⁶⁶ **Η διακριτική ευχέρεια επομένως, της αναθέτουσας αρχής να διατυπώσει πρόσθετους λόγους αποκλεισμού**, οι οποίοι μάλιστα οδηγούν σε μία ex post αξιολόγηση δεδομένων που κατετέθησαν στο πλαίσιο προηγούμενου διαγωνισμού, ως αντιβαίνουσα σε γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου δεν είναι ανεκτή από το Δικαστήριο.

Το ΔΕΕ σημειώνει ακόμη ότι ο όρος -κατά τον οποίο τα αλλοδαπά γραφεία μελετών και οι αλλοδαποί μελετητές που είχαν εκδηλώσει το ενδιαφέρον τους για διαγωνισμούς της ΕΡΓΑ ΟΣΕ ΑΕ κατά το χρονικό διάστημα των έξι μηνών προ της ημερομηνίας εκδηλώσεως ενδιαφέροντος για τον οικείο διαγωνισμό και είχαν δηλώσει ότι έχουν προσόντα τα οποία αντιστοιχούν σε τάξεις πτυχίων διαφορετικές από τις καλούμενες για τον οικείο διαγωνισμό δεν θα γίνουν δεκτά ή δεκτοί- στο μέτρο που συνιστά ένα αξιολογικό κριτήριο δεν αποτελεί «κριτήριο αναθέσεως», διότι δεν αποσκοπεί στον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφοράς. Διακριτική ευχέρεια έχει η αναθέτουσα αρχή τόσο στο δεύτερο στάδιο της ανάθεσης, όπου η αρχή ελευθέρως λαμβάνει υπ' όψη τα στοιχεία **αρκεί να σκιαγραφούν κάποια οικονομική συμφερότητα**. Στο πρώτο στάδιο της επιλογής, η διακριτική ευχέρεια απεκδύεται την τελολογική συστολή, καθώς προτείνεται ένα πλαίσιο εκτίμησης ευρύτερο: α) καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Και στα δύο στάδια πραγματοποιείται –υπό τις συνθήκες που περιγράψαμε ανωτέρω- αξιολογική διαδικασία, αλλά κατά το ΔΕΕ πρέπει να είναι διακριτά τα δύο στάδια και η αρχή να καθιστά σαφές πότε προβαίνει στο ένα ή στο επόμενο βήμα, γιατί είναι διαφορετικό το πλαίσιο συνάρτησης των στοιχείων με τον προσβλεπόμενο σε κάθε στάδιο σκοπό.

Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι στην παράγραφο 2, η οποία φέρει τον τίτλο «Κριτήρια ανάθεσης», του τμήματος IV της επίμαχης προκηρύξεως διαγωνισμού, διαπιστώνεται **απαράδεκτη σύγχυση**⁶⁷ μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων και των κριτηρίων ανάθεσης της εκτελέσεως της συμβάσεως. Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι με την

⁶⁶ Απόφαση Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, C-199/07, σκέψεις 37-43.

⁶⁷ «Η αυστηρή διάκριση που υιοθετήθηκε στην Lianakis επιβεβαιώθηκε εκ νέου από το Γενικό Δικαστήριο τον Δεκέμβριο του 2012 στην Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά EFSA (υπόθεση T-457/07), όταν δήλωσε ότι:

“Τα κριτήρια ανάθεσης δεν μπορούν να περιλαμβάνουν κριτήρια που δεν αποσκοπούν στην αναγνώριση της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, αλλά συνδέονται ουσιαστικά με την αξιολόγηση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των προσφερόντων να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση” (σημείο 68).» Αναφέρεται στο “Limiting Lianakis: the selection/award dichotomy revisited”, W. Kale, 27/02/2013, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://publicsectorblog.practicallaw.com/limiting-lianakis-the-selectionaward-dichotomy-revisited/>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

οδηγία 93/38 καθιερώνεται σύστημα ανάλογο αυτού που καθιερώθηκε με την οδηγία 92/50, βάσει του οποίου πρέπει να διακρίνονται⁶⁸ δύο στάδια της διαδικασίας, εκ των οποίων το μεν πρώτο αφορά τον καθορισμό των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων, το δε δεύτερο τον καθορισμό κριτηρίων για την ανάθεση της εκτελέσεως της συμβάσεως. Υφίστανται, επομένως, δύο χωριστά στάδια της διαδικασίας αναθέσεως (όπως καθίσταται εμφανές και από τις τελευταίες Οδηγίες του 2014), τα οποία έχουν διαφορετικούς σκοπούς, μολονότι δεν απαγορεύεται, κατά την Επιτροπή, η ταυτόχρονη διενέργεια του ελέγχου της καταλληλότητας των υποψηφίων και η ανάθεση της εκτελέσεως της συμβάσεως. Από τη νομολογία προκύπτει συναφώς ότι, αν και οι κοινοτικές οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων δεν αποκλείουν τυπικά την ταυτόχρονη διενέργεια του ελέγχου της καταλληλότητας των υποψηφίων και της αναθέσεως της εκτελέσεως της συμβάσεως, εντούτοις οι δύο αυτές διαδικασίες είναι αυτοτελείς και διέπονται από διαφορετικούς κανόνες (βλ., κατ' αναλογία, αποφάσεις της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87, Beentjes, σκέψεις 15 και 16, και της 24ης Ιανουαρίου 2008, C-532/06, Λιανάκης κ.λπ., σκέψη 26). Συγκεκριμένα, ο έλεγχος της καταλληλότητας των υποψηφίων διενεργείται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα κριτήρια οικονομικής, χρηματοοικονομικής και τεχνικής ικανότητας (καλούμενα «κριτήρια ποιοτικής επιλογής») (βλ., κατ' αναλογία, προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes, σκέψη 17, και Λιανάκης κ.λπ., σκέψη 27). Αντιθέτως, η ανάθεση της εκτελέσεως της συμβάσεως στηρίζεται στα κριτήρια τα οποία συντείνουν στο να καθοριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά (βλ., κατ' αναλογία, προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes, σκέψη 18, και Λιανάκης κ.λπ., σκέψη 28). Μολονότι, παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές η ευχέρεια να επιλέγουν τα κριτήρια αναθέσεως της εκτελέσεως της συμβάσεως που προτίθενται να εφαρμόσουν, εντούτοις η επιλογή αυτή αφορά αποκλειστικά τα κριτήρια βάσει των οποίων θα καθορισθεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά (βλ., κατ' αναλογία, προπαρατεθείσα απόφαση Beentjes, σκέψη 19, αποφάσεις της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, SIAC Construction, σκέψεις 35 και 36, της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, σκέψεις 54 και 59, και της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, σκέψεις 63 και 64, καθώς και προπαρατεθείσα απόφαση Λιανάκης κ.λπ., σκέψη 29). Ως εκ τούτου, δεν συνιστούν «κριτήρια αναθέσεως» τα κριτήρια τα οποία δεν σκοπούν στον καθορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς, αλλά αφορούν κυρίως την εκτίμηση της καταλληλότητας των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό να εκτελέσουν την οικεία σύμβαση (βλ., κατ' αναλογία, προπαρατεθείσα απόφαση Λιανάκης κ.λπ., σκέψη 30). Στην υπό κρίση υπόθεση, τα κριτήρια τα οποία επέλεξε η αναθέτουσα αρχή ως «κριτήρια αναθέσεως», στο τμήμα IV, παράγραφος 2, της επίμαχης προκηρύξεως διαγωνισμού, αφορούν την πείρα και την ουσιαστική ικανότητα να διασφαλισθεί η σύμφωνη με τα προβλεπόμενα εκτέλεση της οικείας συμβάσεως. Πρόκειται για κριτήρια που αφορούν την καταλληλότητα των συμμετεχόντων

⁶⁸ «Για παράδειγμα, όπως άλλωστε υποστηρίχθηκε και σε άλλη περίπτωση, το συμπέρασμα του Δικαστηρίου στην υπόθεση Lianakis ότι τα κριτήρια αναθέσεως δεν περιείχαν κριτήρια που «συνδέονταν ουσιαστικά» με την αξιολόγηση της δυνατότητας των προσφερόντων να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση, φαίνεται να εισάγει την προϋπόθεση ότι υπάρχει σαφής διάκριση μεταξύ των παραγόντων που θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως κριτήρια επιλογής και των παραγόντων που θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως κριτήρια ανάθεσης. Η απόφαση του Δικαστηρίου επί του σημείου αυτού ήταν ιδιαίτερη έκπληξη δεδομένου ότι, όπως στην προκειμένη περίπτωση, ένα από τα εξεταζόμενα κριτήρια ανάθεσης αφορούσε την «ικανότητα εκτέλεσης της σύμβασης με προβλεπόμενη προθεσμία». Το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι το κριτήριο αυτό δεν διέθετε τα κατάλληλα χαρακτηριστικά για να χαρακτηριστεί ως κριτήριο ανάθεσης, παρά το γεγονός ότι η σχετική οδηγία ρητά αναφέρεται στην "ημερομηνία παράδοσης, περίοδο παράδοσης ή περίοδο ολοκλήρωσης" (άρθρο 31 παρ.1)» Αναφέρεται στο "European Court of Justice case comment - Discriminatory selection criteria and the nature of award criteria - applying the Lianakis ruling in a utilities context: Commission v Greece (C-199/07)", Μάιος 2010, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/28364/european-court-of-justice-case-comment-discriminatory-selection-criteria-and-the-nature-of-award-criteria->, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

στον διαγωνισμό να εκτελέσουν τη σύμβαση και τα οποία δεν αποτελούν «κριτήρια αναθέσεως».⁶⁹

Επομένως, το ΔΕΕ απορρίπτει το πρόσθετο αξιολογικό κριτήριο πέραν της **αντίθεσής του στην γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου περί ίσης μεταχειρίσεως** και κατά το σημείο της **λαθεμένης υπαγωγής του στο στάδιο αναθέσεως, ενώ ένεκα της αξιολογικής του φύσης περί καταλληλότητας** θα έπρεπε να συνυφαίνεται με την ποιοτική επιλογή –όπου και περιλαμβάνονται διαρθρωτικά οι λόγοι αποκλεισμού. Σε καμμία περίπτωση, **το ΔΕΕ δεν αμφισβητεί με αυτήν την απόφαση γενικά την δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να εισάγει κριτήρια αποκλεισμού κατά την κρίση της**, εφόσον δεν καταστρατηγούν το ενωσιακό δίκαιο εν γένει και τις προδιαγραφές που αυτό θέτει. Κατά την άποψη της Γενικής Εισαγγελέως, η διατύπωση (άρθρο 31, παράγραφος 2 Οδηγίας 93/38) υποδηλώνει σαφώς ότι τα κριτήρια αποκλεισμού που απαριθμεί –ακόμη και για τις κλειστές διαδικασίες ή τις διαδικασίες με διαπραγματεύσεις– **δεν είναι περιοριστικά** (αυτήν την άποψη δεν την ασπάζεται το ΔΕΕ, το οποίο θεωρεί την απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού **εξαντλητική βάσει της Κοινοτικής Νομοθεσίας**, αλλά παρόλα αυτά καταλείπει περιθώριο εισαγωγής πρόσθετων λόγων αποκλεισμού –βλ. παρακάτω). Προκειμένου να καταδειχθεί η άποψη της μη περιοριστικής απαρίθμησης: το αγγλικό κείμενο αναφέρει ότι «The criteria used may include the criteria specified in Article 23 of Directive 71/305/EEC and in Article 20 of Directive 77/62/EEC». Σύμφωνα με το γαλλικό κείμενο «Les critères utilisés peuvent inclure ceux d'exclusion énumérés à l'article 23 de la directive 71/305/CEE et à l'article 20 de la directive 77/62/CEE», ενώ κατά το γερμανικό κείμενο «Die angewandten Kriterien können die in Artikel 23 der Richtlinie 71/305/EWG und Artikel 20 der Richtlinie 77/62/EWG angegebenen Ausschließungsgründe einschließen». Με τη φράση «είναι δυνατόν να περιλαμβάνουν», την οποία περιλαμβάνει το κείμενο της διατάξεως στις διάφορες γλώσσες, νοείται ότι τα παρατιθέμενα κριτήρια επιλογής είναι ενδεικτικά και όχι περιοριστικά.⁷⁰ Διαφορετική είναι η νομοθετική κατάσταση σήμερα. Στις τρεις τελευταίες οδηγίες της Ε.Ε. η καταγραφή των λόγων αποκλεισμού δεν αφήνει διακριτικό περιθώριο ως προς την επιβολή νέων κριτηρίων αποκλεισμού, καίτοι σε κάποια σημεία γίνεται μνεία ότι η αναθέτουσα αρχή «μπορεί να αποκλείει», **υπαινισσόμενη –κατά την γράφουσα- την δυνατότητα μόνον μη αποκλεισμού ακόμη και αν η προϋπόθεση αποκλεισμού πληρούται. Θετική –κατ' ευχέρεια- δύναμη αποκλεισμού δεν καθιερώνεται για τις αναθέτουσες αρχές με τις νέες οδηγίες.**⁷¹

4. Παραδοχή από το ΔΕΕ εξαντλητικής απαρίθμησης λόγων αποκλεισμού – Διακριτική Ευχέρεια των Αναθετουσών Αρχών προς τούτο χάριν Γενικών Σκοπών

Θα ήταν αξιομνημόνευτη παράλειψη εάν δεν αναφέραμε την πολύκροτη ελληνική υπόθεση *Μηχανική ΑΕ* ενώπιον του ΔΕΕ (γνωστή και ως υπόθεση *Βασικού Μετόχου*) για να εντοπίσουμε με δέος **το εύρος της πάλαι ποτέ διακριτικής ευχέρειας των κρατών-μελών και εξ εθνικής νομοθετικής αντανάκλασεως των εθνικών αναθετουσών αρχών ως προς τον προσδιορισμό των λόγων αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων**. Το ελληνικό Συμβούλιο της Επικρατείας ενώπιον του οποίου ήχθη η υπόθεση, απηύθυνε προδικαστικό ερώτημα σχετικά στο ΔΕΕ. Το Δικαστήριο προείπε όσα απεφάνθη έπειτα στην υπόθεση *ERGA OSE*. Συγκεκριμένα, το αιτούν δικαστήριο ερώτησε, κατ' ουσίαν, αν η απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό ανάθεσης σύμβασης δημοσίων έργων, τους

⁶⁹ Απόφαση Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, C-199/07, σκέψεις 50-56.

⁷⁰ Υπόθεση Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, C-199/07, Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα Eleanor Sharpston της 9^{ης} Ιουλίου 2009, σκέψη 61.

⁷¹ Άρθρο 38§4 Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, άρθρο 57§1-4 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, άρθρο 80 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

οποίους προβλέπει το άρθρο 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37, είναι ή όχι περιοριστική.⁷² Περιλαμβανόμενο στο κεφάλαιο που αφορά τα κριτήρια «ποιοτικής» επιλογής, το εν λόγω άρθρο 24 απαριθμεί, στο πρώτο εδάφιο του, επτά λόγους αποκλεισμού της συμμετοχής ενός εργολήπτη, που έχουν σχέση με τις επαγγελματικές ιδιότητες του ενδιαφερομένου και, ειδικότερα, με την επαγγελματική του εντιμότητα, τη φερεγγυότητά του καθώς και τη χρηματοδοτική και οικονομική του ικανότητά του (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 10ης Φεβρουαρίου 1982, 76/81, Transporoute, σκέψη 9, και απόφαση La Cascina κ.λπ., σκέψη 21). Συναφώς, πρέπει να τονιστεί ότι, όπως αναφέρει και το Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η προσέγγιση του κοινοτικού νομοθέτη συνίσταται στην πρόβλεψη λόγων αποκλεισμού που στηρίζονται αποκλειστικά στην αντικειμενική διαπίστωση περιστάσεων ή συμπεριφορών οι οποίες αφορούν συγκεκριμένο εργολήπτη και είναι ικανές να θέσουν υπό αμφισβήτηση την επαγγελματική του εντιμότητα ή την οικονομική ή χρηματοδοτική του ικανότητα να ολοκληρώσει τις εργασίες που καλύπτει η δημόσια σύμβαση στο πλαίσιο της ανάθεσης της οποίας ο εργολήπτης αυτός υποβάλλει προσφορά. Υπό τις συνθήκες αυτές, το ΔΕΕ έκρινε ότι πρέπει να θεωρηθεί ότι το άρθρο 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37 **απαριθμεί κατά τρόπο εξαντλητικό τις αιτίες που μπορούν να δικαιολογήσουν αποκλεισμό ενός εργολήπτη από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους στηριζόμενους σε αντικειμενικά στοιχεία και απτόμενους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων. Κατά συνέπεια, το άρθρο αυτό εμποδίζει τα κράτη μέλη ή τις αναθέτουσες αρχές να συμπληρώνουν τον κατάλογο** τον οποίο περιέχει με άλλους λόγους αποκλεισμού στηριζόμενους σε κριτήρια σχετικά με την επαγγελματική ιδιότητα (βλ., κατ' αναλογία, προμνησθείσα απόφαση La Cascina κ.λπ., σκέψη 22). **Η εξαντλητική απαρίθμηση του άρθρου 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37 δεν αποκλείει, ωστόσο, την ευχέρεια των κρατών μελών να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν ουσιαστικούς κανόνες αποσκοπούντες, μεταξύ άλλων, στη διασφάλιση, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, καθώς και της συνακόλουθης αρχής της διαφάνειας, τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν** σε κάθε διαδικασία ανάθεσης μιας τέτοιας σύμβασης (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, απόφαση ARGE, σκέψη 24, και απόφαση της 16ης Οκτωβρίου 2003, C-421/01, Traunfellner, σκέψη 29). Πράγματι, οι εν λόγω αρχές, οι οποίες σημαίνουν, ιδίως, ότι στους διαγωνιζομένους πρέπει να επιφυλάσσεται ίση μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους όσο και κατά τον χρόνο που οι προσφορές τους αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, αποφάσεις της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, SIAC Construction, σκέψη 34, και της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom, σκέψη 47), αποτελούν τη βάση των οδηγιών των σχετικών με τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση Universale-Bau κ.λπ., σκέψη 91, και απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, σκέψη 73), **το δε καθήκον των αναθετουσών αρχών να τηρούν τις αρχές αυτές αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών αυτών** (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, αποφάσεις της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, σκέψη 81, και της 3ης Μαρτίου 2005, C-21/03 και C-34/03, σκέψη 26). Το άρθρο 6, παράγραφος 6, της οδηγίας 93/37 διευκρινίζει, εξάλλου, ότι οι αναθέτουσες αρχές μεριμνούν ώστε να μη δημιουργούνται διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων εργοληπτών. Επομένως, ένα κράτος μέλος έχει δικαίωμα να προβλέψει, επιπλέον των λόγων αποκλεισμού που στηρίζονται σε αντικειμενικές σκέψεις απτόμενες της επαγγελματικής ιδιότητας, οι οποίοι απαριθμούνται περιοριστικώς στο άρθρο 24, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 93/37, **μέτρα αποκλεισμού αποσκοπούντα στη διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης όλων των υποβαλλόντων προσφορά, καθώς και της αρχής της διαφάνειας**, στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων. Ωστόσο, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου (βλ., μεταξύ άλλων,

⁷² Απόφαση Μηχανική ΑΕ, C-213/07, σκέψη 37.

απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2004, C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47), τα μέτρα αυτά δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του στόχου αυτού μέτρου (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, απόφαση Fabricom, σκέψη 34).⁷³

Στις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα παρουσιάζεται ενδελεχώς το περίγραμμα των προϋποθέσεων⁷⁴ που ισχύουν για τις πρόσθετες περιπτώσεις αποκλεισμού με αφετηριακό λάκτισμα την εν λόγω πολύκροτη υπόθεση. Η οδηγία 93/37 δεν απαγορεύει κατά το πνεύμα του κοινοτικού δικαίου, επομένως, στα κράτη μέλη να προσθέσουν λόγους αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης δημοσίων έργων πέραν αυτών του καταλόγου που περιέχει το άρθρο 24 της οδηγίας, εφόσον αποσκοπούν στη διασφάλιση της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Αυτή ακριβώς είναι η δικαιολογία που επικαλείται η Ελληνική Κυβέρνηση υπέρ του ασυμβίβαστου μεταξύ του τομέα των μέσων ενημέρωσης και του τομέα των δημοσίων έργων, το οποίο καθιερώνει το άρθρο 14, παράγραφος 9, του ελληνικού Συντάγματος. Υποστηρίζει ότι το εν λόγω ασυμβίβαστο αποσκοπεί στη διασφάλιση της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, εμποδίζοντας κάθε ενδεχόμενο να κάνει μια διαγωνιζόμενη επιχείρηση χρήση της ισχύος των μέσων ενημέρωσης για να επηρεάσει προς όφελός της την τελική απόφαση για την ανάθεση της σύμβασης. Ο αποκλεισμός των επιχειρηματιών μέσων ενημέρωσης και των εργοληπτών που συνδέονται με επιχείρηση μέσων ενημέρωσης λαμβάνει, συνεπώς, υπόψη ότι, δεδομένης της πίεσης που είναι δυνατόν να ασκήσουν στην αναθέτουσα αρχή χάρη στην ισχύ που αντλούν από τα μέσα ενημέρωσης, οι εργολήπτες αυτοί έχουν περισσότερες πιθανότητες να τους ανατεθεί μια δημόσια σύμβαση απ' ό,τι οι ανταγωνιστές τους και, ως εκ τούτου, δεν βρίσκονται οπωσδήποτε, όσον αφορά τη διαδικασία ανάθεσης αυτής της σύμβασης και από πλευράς του σκοπού λειτουργίας του ανταγωνισμού τον οποίο επιδιώκει το κοινοτικό δίκαιο στον τομέα αυτόν, στην ίδια κατάσταση με τους τελευταίους. Είναι αληθές ότι η Ελληνική Κυβέρνηση υποστηρίζει επίσης ότι το ασυμβίβαστο που προβλέπει το εθνικό Σύνταγμα αποσκοπεί και στην προστασία της πολυφωνίας του Τύπου και των μέσων ενημέρωσης. Στόχος του είναι να αποτρέπει καταστάσεις όπου μια αναθέτουσα αρχή ασκεί πίεση σε επιχείρηση μέσων ενημέρωσης υποψήφια για την ανάθεση σύμβασης δημοσίων έργων και εξασφαλίζει έτσι μια κάποια ευνοϊκή μεταχείριση όσον αφορά την εκ μέρους της επιχείρησης παρουσίαση της πολιτικής της εν λόγω αρχής, ή ακόμα, όπως υποστήριξε η Ελληνική Κυβέρνηση, να εμποδίζει καταστάσεις όπου μια επιχείρηση μέσων ενημέρωσης, υποψήφια για την ανάθεση σύμβασης δημοσίων έργων, επιδιώκει, με τη δέσμευση ή την πρακτική ευνοϊκής παρουσίας της πολιτικής των δημοσίων αρχών, σε βάρος της ανεξαρτησίας και της πολυφωνίας του Τύπου, να επηρεάσει την τελική απόφαση ανάθεσης της σύμβασης. Στην πραγματικότητα, όμως, στο ιδιαίτερο πλαίσιο της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, **αυτός ο διακηρυσσόμενος στόχος της προστασίας της πολυφωνίας του Τύπου έχει απλώς παρεπόμενο χαρακτήρα και δεν είναι πραγματικά αυτοτελής σε σχέση προς τον σκοπό της εξασφάλισης της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης.** Πράγματι, μόνον αν –και στο μέτρο που– ο αναθέτων φορέας δεν τηρήσει, κατά τη διαδικασία επιλογής των υποψηφίων, αντικειμενικά, διαφανή και μη εισάγοντα δυσμενείς διακρίσεις κριτήρια μπορεί να χρησιμοποιήσει την εξουσία του προς ανάθεση της σύμβασης είτε για να ασκήσει επιρροή στην πολιτική γραμμή μιας επιχείρησης μέσων ενημέρωσης υποψήφιας για την ανάθεση σύμβασης δημοσίων έργων είτε για να «ανταμείψει» την πολιτική γραμμή της επιχείρησης αυτής. Με άλλες λέξεις, οι λόγοι αποκλεισμού που προβλέπει το ελληνικό δίκαιο αποσκοπούν στην πρόληψη των συγκρούσεων συμφερόντων μεταξύ των αναθετόντων φορέων και των επιχειρήσεων μέσων ενημέρωσης, που θα μπορούσαν να ενθαρρύνουν πρακτικές δωροδοκίας ή

⁷³ Απόφαση Μηχανική ΑΕ, C-213/07, σκέψεις 41-48.

⁷⁴ Υπόθεση Μηχανική ΑΕ, C-213/07, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα M. Poiares Maduro της 8^{ης} Οκτωβρίου 2008, σκέψεις 25-35.

δωροληψίας ικανές να νοθεύσουν τη διαδικασία επιλογής των αναδόχων δημοσίων συμβάσεων έργων. Φαίνεται, λοιπόν, ότι διατάξεις όπως οι επίδικες στην υπόθεση άπτονται της τήρησης της ίσης μεταχείρισης, που είναι απαραίτητη για την επίτευξη του σκοπού της ανάπτυξης ουσιαστικού ανταγωνισμού τον οποίο επιδιώκει η κοινοτική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων. Φαίνεται, επίσης, ότι ανταποκρίνονται σε μια **συναφή ανάγκη, την οποία δεν κάλυπταν οι διατάξεις της οδηγίας 93/37**. Αυτό επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι με την οδηγία 2004/18, η οποία αντικατέστησε την οδηγία 93/37, προστέθηκαν νέες περιπτώσεις αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, ιδίως η περίπτωση της δωροδοκίας, που καλύπτουν εν μέρει την περίπτωση στην οποία αναφέρεται το ελληνικό Σύνταγμα. Η αναγνώριση αυτού του σκοπού του γενικού ασυμβίβαστου μεταξύ του τομέα των μέσων ενημέρωσης και του τομέα των δημοσίων έργων το οποίο προβλέπεται από το ελληνικό Σύνταγμα αμφισβητήθηκε από παρεμβαίνοντα της κύριας δίκης με τις παρατηρήσεις που διατύπωσε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Κατά την άποψη του παρεμβαίνοντος αυτού, δεν μπορεί a priori να θεωρηθεί ότι, καταρχήν, η άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας στο σύνολό της μπορεί να απειλήσει τη διαφάνεια και την ίση μεταχείριση στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης των δημοσίων συμβάσεων. Αν γίνει δεκτή η νομιμότητα της ανάλυσης που υποστηρίζουν οι ελληνικές αρχές και σύμφωνα με την οποία η άσκηση της δραστηριότητας των μέσων ενημέρωσης είναι ικανή να επηρεάσει την απόφαση για την ανάθεση της σύμβασης, ανάλογη επίκριση θα μπορούσε να διατυπωθεί και για πολλές άλλες οικονομικές δραστηριότητες. Ειδικότερα, μια τράπεζα, η οποία θα μπορούσε να είναι εξάλλου και μέτοχος σε επιχείρηση δημοσίων έργων, θα ήταν εξίσου ικανή, μέσω της δραστηριότητάς της εγγραφής δημοσίων δανείων, να ασκήσει πίεση στον αναθέτοντα φορέα και να επηρεάσει την απόφασή του για την ανάθεση της σύμβασης. **Ωστόσο, πρέπει να αναγνωριστεί στα κράτη μέλη, υπό τον έλεγχο του Δικαστηρίου, κάποια διακριτική ευχέρεια ως προς τον καθορισμό των ενδεδειγμένων περιπτώσεων αποκλεισμού προς τον σκοπό της διασφάλισης της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης** στις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος είναι το πλέον αρμόδιο να κρίνει ποιες είναι, στο εθνικό του πλαίσιο, οι συγκρούσεις συμφερόντων που ενδέχεται να προκύψουν και να απειλήσουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, οι οποίες πρέπει να τηρούνται κατά τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων. Η εκτίμηση στην οποία προέβησαν οι ελληνικές δημόσιες αρχές τις οδήγησε να θεωρήσουν ότι, υπό τις ιδιαίτερες συνθήκες της Ελλάδας, ήταν πιθανόν να υπάρξουν συγκρούσεις συμφερόντων που θα μπορούσαν να οδηγήσουν στην ανάπτυξη πρακτικών δωροδοκίας και δωροληψίας εκ μέρους των αναθετουσών αρχών, αν δεν απέκλειαν από τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων τις κατασκευαστικές επιχειρήσεις που συνδέονται με επιχειρήσεις μέσων ενημέρωσης. Εντεύθεν και το ασυμβίβαστο που προβλέπεται από το άρθρο 14, παράγραφος 9 του ελληνικού Συντάγματος. Συνεπώς, στο πλαίσιο αυτής της ειδικής εκτίμησης του τι νομίζουν ότι απαιτεί η τήρηση, στην Ελλάδα, των κοινοτικών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, οι ελληνικές δημόσιες αρχές επικαλούνται, κατά κάποιον τρόπο, μια εκτίμηση του εθνικού συνταγματικού δικαίου. Από το σκεπτικό της απόφασης περί παραπομπής προκύπτει ότι τέθηκε το ζήτημα κατά πόσον η περίπτωση αυτή ήταν ικανή να επηρεάσει την κρίση ως προς το συμβατό του εν λόγω λόγου αποκλεισμού με το κοινοτικό δίκαιο. Είναι αληθές ότι **ο σεβασμός της συνταγματικής ταυτότητας**⁷⁵ των κρατών μελών αποτελεί καθήκον για την Ευρωπαϊκή Ένωση. Το

⁷⁵ «Σαφώς, η αναγνώριση της συνταγματικής ταυτότητας των Κρατών-Μελών στο άρθρο 4 (2) ΣΕΕ μπορεί να θεωρηθεί ως περιοχή πιθανής επικάλυψης. Μπορεί να κατανοηθεί ότι οι συνταγματικές νόρμες ενός κράτους-μέλους που είναι και μέρος της ταυτότητάς του δεν πρέπει να είναι απλώς σεβαστές και προστατευτές από τους θεσμούς του κράτους-μέλους, αλλά και από τους θεσμούς της Ένωσης. [...]» Αναφέρεται στο “Respecting Constitutional Identity in EU”, L. Besselink, Common Market Law Review, 2012, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/227431>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

καθήκον αυτό το είχε από τον χρόνο της ίδρυσής της. Πράγματι, αποτελεί στοιχείο της ίδιας της ουσίας του ευρωπαϊκού σχεδίου που ξεκίνησε στις αρχές της δεκαετίας του 50 και συνίσταται στην πορεία προς την ολοκλήρωση με παράλληλη διατήρηση της πολιτικής οντότητας των κρατών. Απόδειξη αυτού είναι ότι το καθήκον αυτό διατυπώθηκε ρητώς για πρώτη φορά με την ευκαιρία της αναθεώρησης των Συνθηκών, της οποίας οι πρόοδοι προς την ολοκλήρωση την οποία προέβλεπε κατέστησαν αναγκαία, στα μάτια των συντακτών της, την υπόμνησή του. Έτσι, το άρθρο ΣΤ, παράγραφος 1, της Συνθήκης του Μάαστριχτ, νυν άρθρο 6, παράγραφος 3, της Συνθήκης για την Ένωση, ορίζει ότι «[η] Ένωση σέβεται την εθνική ταυτότητα των κρατών μελών της». Η εθνική ταυτότητα στην οποία αναφέρεται η διάταξη αυτή περιλαμβάνει προφανώς τη συνταγματική ταυτότητα του κράτους μέλους. Αυτό επιβεβαιώνεται, εν ανάγκη, από τη ρητή απαρίθμηση των στοιχείων της εθνικής ταυτότητας την οποία επιχειρούν το άρθρο I-5 του Συντάγματος της Ευρώπης και το άρθρο 4, παράγραφος 2, της Συνθήκης για την Ένωση, όπως διαμορφώθηκε με τη Συνθήκη της Λισαβόνας. Πράγματι, από την πανομοιότυπη διατύπωση των δύο αυτών κειμένων προκύπτει ότι **η Ένωση σέβεται «την εθνική [...] ταυτότητα [των κρατών μελών] που είναι συμφυής με τη θεμελιώδη πολιτική και συνταγματική τους δομή»**. Από αυτή την υποχρέωση, που επιβάλλουν στην Ευρωπαϊκή Ένωση τα ιδρυτικά της κείμενα, να σέβεται την εθνική ταυτότητα των κρατών μελών, συμπεριλαμβανομένης της συνταγματικής της διάστασης, η νομολογία έχει συναγάγει ορισμένες συνέπειες. Από την προσεκτική ανάγνωσή της προκύπτει ότι ένα κράτος μέλος μπορεί, σε ορισμένες περιπτώσεις και, βεβαίως, υπό τον έλεγχο του Δικαστηρίου, να επικαλεστεί τη διαφύλαξη της εθνικής του ταυτότητας για να δικαιολογήσει μια παρέκκλιση από την εφαρμογή των περί κυκλοφορίας θεμελιωδών ελευθεριών. Μπορεί, καταρχάς, να την επικαλεστεί ρητώς ως θεμιτό και αυτοτελή λόγο παρέκκλισης. Πράγματι, το Δικαστήριο έχει δεχθεί ρητώς ότι η διαφύλαξη της εθνικής ταυτότητας των κρατών μελών «αποτελεί θεμιτό στόχο εντός της κοινοτικής έννομης τάξης»⁷⁶, έστω και αν έκρινε τον επίδικο στην υπόθεση εκείνη περιορισμό δυσανάλογο, καθόσον το προβαλλόμενο συμφέρον μπορούσε να διασφαλιστεί αποτελεσματικά με άλλα μέσα. Η διαφύλαξη της εθνικής συνταγματικής ταυτότητας μπορεί επίσης να επιτρέψει σε ένα κράτος μέλος να αναπτύξει, εντός ορισμένων ορίων, τη δική του αντίληψη σχετικά με ένα θεμιτό συμφέρον ώστε να δικαιολογήσει ένα εμπόδιο στη θεμελιώδη ελευθερία της κυκλοφορίας. Έτσι, σε κράτος μέλος που προέβαλλε την προστασία που οφείλεται στην αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας την οποία εγγυάται το εθνικό του σύνταγμα για να δικαιολογήσει έναν περιορισμό στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, το Δικαστήριο απάντησε, ασφαλώς, ότι η ανθρώπινη αξιοπρέπεια προστατεύεται στην κοινοτική έννομη τάξη ως γενική αρχή του δικαίου. Αναγνώρισε, ωστόσο, στο κράτος μέλος ευρεία ελευθερία προς καθορισμό του περιεχομένου και της έκτασης εφαρμογής της αναλόγως της δικής του αντίληψης όσον αφορά την προάσπιση αυτού του θεμελιώδους δικαιώματος στην επικράτειά του, λαμβανομένων υπόψη των εθνικών ιδιαιτεροτήτων.⁷⁷ Κατά συνέπεια, το γεγονός ότι την αντίληψη που έχει ένα κράτος μέλος σχετικά με ένα θεμελιώδες δικαίωμα δεν τη συμμερίζονται τα λοιπά κράτη μέλη δεν απαγορεύει στο εν λόγω κράτος μέλος να την επικαλεστεί προς δικαιολόγηση ενός περιορισμού στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Αν ο σεβασμός της συνταγματικής ταυτότητας των κρατών μελών μπορεί, συνεπώς, να συνιστά θεμιτό συμφέρον ικανό να δικαιολογήσει, καταρχήν, έναν περιορισμό των υποχρεώσεων που επιβάλλονται από το κοινοτικό δίκαιο, κατά μείζονα λόγο μπορεί να τον επικαλεστεί ένα κράτος μέλος για να δικαιολογήσει τη δική του εκτίμηση των συνταγματικών μέτρων που πρέπει να συμπληρώσουν την κοινοτική νομοθεσία προς εξασφάλιση, εντός της επικράτειάς

⁷⁶ Στο πλαίσιο υπόθεσης στην οποία το κράτος μέλος επικαλείτο τη διαφύλαξη της εθνικής ταυτότητας προς δικαιολόγηση του αποκλεισμού των υπηκόων των άλλων κρατών μελών από την πρόσβαση σε θέσεις εργασίας στη δημόσια εκπαίδευση (βλ. απόφαση της 2ας Ιουλίου 1996, C-473/93, Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου, σκέψη 35).

⁷⁷ Βλ. απόφαση της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-36/02, Omega.

του, των αρχών και κανόνων που θεσπίζει ή επί των οποίων βασίζεται η εν λόγω νομοθεσία. Πρέπει, ωστόσο, να διευκρινιστεί ότι **ο σεβασμός αυτός της συνταγματικής ταυτότητας των κρατών μελών δεν μπορεί να εκληφθεί ως απόλυτος σεβασμός όλων των εθνικών συνταγματικών κανόνων**. Αν ίσχυε αυτό, τα εθνικά συντάγματα θα μπορούσαν να αποτελέσουν ένα μέσο που θα επέτρεπε στα κράτη μέλη να απαλλάσσονται από την υποχρέωση τήρησης του κοινοτικού δικαίου σε ορισμένους τομείς.⁷⁸ Επιπλέον, θα μπορούσαν να προκύψουν διακρίσεις μεταξύ κρατών μελών αναλόγως του περιεχομένου που αποδίδουν τα κράτη αυτά στα εθνικά συντάγματά τους. Όπως το κοινοτικό δίκαιο λαμβάνει υπόψη του τη συνταγματική ταυτότητα των κρατών μελών, έτσι και το εθνικό συνταγματικό δίκαιο οφείλει να προσαρμόζεται στις επιταγές της κοινοτικής έννομης τάξης. Εν προκειμένω, οι **εθνικοί συνταγματικοί κανόνες μπορούν να ληφθούν υπόψη, στο μέτρο που εμπίπτουν στη διακριτική ευχέρεια την οποία διαθέτουν τα κράτη μέλη για τη διασφάλιση του σεβασμού της αρχής της ίσης μεταχείρισης τον οποίο επιβάλλει η οδηγία**. Η άσκηση της εν λόγω διακριτικής ευχέρειας πρέπει, ωστόσο, να παραμένει εντός των ορίων που καθορίζει η αρχή αυτή και η ίδια η οδηγία. Συνεπώς, ο εθνικός συνταγματικός κανόνας είναι κρίσιμος, εν προκειμένω, προς καθορισμό του εθνικού πλαισίου εντός του οποίου πρέπει να εφαρμόζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ υποψηφίων για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, προς καθορισμό, εντός του πλαισίου αυτού, των κινδύνων σύγκρουσης συμφερόντων και, τέλος, προς εκτίμηση της σημασίας που πρέπει να αποδίδεται, στην εθνική έννομη τάξη, στην πρόληψη αυτών των συγκρούσεων και, ως εκ τούτου, του επιπέδου των κανόνων μέσω των οποίων θα πρέπει να επιτυγχάνεται η πρόληψη αυτή. Συνεπώς, το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει, καταρχήν, σε κράτος μέλος να αποκλείσει τους εργολήπτες που συνδέονται με επιχειρήσεις μέσων ενημέρωσης από τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων προς τον σκοπό της διασφάλισης των κοινοτικών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ διαγωνιζομένων. Πρέπει, ωστόσο, το ασυμβίβαστο αυτό μεταξύ του τομέα των δημοσίων έργων και του τομέα των μέσων ενημέρωσης να είναι σύμφωνο προς την αρχή της αναλογικότητας. Επομένως, πρέπει να είναι αναγκαίο και ανάλογο του σκοπού της διασφάλισης της ίσης μεταχείρισης και, ως εκ τούτου, της ανάπτυξης ουσιαστικού ανταγωνισμού. Αν, αντιθέτως, ο προστιθέμενος από το εθνικό δίκαιο λόγος αποκλεισμού καθορίζεται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να καταλαμβάνει υπερβολικό αριθμό δυνητικών αναδόχων σε σχέση προς τον αναγκαίο για τη διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων, βλάπτει στην πραγματικότητα τον συνιστάμενο στην ανάπτυξη ουσιαστικού ανταγωνισμού σκοπό της οδηγίας, τον οποίο υποτίθεται ότι υπηρετεί. Και στην περίπτωση αυτή, **πρέπει να αναγνωρίζεται στο κράτος μέλος διακριτική ευχέρεια προς καθορισμό της έκτασης του ασυμβίβαστου την οποία θεωρεί, στο εθνικό του πλαίσιο, ως ανταποκρινόμενη στις επιταγές της αρχής της αναλογικότητας**.⁷⁹ Συνεπώς, η αναγκαιότητα

⁷⁸ Υπενθυμίζεται ότι από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει, καταρχήν, ότι ένα κράτος μέλος δεν μπορεί να επικαλεστεί το εθνικό συνταγματικό του δίκαιο για να εμποδίσει την εφαρμογή ενός κοινοτικού κανόνα στο έδαφός του (απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 1970, 11/70, Internationale Handelsgesellschaft).

⁷⁹ «Το ΔΕΕ διευκρίνισε ότι η αρχή της αναλογικότητας δεν απαιτεί τη διενέργεια εξισορρόπησης μεταξύ δύο ανταγωνιστικών συμφερόντων. Αντίθετα, ο προσδιορισμός του κατά πόσον έχει τηρηθεί η αρχή της αναλογικότητας σύμφωνα με μια συγκεκριμένη περίπτωση, απαιτεί διεξαγωγή δύο βημάτων: (1) αν το επίμαχο μέτρο είναι κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού και 2) αν το επίμαχο μέτρο υπερβαίνει τα όρια που είναι απαραίτητα για την επίτευξη του στόχου. Η νομολογία του ΔΕΕ δείχνει ότι ένας δημόσιος παράγων πρέπει να διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια να καθορίσει τα κατάλληλα μέτρα όταν οι επιδιωκόμενοι στόχοι «Συνεπάγονται [...] πολιτικές, οικονομικές και κοινωνικές επιλογές» που καλούν τον υπεύθυνο χάραξης πολιτικής να αναλάβει «Σύνθετες εκτιμήσεις» (British American Tobacco παράγραφος 123). Η νομιμότητα ενός μέτρου που εκδόθηκε σε έναν τέτοιο τομέα «μπορεί να επηρεαστεί μόνο αν το μέτρο είναι προδήλως ακατάλληλο, λαμβανομένου υπόψη του στόχου που έχει ο αρμόδιος φορέας και επιδιώκει να φθάσει.» Αναφέρεται στο *“Identifying Opportunities for Sustainable Public Procurement Briefing Series Briefing No. 3: The guiding principles of public procurement transparency, equal treatment and proportionality”*, Client

και η αναλογικότητα της θεσπισθείσας ρύθμισης δεν μπορούν να αποκλειστούν για τον λόγο και μόνον ότι τέτοια ρύθμιση δεν έχει υιοθετηθεί από τα άλλα κράτη μέλη.⁸⁰ Πάντως, αυτή η ελευθερία εκτίμησης δεν μπορεί να είναι απεριόριστη. Η άσκησή της υπόκειται στον δικαστικό έλεγχο.

Παρόμοια ήταν η άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή χάριν γενικού σκοπού, αυτού της δημόσιας υγείας στην υπόθεση *Medipac*⁸¹. Όμως, εδώ το Δικαστήριο δεν άφησε διακριτικό περιθώριο στην αναθέτουσα αρχή να επιβάλλει πρόσθετα ποιοτικά κριτήρια χάριν δημοσίου σκοπού και γενικού συμφέροντος. Η αίτηση προδικαστικού ερωτήματος υποβλήθηκε από το Συμβούλιο της Επικρατείας στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ της εταιρίας *Medipac-Kαζαντζίδης ΑΕ* (στο εξής: *Medipac*) και του *Βενιζέλειου-Πανάνειου (ΠΕ.Σ.Υ. ΚΡΗΤΗΣ)* (στο εξής: *Βενιζέλειο-Πανάνειο*), δηλαδή του Γενικού Νοσοκομείου Ηρακλείου, όσον αφορά διαγωνισμό τον οποίο προκήρυξε το νοσοκομείο αυτό και στον οποίο μετέσχε η εν λόγω εταιρία.⁸² Η *Medipac* άσκησε προσφυγή κατά της απορριπτικής απόφασης επί της προσφοράς της ενώπιον της διοικήσεως του *Βενιζέλειου-Πανάνειου*. Με την προσφυγή αυτή, υποστήριξε, μεταξύ άλλων, ότι **οι τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες στηρίζεται η απόρριψη της προσφοράς της δεν περιλαμβάνονταν στη συγγραφή υποχρεώσεων της προκηρύξεως του διαγωνισμού, ήταν αόριστες και ακατάληπτες, δεν καθιστούσαν δυνατή την ορθή εκτίμηση των σχετικών με τα προτεινόμενα ράμματα απαιτήσεων και διέφεραν από τα τεχνικά χαρακτηριστικά που απαιτούσε η οδηγία για τα νοσοκομειακά ράμματα.**⁸³ Το Δικαστήριο έδωσε την απάντηση ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας **απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή, η οποία κίνησε διαδικασία διαγωνισμού για την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων και διευκρίνισε ότι τα προϊόντα αυτά πρέπει να συνάδουν με την ευρωπαϊκή φαρμακοποιία και να φέρουν τη σήμανση CE, να απορρίψει, για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας, άνευ ετέρου και εκτός του πλαισίου της προβλεπόμενης στα άρθρα 8 και 18 της οδηγίας 93/42 διαδικασίας διασφάλισης τα προτεινόμενα ράμματα, εφόσον πληρούν τον απαιτούμενο εν προκειμένω τεχνικό όρο.** Αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι τα ράμματα αυτά ενέχουν κινδύνους για τη δημόσια υγεία, οφείλει να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό προκειμένου να κινηθεί η εν λόγω διαδικασία διασφάλισης.⁸⁴

5. Δημοσιοποίηση Μεθόδου Αξιολόγησης Προσφορών

Με αίτηση προδικαστικής απόφασης, το *Raad van State van België* (βελγικό Συμβούλιο της Επικρατείας) ζήτησε να διευκρινισθεί αν, κατ' ορθή εφαρμογή της οδηγίας 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, ερμηνευόμενης υπό το πρίσμα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας, **η αναθέτουσα αρχή οφείλει πάντοτε, ή τουλάχιστον υπό ορισμένες περιστάσεις, να γνωστοποιεί εκ των προτέρων, στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, τη μέθοδο αξιολόγησης ή τους κανόνες σταθμίσεως των συντελεστών βαρύτητας** που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών των διαγωνιζομένων. Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ της *TNS Dimarso NV* (στο εξής: *Dimarso*) και του *Vlaams Gewest* (φλαμανδικός

Earth, Οκτώβριος 2011, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.clientearth.org/reports/procurement-briefing-no-3-guiding-principles-equal-treatment-transparency-proportionality.pdf>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

⁸⁰ Βλ. προμνησθείσα απόφαση *Omega* της 14ης Οκτωβρίου 2004, σκέψεις 37 και 38.

⁸¹ Απόφαση *Medipac -Καζαντζίδης ΑΕ* κατά *Βενιζέλειου-Πανάνειου* (ΠΕ.Σ.Υ. ΚΡΗΤΗΣ), C-6/05.

⁸² Απόφαση *Medipac*, C-6/05, σκέψη 2.

⁸³ Απόφαση *Medipac*, C-6/05, σκέψη 25.

⁸⁴ Απόφαση *Medipac*, C-6/05, σκέψη 55.

δημόσιος οργανισμός στεγάσεως, στο εξής: Οργανισμός στεγάσεως), με αντικείμενο τη νομιμότητα της μεθόδου αξιολόγησης των προσφορών των διαγωνιζομένων στο πλαίσιο δημόσιου διαγωνισμού παροχής υπηρεσιών που προκήρυξε ο εν λόγω οργανισμός.⁸⁵ Το Raad van State (Συμβούλιο της Επικρατείας, Βέλγιο) επισημαίνει ότι στην οδηγία γίνεται λόγος μόνο για «κριτήρια» και για «σχετική στάθμιση»⁸⁶ των κριτηρίων αυτών και **ότι σε κανένα σημείο δεν γίνεται ρητή αναφορά στη μέθοδο αξιολόγησης** και στους σχετικούς με τη στάθμιση κανόνες. Το αιτούν δικαστήριο υπογραμμίζει ότι **η επιλογή της μεθόδου αξιολόγησης δεν είναι ουδέτερη, αλλά αντιθέτως μπορεί να έχει καθοριστική σημασία για την έκβαση της αξιολόγησης** των προσφορών βάσει των κριτηρίων αναθέσεως. Αναφέρεται συναφώς στο κριτήριο της τιμής, στο πλαίσιο του οποίου η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιλέξει, παραδείγματος χάρη, είτε να εφαρμόσει τον κανόνα της αναλογικότητας είτε να δώσει τη μεγαλύτερη βαθμολογία στην προσφορά με τη χαμηλότερη τιμή ή μηδενική βαθμολογία στην προσφορά με τη μεγαλύτερη τιμή και να εφαρμόσει συγκεκριμένο μαθηματικό τύπο για τις προσφορές που τοποθετούνται μεταξύ της ακριβότερης και της χαμηλότερης προσφοράς, ή ακόμη να επιφυλάξει την ευνοϊκότερη μεταχείριση στην προσφορά που αντιστοιχεί στη μέση τιμή. Στην απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2008, *Λιανάκης* (C-532/06, σκέψεις 38, 44 καθώς και 45), το Δικαστήριο έκρινε ότι το άρθρο 36, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, διάταξη που κατ' ουσία αντιστοιχεί στο άρθρο 53, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18, αντιτίθεται στη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να καθορίζει, μετά τη δημοσίευση της συγγραφής υποχρεώσεων ή της προκηρύξεως του διαγωνισμού, συντελεστές βαρύτητας και κανόνες σταθμίσεως καθώς και επιμέρους κριτήρια σε σχέση με τα κριτήρια αναθέσεως που περιλαμβάνονται σε ένα από τα προαναφερθέντα έγγραφα, όταν οι εν λόγω κανόνες σταθμίσεως και συντελεστές βαρύτητας καθώς και τα επιμέρους κριτήρια δεν έχουν γνωστοποιηθεί εκ των προτέρων στους διαγωνιζομένους. Επομένως, **το Δικαστήριο δέχθηκε ότι δεν είναι συμβατός με τις διατάξεις του δικαίου της Ένωσης ο εκ των υστέρων καθορισμός όχι μόνο των «συντελεστών βαρύτητας», αλλά και των «επιμέρους κριτηρίων»**. Το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί ότι το ζήτημα που εγείρεται εν προκειμένω είναι αν το Δικαστήριο, κάνοντας λόγο και για «επιμέρους κριτήρια», αναφερόταν επίσης στον τρόπο με τον οποίο πραγματοποιείται η βαθμολόγηση βάσει των κριτηρίων αναθέσεως, πράγμα το οποίο θα προσιδίαζε σε κανόνες σχετικούς με τη στάθμιση. Κατά συνέπεια, δεν μπορεί εύκολα να απορριφθεί η επιχειρηματολογία κατά την οποία το Δικαστήριο, χρησιμοποιώντας την έννοια «επιμέρους κριτήρια», αναφερόταν επίσης στη μέθοδο αξιολόγησης. Εντούτοις, **δεν είναι προφανές** ότι από την απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2008, *Λιανάκης* (C-532/06), προκύπτει ότι η μέθοδος αξιολόγησης πρέπει και αυτή να γνωστοποιείται στους διαγωνιζομένους ούτε ότι πρέπει πάντα να έχει καθοριστεί εκ των προτέρων. Σε κάθε περίπτωση, θα μπορούσε να συναχθεί το συμπέρασμα ότι το ζήτημα που τέθηκε στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση εκείνη δεν αφορούσε ρητώς τον εκ των υστέρων καθορισμό ορισμένης μεθόδου αξιολόγησης και ότι, ως εκ τούτου, το ζήτημα εκείνο δεν έχει το ίδιο περιεχόμενο με το ερώτημα που τίθεται στην υπό κρίση υπόθεση. Κατά το αιτούν δικαστήριο, το Δικαστήριο της Ε.Ε. δεν εξέτασε ρητώς το εν λόγω ζήτημα ούτε με την απόφαση της 21ης Ιουλίου 2011, *Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά EMSA* (C-252/10), στην οποία, μνημονεύοντας την απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2008, *Λιανάκης* (C-532/06), τόνισε

⁸⁵ Υπόθεση Dimarso, C-6/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Paolo Mengozzi της 10^{ης} Μαρτίου 2016, σκέψεις 1-2.

⁸⁶ Οδηγία 2014/24/ΕΕ, άρθρο 67 παράγραφος 5: «Η αναθέτουσα αρχή διευκρινίζει στα έγγραφα της προμήθειας τη σχετική στάθμιση που προσδίδει σε καθένα από τα κριτήρια που έχουν επιλεγεί για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, εκτός εάν αυτό καθορίζεται μόνο βάσει τιμής. Η στάθμιση αυτή μπορεί να εκφράζεται με την πρόβλεψη περιθωρίου διακύμανσης με το κατάλληλο μέγιστο εύρος. Εάν δεν είναι δυνατή η στάθμιση για αντικειμενικούς λόγους, αναθέτουσα αρχή επισημαίνει τα κριτήρια με φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας.»

ότι η νομιμότητα της χρήσεως επιμέρους κριτηρίων και της αντίστοιχης σταθμίσεώς τους πρέπει πάντα να εξετάζεται υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και της απορρέουσας εξ αυτής υποχρεώσεως διαφάνειας. Επομένως, κατά το αιτούν δικαστήριο, **οι προαναφερθείσες αποφάσεις δεν παρέχουν απάντηση**, ή εν πάση περιπτώσει καθοριστική απάντηση, στο ζήτημα που τίθεται στην υπόθεση της κύριας δίκης και συγκεκριμένα αν η μέθοδος αξιολογήσεως των προσφορών, ήτοι η συγκεκριμένη μέθοδος που θα χρησιμοποιήσει η αναθέτουσα αρχή για τη βαθμολόγηση των προσφορών, πρέπει επίσης να ανακοινώνεται εκ των προτέρων στους διαγωνιζομένους.⁸⁷ Με το προδικαστικό ερώτημα, το Δικαστήριο της Ε.Ε. καλείται να αποσαφηνίσει το περιεχόμενο της οδηγίας 2004/18. Ειδικότερα, το Δικαστήριο καλείται να κρίνει αν η εν λόγω διάταξη, υπό το πρίσμα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας, επιτάσσει, στο πλαίσιο της αναθέσεως συμβάσεως παροχής υπηρεσιών στην πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά, να ενημερώνει η αναθέτουσα αρχή τους διαγωνιζομένους, μέσω της προκηρύξεως του διαγωνισμού ή της συγγραφής υποχρεώσεων, σχετικά με τη μέθοδο αξιολογήσεως που θα ακολουθήσει προς εξέταση των υποβληθεισών προσφορών.⁸⁸

Σύμφωνα με τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα στην συγκεκριμένη υπόθεση, η μέθοδος αξιολογήσεως που επελέγη εκ των υστέρων από την αναθέτουσα αρχή ήταν ικανή **να μεταβάλει τη στάθμιση του ειδικού βάρους των κριτηρίων αναθέσεως, ενισχύοντας τη βαρύτητα ενός κριτηρίου έναντι ενός άλλου**, μολονότι η ενημέρωση των διαγωνιζομένων κατά την υποβολή των προσφορών τους άφηνε σαφώς να εννοηθεί ότι τα εν λόγω κριτήρια έπρεπε να αξιολογηθούν σύμφωνα με τους ίδιους συντελεστές βαρύτητας, δηλαδή με συντελεστή 50 % για το καθένα.⁸⁹

Συγκεκριμένα, όπως ήδη επισημάνθηκε, αν οι διαγωνιζόμενοι γνώριζαν, πριν από την υποβολή των προσφορών τους, ότι το δεύτερο κριτήριο αναθέσεως, δηλαδή το κριτήριο «τιμή», ήταν αποφασιστικής σημασίας ως προς την επιλογή της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς, όπως παραδέχτηκαν όλοι οι διάδικοι κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, **θα είχαν βεβαίως προετοιμάσει τις προσφορές τους κατά διαφορετικό τρόπο, προκειμένου να ανταποκριθούν πληρέστερα στην κατευθυντήρια αυτή γραμμή της αναθέτουσας αρχής**. Σε γενικές γραμμές, είναι αληθές ότι το εν λόγω όριο που τίθεται στην ελευθερία που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή περί καθορισμού της μεθόδου αξιολογήσεως μετά την υποβολή των προσφορών φαίνεται εν τέλει να την υποχρεώνει, σε κάθε περίπτωση, να καθορίσει σε πολύ πρώιμο στάδιο τη μέθοδο ή τις μεθόδους αξιολογήσεως των κριτηρίων αναθέσεως που πρόκειται να επιλέξει, προκειμένου να διασφαλισθεί, προληπτικώς, ότι οι μέθοδοι αυτές **δεν μπορούν να ασκήσουν οποιαδήποτε επιρροή στην προετοιμασία των προσφορών** των εν δυνάμει διαγωνιζομένων, διότι διαφορετικά θα πρέπει να δημοσιεύονται είτε στην προκήρυξη του διαγωνισμού είτε στη συγγραφή υποχρεώσεων. Επομένως, η απαίτηση αυτή προφανώς προτρέπει, εν τέλει, την αναθέτουσα αρχή (η οποία έχει συμφέρον για τη διασφάλιση της μεγαλύτερης ασφάλειας δικαίου της διαδικασίας διαγωνισμού και την αποτροπή προσφυγών με αίτημα την ακύρωση της διαδικασίας) να καθορίσει το συντομότερο δυνατόν τη μέθοδο ή τις μεθόδους αξιολογήσεως των προσφορών βάσει των κριτηρίων αναθέσεως. Θα μπορούσε συνεπώς να υποστηριχθεί ότι, εάν συντρέχει τέτοια περίπτωση, κανένας επιτακτικός λόγος δεν δικαιολογεί την άρνηση της αναθέτουσας αρχής να γνωστοποιήσει στους εν δυνάμει διαγωνιζομένους τις επίμαχες μεθόδους αξιολογήσεως που οφείλει, σε κάθε περίπτωση, να καθορίσει πριν από την προκήρυξη του διαγωνισμού. Η εν λόγω προσέγγιση φαίνεται να ανατρέπει, στην πράξη, τον

⁸⁷ Απόφαση Dimarso, C-6/15, σκέψεις 14-17.

⁸⁸ Υπόθεση Dimarso, C-6/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Paolo Mengozzi της 10^{ης} Μαρτίου 2016, σκέψη 14.

⁸⁹ Υπόθεση Dimarso, C-6/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Paolo Mengozzi της 10^{ης} Μαρτίου 2016, σκέψη 58.

θεωρητικό κανόνα «αρχή - εξαίρεση» που απορρέει από την εφαρμογή της νομολογίας του Δικαστηρίου, κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται κατ' αρχήν να γνωστοποιεί εκ των προτέρων τη μέθοδο αξιολόγησης των προσφορών στους εν δυνάμει διαγωνιζομένους, εκτός εάν η μέθοδος αυτή περιλαμβάνει στοιχεία τα οποία, εφόσον είχαν εκ των προτέρων γνωστοποιηθεί, θα μπορούσαν να επηρεάσουν την προετοιμασία των προσφορών. Ο Γενικός Εισαγγελέας φρονεί παρά ταύτα ότι ο κίνδυνος αυτός μπορεί, σε μεγάλο βαθμό, να αποφευχθεί εάν οι αναθέτουσες αρχές επιλέξουν τη γνωστοποίηση όχι μόνο των κριτηρίων αναθέσεως και της σχετικής σταθμίσεώς τους, όπως επιτάσσει η οδηγία, αλλά και των επιμέρους κριτηρίων που αφορούν τα κριτήρια αυτά καθώς και της σχετικής σταθμίσεως του ειδικού βάρους των εν λόγω επιμέρους κριτηρίων, πρακτική την οποία σαφώς προκρίνει η νομολογία του Δικαστηρίου. Με άλλα λόγια, όσο οι διαγωνιζόμενοι έχουν στη διάθεσή τους σαφείς, κατανοητές και αναλυτικές πληροφορίες περιλαμβανόμενες στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων οι οποίες ανάγονται στο σύνολο των στοιχείων αυτών, τόσο μειώνεται, κατά τη γνώμη του, ο κίνδυνος η επιλεγείσα από την επιτροπή αξιολόγησης μέθοδος εκτιμήσεως των προσφορών να μπορεί να μεταβάλλει τα κριτήρια ή τα επιμέρους κριτήρια αναθέσεως καθώς και τη στάθμιση του ειδικού βάρους τους ή να συνεπάγεται διαφορετική μεταχείριση των διαγωνιζομένων. Κατά την άποψή του, η αποφυγή του κινδύνου αυτού εντάσσεται στο πλαίσιο του «ενεργού ρόλου» που αναθέτει η οδηγία, όπως έχει ερμηνευθεί από το Δικαστήριο, στις αναθέτουσες αρχές κατά την εφαρμογή των ουσιωδών αρχών που διέπουν τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων δηλαδή της αρχής τηρήσεως της διαφάνειας της διαδικασίας και της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων.⁹⁰ Σε μια τέτοια περίπτωση, οι διαγωνιζόμενοι θα είναι σε θέση να γνωρίζουν εκ των προτέρων τη βαρύτητα του συνόλου των στοιχείων που έλαβε υπόψη η αναθέτουσα αρχή, γεγονός που αποκλείει, κατά κανόνα, το ενδεχόμενο η συγκεκριμένη μέθοδος εκτιμήσεως των προσφορών που εφάρμοσε η αναθέτουσα αρχή να περιέχει στοιχεία τα οποία, εάν είχαν γνωστοποιηθεί κατά το στάδιο της προετοιμασίας των προσφορών, θα μπορούσαν να επηρεάσουν την προετοιμασία αυτή. Αντιθέτως, όταν, όπως συμβαίνει στην εν προκειμένω υπόθεση, τα κριτήρια αναθέσεως φέρουν τον ίδιο συντελεστή βαρύτητας στη συγγραφή υποχρεώσεων, τα απαριθμούμενα στο εν λόγω έγγραφο επιμέρους κριτήρια δεν αποτελούν ενδεχομένως αντικείμενο τέτοιας σταθμίσεως και η μέθοδος αξιολόγησης που ακολουθείται, μετά την υποβολή των προσφορών, προκειμένου να εκτιμηθεί ο βαθμός πληρώσεως του ενός από τα δύο κριτήρια αναθέσεως, έχει εξαιρετικά γενικό χαρακτήρα που δεν επιτρέπει αρκούτως σαφή διαφοροποίηση της ποιότητας των υποβληθεισών προσφορών, τότε είναι σαφώς πιθανότερο η μέθοδος αξιολόγησης να περιλαμβάνει στοιχεία τα οποία, αν είχαν γνωστοποιηθεί στους διαγωνιζομένους μέσω της προκήρυξης του διαγωνισμού ή της συγγραφής υποχρεώσεων, θα ήταν ικανά να επηρεάσουν την προετοιμασία των προσφορών τους. Είναι αληθές ότι αυτή η νομολογιακώς διαπλασθείσα αρνητική προϋπόθεση είναι ιδιαίτερος ελαστική και φαίνεται εύκολο να πληρωθεί, καθώς μπορεί να υποστηριχθεί ότι κάθε στοιχείο που λαμβάνει υπόψη η αναθέτουσα αρχή είναι ικανό να ασκήσει επιρροή στην προετοιμασία των προσφορών, εφόσον έχει εκ των προτέρων γνωστοποιηθεί στους διαγωνιζομένους. Το Δικαστήριο, έχοντας ίσως συναίσθηση του ελαστικού χαρακτήρα της εν λόγω προϋποθέσεως, με την απόφαση *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας* (C-226/09, σκέψη 48), εξάρτησε την επιρροή αυτή στην προετοιμασία των προσφορών από τον «σημαντικό» αντίκτυπό της, βάσει του οποίου απέρριψε εν μέρει την προσφυγή λόγω παραβάσεως της Επιτροπής. Μολονότι η σκέψη 48 της αποφάσεως *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας* (C-226/09) στηρίζεται σε προηγούμενη νομολογία του Δικαστηρίου και παραπέμπει ρητά στη σκέψη 32 της αποφάσεως *ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ.* (C-331/04), εντούτοις η εν λόγω απόφαση, όπως και οι λοιπές προπαρατεθείσες αποφάσεις, δεν περιλαμβάνουν τη διευκρίνιση κατά την

⁹⁰ Βλ., συναφώς, σε άλλο πλαίσιο, απόφαση *eVigilo* (C-538/13, σκέψη 42).

οποία η επιρροή στην προετοιμασία των προσφορών θα πρέπει να είναι «σημαντική». Τούτου δοθέντος, το κριτήριο που εισάγει το Δικαστήριο στη σκέψη 48 της αποφάσεως *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας* (C-226/09) ενδέχεται να πηγάζει από το γεγονός ότι η επίμαχη δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών δεν διεπόταν εξ ολοκλήρου από τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18. Εάν είναι ορθή αυτή η ερμηνεία της σκέψεως 48 της αποφάσεως *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας* (C-226/09), δεν υφίστατο κανένας ιδιαίτερος λόγος προκειμένου να εφαρμοστεί, στην υπό κρίση υπόθεση, το κριτήριο της «σημαντικής» επιρροής στην προετοιμασία των προσφορών. Εν πάση περιπτώσει, η ελαστικότητα που διακρίνει την προϋπόθεση μπορεί να περιορισθεί σημαντικά από την υποχρέωση του διαγωνιζόμενου του οποίου η προσφορά δεν επελέγη, και ο οποίος φέρει το **βάρος αποδείξεως**, να καταδείξει, *in concreto*, με την ένδικη προσφυγή του, **τις ουσιαστικές και όχι απλώς τυπικές διαφορές που θα παρουσίαζε η προσφορά του**, εφόσον τα στοιχεία της επίμαχης μεθόδου αξιολογήσεως ή η μέθοδος αυτή καθαυτή, την οποία παρέλειψε να ανακοινώσει προηγουμένως η αναθέτουσα αρχή, είχαν αποτελέσει αντικείμενο επαρκούς γνωστοποιήσεως πριν από την προετοιμασία των προσφορών.⁹¹

Στην εν λόγω υπόθεση, με τις παρατηρήσεις της, η Βελγική Κυβέρνηση επισήμανε την ύπαρξη περιπτώσεων, χωρίς ωστόσο να διευκρινίσει τη φύση τους, στις οποίες **η μέθοδος αξιολογήσεως των προσφορών μπορεί να καθορισθεί μόνο μετά την αποσφράγιση τους**. Επομένως, η εν λόγω κυβέρνηση υποστηρίζει, κατ' ουσία, ότι η νομολογία του Δικαστηρίου βάσει της οποίας δεν γίνεται δεκτός ο εκ των υστέρων καθορισμός των συντελεστών βαρύτητας των κριτηρίων αναθέσεως και των επιμέρους κριτηρίων που συνδέονται με τα κριτήρια αυτά μετά την αποσφράγιση των προσφορών δεν πρέπει να εκτείνεται στην περίπτωση της εφαρμογής μεθόδου αξιολογήσεως των προσφορών από επιτροπή αξιολογήσεως μετά την εν λόγω αποσφράγιση.⁹² Χωρίς να λαμβάνει εν γένει θέση επί των περιπτώσεων που επικαλέστηκε αλλά δεν προσδιόρισε η Βελγική Κυβέρνηση, ο Γενικός Εισαγγελέας διατύπωσε ότι διατηρεί αμφιβολίες ως προς το εάν, στην υπό κρίση υπόθεση, **η μέθοδος αξιολογήσεως του κριτηρίου «ποιότητα», λαμβανομένου υπόψη του υποτυπώδους και ιδιαιτέρως γενικού, ακόμη και ανακριβούς, χαρακτήρα της**, ήταν δυνατό να καθορισθεί μόνο μετά την αποσφράγιση των προσφορών που υποβλήθηκαν. Συγκεκριμένα, είτε ότι δεν συντρέχει λόγος, κυρίως τεχνικής ή οικονομικής φύσεως, που να εμποδίζει μια αναθέτουσα αρχή είτε να γνωστοποιήσει στους διαγωνιζόμενους μέθοδο που απλώς αναφέρει ότι η «ποιότητα» των προσφορών θα εκτιμηθεί σε συνάρτηση με την τακτική κλίμακα «χαμηλή –ικανοποιητική– πολύ καλή» είτε να επιλέξει τη μέθοδο αυτή, το αργότερο, πριν από την αποσφράγιση των προσφορών, υπό την επιφύλαξη της τηρήσεως των προϋποθέσεων που ήδη εξετάστηκαν, και ειδικότερα, χωρίς να τροποποιεί τα κριτήρια αναθέσεως της συμβάσεως ή τη στάθμισή τους.⁹³

Επιγραμματικά, με το προδικαστικό ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ζήτησε, κατ' ουσία, να διευκρινιστεί αν η οδηγία, ερμηνευόμενη υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και της απορρέουσας εξ αυτής υποχρεώσεως διαφάνειας, έχει την έννοια ότι, η ανάθεση δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών που γίνεται με βάση το κριτήριο της προσφοράς που είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται πάντα να γνωστοποιεί στους δυνητικούς διαγωνιζόμενους, με την προκήρυξη του διαγωνισμού ή με τη συγγραφή υποχρεώσεων που αφορούν την επίμαχη σύμβαση, **τη μέθοδο αξιολογήσεως ή τους σχετικούς με τη στάθμιση κανόνες** βάσει των οποίων θα εκτιμήσει τις προσφορές κατά τα δημοσιευμένα στα ως άνω έγγραφα κριτήρια αναθέσεως ή, εφόσον δεν υφίσταται η

⁹¹ Υπόθεση Dimarso, C-6/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Paolo Mengozzi της 10^{ης} Μαρτίου 2016, σκέψεις 61-73.

⁹² Υπόθεση Dimarso, C-6/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Paolo Mengozzi της 10^{ης} Μαρτίου 2016, σκέψη 78.

⁹³ Υπόθεση Dimarso, C-6/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Paolo Mengozzi της 10^{ης} Μαρτίου 2016, σκέψεις 82-83.

ανωτέρω γενική υποχρέωση, αν οι συνθήκες του συγκεκριμένου διαγωνισμού μπορούν να θεμελιώνουν τέτοια υποχρέωση. Προκειμένου να δοθεί απάντηση στο ως άνω ερώτημα, επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή, όταν αποφασίζει να αναθέσει ορισμένη σύμβαση με βάση το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς, υποχρεούται να διευκρινίζει, στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, τη σχετική στάθμιση που έχει ορίσει για καθένα από τα κριτήρια αναθέσεως βάσει των οποίων θα εντοπίσει την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά. Η στάθμιση αυτή μπορεί να εκφράζεται με την πρόβλεψη περιθωρίου διακυμάνσεως με το κατάλληλο μέγιστο εύρος. Όταν δεν είναι δυνατή η στάθμιση για λόγους που μπορούν να αποδειχθούν, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει, στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ή, εφόσον πρόκειται για διαδικασία ανταγωνιστικού διαλόγου, στο περιγραφικό έγγραφο, τη φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας των εν λόγω κριτηρίων. Σκοπός των ανωτέρω απαιτήσεων είναι να παρέχεται σε κάθε διαγωνιζόμενο η δυνατότητα να διαθέτει εύλογη ενημέρωση για τα κριτήρια και τους λεπτομερείς κανόνες που θα εφαρμοστούν προκειμένου να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά. Εξάλλου, οι απαιτήσεις αυτές απηχούν το καθήκον των αναθετουσών αρχών να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και να ενεργούν με διαφάνεια. Κατά πάγια νομολογία, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας⁹⁴ έχουν, μεταξύ άλλων, την έννοια ότι στους διαγωνιζομένους πρέπει να επιφυλάσσεται ισότιμη μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους όσο και κατά τον χρόνο που οι προσφορές τους αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις της 24ης Νοεμβρίου 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ., C-331/04, σκέψη 22, καθώς και της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Ειδικότερα, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι το αντικείμενο και τα κριτήρια αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων πρέπει να είναι καθορισμένα με σαφήνεια κατά την έναρξη της διαδικασίας για τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων (απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C-368/10, σκέψη 56) και ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να εφαρμόσει, σε σχέση με τα κριτήρια αναθέσεως, επιμέρους κριτήρια τα οποία δεν έχει καταστήσει προηγουμένως γνωστά στους διαγωνιζομένους (απόφαση της 21ης Ιουλίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά EMSA, C-252/10, σκέψη 31). Ομοίως, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ακολουθεί την ίδια ερμηνεία των κριτηρίων αναθέσεως καθ' όλη τη διάρκεια της σχετικής διαδικασίας (απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, σκέψη 43 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Οι απαιτήσεις αυτές καταρχήν ισχύουν, *mutatis mutandis*, για την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να προσδιορίζουν, στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, τη «σχετική στάθμιση» καθενός από τα κριτήρια αναθέσεως. Ειδικότερα, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται καταρχήν να εφαρμόζει κανόνες σχετικά με τη στάθμιση τους οποίους δεν έχει καταστήσει εκ των προτέρων γνωστούς στους διαγωνιζομένους (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 24ης

⁹⁴ «Πρέπει να σημειωθεί ότι η οδηγία 2014/24 / ΕΕ δεν περιέχει γενικά διάταξη η οποία αναφέρει ρητώς τη "μέθοδο αξιολόγησης". Ωστόσο, η απάντηση μπορεί να συναχθεί βάσει μιας σειράς γενικότερων διατάξεων, κυρίως όταν αυτές διαβάζονται σε συνάρτηση με την πάγια νομολογία. Καταρχάς, όπως αναφέρατε, (υπάρχει) η γενική υποχρέωση για τις αναθέτουσες αρχές που καθορίζεται στο σημείο του άρθρου 18, παράγραφος 1, για την ίση μεταχείριση των οικονομικών φορέων και χωρίς διακρίσεις και να ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο. Ένα άλλο στοιχείο που έχει σημασία είναι ο ορισμός των «εγγράφων προμηθειών» στο άρθρο 2 παράγραφος 1 σημείο 13 4: η μέθοδος που χρησιμοποιείται για την αξιολόγηση των προσφορών καλύπτεται σίγουρα από τον ορισμό αυτό, δεδομένου ότι η αξιολόγηση αποτελεί κεντρικό τμήμα ενός κρίσιμου σταδίου, δηλαδή να αποφασίσει (η αναθέτουσα αρχή) ποια προσφορά παρουσιάζει την καλύτερη έκθεση ποιότητας-τιμής. Υπενθυμίζεται ότι τα έγγραφα προμηθειών πρέπει να διατίθενται σύμφωνα με το άρθρο 53.» Αναφέρεται στο έγγραφο-απάντηση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 15/03/2016, σελ. 1, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.kfst.dk/media/2330/160310-answer-dk-evaluation-methods-1390971.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

Ιανουαρίου 2008, Λιανάκης κ.λπ., C-532/06, σκέψεις 38 και 42). Συγκεκριμένα, η σχετική στάθμιση για καθένα από τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να είναι καθορισμένη με σαφήνεια κατά την έναρξη της διαδικασίας για τη σύναψη της συμβάσεως, προκειμένου, κατά τον τρόπο αυτό, οι διαγωνιζόμενοι να έχουν τη δυνατότητα να εκτιμήσουν αντικειμενικά ποια είναι η πραγματική σημασία ενός κριτηρίου αναθέσεως σε σχέση με κάποιο άλλο, κατά τη μεταγενέστερη εξέτασή τους από την αναθέτουσα αρχή. Ομοίως, η σχετική στάθμιση για καθένα από τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να παραμένει αμετάβλητη καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας. Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει δεχθεί ότι η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα, μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να καθορίζει συντελεστές βαρύτητας για τα επιμέρους κριτήρια που αντιστοιχούν κατ' ουσία στα κριτήρια που έχει γνωστοποιήσει εκ των προτέρων στους διαγωνιζομένους, υπό τρεις προϋποθέσεις, και συγκεκριμένα ο εκ των υστέρων καθορισμός αυτός, πρώτον, να μην τροποποιεί τα κριτήρια αναθέσεως της συμβάσεως που έχουν οριστεί στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, δεύτερον, να μην περιλαμβάνει στοιχεία τα οποία, αν ήταν γνωστά κατά το στάδιο της προετοιμασίας των προσφορών, θα μπορούσαν να επηρεάσουν την προετοιμασία αυτή και, τρίτον, να μην έχει πραγματοποιηθεί με βάση στοιχεία τα οποία είναι ικανά να έχουν ως αποτέλεσμα δυσμενή διάκριση σε βάρος ενός από τους διαγωνιζομένους (βλ. απόφαση της 21ης Ιουλίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά EMSA, C-252/10, σκέψη 33 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Πάντως, δεν υπάρχει κάποια διάταξη της Οδηγίας που να επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση να γνωστοποιεί στους δυνητικούς διαγωνιζομένους, μέσω δημοσιεύσεως στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, τη μέθοδο αξιολογήσεως που αυτή θα εφαρμόσει για την αξιολόγηση και την ακριβή κατάταξη των προσφορών βάσει των κριτηρίων αναθέσεως της συμβάσεως και της σχετικής σταθμίσεώς τους, όπως τα κριτήρια αυτά έχουν εκ των προτέρων καθοριστεί στα σχετικά τεύχη του επίμαχου διαγωνισμού. Εξάλλου, μια τέτοια γενική υποχρέωση δεν προκύπτει ούτε από τη νομολογία του Δικαστηρίου. Πράγματι, **το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η επιτροπή αξιολογήσεως πρέπει να διαθέτει ορισμένη ελευθερία κατά την εκπλήρωση των καθηκόντων της** και, επομένως, **δύνатаι**, χωρίς να τροποποιήσει τα κριτήρια αναθέσεως της συμβάσεως που έχουν καθοριστεί στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, **να διαμορφώνει τον τρόπο κατά τον οποίο θα εξετάσει και θα αναλύσει τις υποβληθείσες προσφορές** (βλ. απόφαση της 21ης Ιουλίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά EMSA, C-252/10, σκέψη 35). Η ελευθερία αυτή δικαιολογείται επίσης από πρακτικούς λόγους. Η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μπορεί να προσαρμόζει τη μέθοδο⁹⁵ αξιολογήσεως που θα εφαρμόσει για την αξιολόγηση και κατάταξη των προσφορών στα χαρακτηριστικά της εκάστοτε περιπτώσεως. Σύμφωνα με τις αρχές που διέπουν τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων και προκειμένου να αποτραπεί οποιοδήποτε κίνδυνος ευνοιοκρατίας, η μέθοδος αξιολογήσεως που εφαρμόζει η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να προβεί στην αξιολόγηση και ακριβή κατάταξη των προσφορών δεν επιτρέπεται καταρχήν να καθορίζεται μετά το άνοιγμα των προσφορών από την αναθέτουσα αρχή. Εντούτοις, σε περίπτωση που ο καθορισμός της μεθόδου αυτής πριν το άνοιγμα των προσφορών δεν είναι δυνατός για λόγους που μπορούν να αποδειχθούν, όπως επισημαίνει η Βελγική Κυβέρνηση, δεν μπορεί να προσαφθεί στην

⁹⁵ Αξίζει να σημειωθεί ότι το σουηδικό Διοικητικό Εφετείο του Gothenburg έκρινε ότι τα σχετικά μοντέλα αξιολόγησης εν αντιθέσει προς το απόλυτο μοντέλο μπορεί να είναι εν τέλει παράνομα. «Σύμφωνα με την ερμηνεία της απόφασης, τα μοντέλα που δεν μπορούν να οδηγήσουν στη σύναψη της προσφοράς με τη χαμηλότερη τιμή, όπου δύο διαφορετικές προσφορές είναι ισοδύναμες σε σχέση με κριτήρια μη αφορώντα την τιμή, θα παραβιάζουν τους κανόνες ανάθεσης και δεν πρέπει να χρησιμοποιούνται.» Αναφέρεται στο *“The Art of Identifying “The Most Economically Advantageous Tender” - The Use of Relative Evaluation Models in Public and Utilities Procurement”*, J. Lavér & O. Larsberger, Ιούλιος 2011, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://whoswholegal.com/news/features/article/29137/the-art-identifying-the-economically-advantageous-tender-use-relative-evaluation-models-public-utilities-procurement/>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

αναθέτουσα αρχή ότι καθόρισε την εν λόγω μέθοδο μόνον αφού η ίδια ή η ορισθείσα από αυτήν επιτροπή αξιολογήσεως έλαβε γνώση του περιεχομένου των προσφορών. Εν πάση περιπτώσει, κατά τις προαναφερθείσες αρχές που διέπουν τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων και σύμφωνα με όσα διαπιστώθηκαν στις σκέψεις 24 και 25 της παρούσας αποφάσεως, ο καθορισμός από την αναθέτουσα αρχή της μεθόδου αξιολογήσεως μετά τη δημοσίευση της προκηρύξεως του διαγωνισμού ή της συγγραφής υποχρεώσεων δεν πρέπει να έχει ως συνέπεια τη μεταβολή των κριτηρίων αναθέσεως ούτε της σχετικής σταθμίσεώς τους.⁹⁶

Καταληκτικά, βλέπουμε ότι το ΔΕΕ παρέχει ελευθερία στις αναθέτουσες αρχές να αποφασίσουν κατ' ευχέρεια τον χρόνο δημοσιοποίησης της μεθόδου αξιολόγησης. Η διαφορά που εντοπίζουμε είναι πως ενώ ο Γενικός Εισαγγελέας στις προτάσεις του ως διαλυτική αίτηση της διακριτικής ευχέρειας έθεσε την προϋπόθεση του (σημαντικού) επηρεασμού της προετοιμασίας των προσφορών μεγεθύνοντας αρκετά το πλαίσιο ενστάσεων από τους υποψηφίους αναδόχους, το Δικαστήριο έθεσε ως αρνητική προϋπόθεση για την ακώλυτη δραστηριότητα της αναθέτουσας αρχής την μη μεταβολή των κριτηρίων ανάθεσης και της σχετικής σταθμίσεώς τους, όπου αναγκαστικά το φως πέφτει στην «φύση» των κριτηρίων, την αντικειμενική τους αποτύπωση. Το ερώτημα, πάντως, απομένει: στην προκειμένη περίπτωση της *Dimarso*, όπου το κριτήριο της ποιότητας με τον γενικευμένο τρόπο που αξιολογήθηκε (πολύ καλή-ικανοποιητική-χαμηλή) αφήνοντας το βάρος να πέσει στο δεύτερο κριτήριο –την τιμή- μετέβαλε τα κριτήρια ανάθεσης υπό την έννοια ότι «εξαφάνισε» το πρώτο, δηλ. την ποιότητα; Η απάντηση μπορεί να είναι καταφατική, αλλά από το σκεπτικό του Δικαστηρίου μπορούμε να συναγάγουμε πως το κριτήριο της ποιότητας δεν απουσίασε αλλά –κατ' ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, που κρίθηκε ανεκτή- ...αποσοβήθηκε! Ή κατά άλλη διατύπωση: υπήρξε απορρόφησή του από το δεύτερο. Σε κάθε περίπτωση, αυτό που δεν αμφισβητείται είναι ότι όποιο όνομα και να αποδώσουμε στην ενέργεια, μας αφορά ότι αυτή η ενέργεια εκπορεύεται από την αναθέτουσα αρχή, η οποία επιβεβαιώνει τον «ενεργητικό της ρόλο»⁹⁷ κατά την σύναψη των συμβάσεων.

6. Μη Καθορισμός Ημερομηνίας Παράδοσης

Το αιτούν δικαστήριο στην υπόθεση *EVN AG*, εκτιμά ότι, κατά το μέτρο που η αναθέτουσα αρχή δεν όρισε συγκεκριμένη ημερομηνία παραδόσεως για την οποία θα έπρεπε να αναγράφεται η ποσότητα που θα μπορούσε να παραδοθεί, το εφαρμοσθέν κριτήριο αντίκειται στην αρχή της συγκρισιμότητας των προσφορών, που απορρέει από την αρχή της διαφάνειας. Υπογραμμίζει ότι, όσον αφορά τα απαιτούμενα για τον έλεγχο της καταλληλότητας των προσφερόντων αποδεικτικά, θεωρήθηκε κρίσιμο το χρονικό διάστημα των δύο προηγηθέντων καθώς και το χρονικό διάστημα των δύο προσεχών ετών για την ποσότητα ηλεκτρικής ενέργειας που επρόκειτο να παραδοθεί εν προκειμένω. Κατά το εν λόγω δικαστήριο, ακόμη κι αν αυτή η διάταξη εφαρμοστεί και ως προς το κριτήριο αναθέσεως, δεν προκύπτει συγκεκριμένη ημερομηνία παραδόσεως, που θα καθιστούσε δυνατό τον ακριβή υπολογισμό των ποσοτήτων που έπρεπε πράγματι να ληφθούν υπόψη. Αντιθέτως, σε χρονικό διάστημα τεσσάρων ετών ενδέχεται να είναι παραδοτέες τελείως διαφορετικές ποσότητες. Θα ήταν μάλιστα δυνατόν οι προσφέροντες να δηλώσουν σχετικώς ορισμένες ποσότητες στηριζόμενοι σε υποθέσεις περί κατασκευής εργοστασίων ηλεκτρικού ρεύματος ή στη δυναμική απλώς παραγωγή ενεργείας από ανανεώσιμες πηγές.⁹⁸ Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι κατά τη διαδικασία κατακυρώσεως δημοσίου έργου πρέπει να

⁹⁶ Απόφαση *Dimarso*, C-6/15, σκέψεις 19-32.

⁹⁷ Υπόθεση *Dimarso*, C-6/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Paolo Mengozzi της 10^{ης} Μαρτίου 2016, σκέψη 66.

⁹⁸ Απόφαση *EVN AG*, C-448/01, σκέψη 54.

τηρούνται, σε όλα τα στάδιά της, τόσο η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορά όσο και η αρχή της διαφάνειας, ώστε όλοι οι υποβάλλοντες προσφορά να έχουν ίσες ευκαιρίες όταν διατυπώνουν τους όρους των αιτήσεων τους συμμετοχής ή των προσφορών τους (βλ., υπό την έννοια αυτή, την προπαρατεθείσα απόφαση *Universale-Bau* κ.λπ., σκέψη 93). Αυτό σημαίνει, ειδικότερα, ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους προσφέροντες οι οποίοι είναι καλώς πληροφορημένοι και επιμελείς να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο (προπαρατεθείσα απόφαση *SIAC Construction*, σκέψη 41). Κατά συνέπεια, στην υπόθεση, το γεγονός ότι **η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να διευκρινίσει στην προκήρυξη του διαγωνισμού το διάστημα** για το οποίο οι προσφέροντες έπρεπε να αναγράφουν την ποσότητα της παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρικής ενέργειας που μπορούσαν να προμηθεύσουν μπορεί να συνιστά **παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας** εφόσον αποδειχθεί ότι αυτή η παράλειψη κατέστησε δυσχερές ή ακόμη και αδύνατο στους προσφέροντες να γνωρίζουν το ακριβές περιεχόμενο του εν λόγω κριτηρίου και **να είναι επομένως σε θέση να το ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο.**⁹⁹

β) Ο καθορισμός των κριτηρίων Ανάθεσης

7. Δυνατότητα Μεταγενεστέρου προσδιορισμού Κριτηρίων Ανάθεσης

Στην υπόθεση *Λιανάκης* (C-532/06), η διακήρυξη διαγωνισμού προέβλεπε ως κριτήρια αναθέσεως κατά σειρά προτεραιότητας, πρώτον, την αποδεδειγμένη εμπειρία του μελετητή σε σχετικές μελέτες που έχει εκπονήσει την τελευταία τριετία, δεύτερον, τη στελέχωση και τον εξοπλισμό του γραφείου και, τρίτον, τη δυνατότητα εκπονήσεως της μελέτης στον προβλεπόμενο χρόνο, σε συνδυασμό με τις ανειλημμένες υποχρεώσεις του γραφείου και το επιστημονικό δυναμικό του.¹⁰⁰ Για να είναι σε θέση να αξιολογήσει τις προσφορές των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή Αναθέσεως Μελέτης του Δήμου Αλεξανδρούπολης (στο εξής: επιτροπή αναθέσεως) καθόρισε, **κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αξιολογήσεως, τους συντελεστές βαρύτητας και τα υποκριτήρια**¹⁰¹ για τα περιλαμβανόμενα στη διακήρυξη διαγωνισμού κριτήρια αναθέσεως.¹⁰² Κατ' εφαρμογή των εν λόγω κανόνων, η επιτροπή αναθέσεως κατέταξε την κοινοπραξία Λουκάτος στην πρώτη θέση με 78 βαθμούς, την κοινοπραξία Πλανητική στη δεύτερη θέση με 72 βαθμούς και την κοινοπραξία Λιανάκης στην τρίτη θέση με 70 βαθμούς. Ως εκ τούτου, εισηγήθηκε, με το πρακτικό της 27ης Απριλίου 2005,

⁹⁹ Απόφαση EVN AG, C-448/01, σκέψεις 56-58.

¹⁰⁰ Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψη 10.

¹⁰¹ Στην υπόθεση *Varney v. Herfordshire County Council* (U.K.), ο δικαστής ήταν διατεθειμένος να διακρίνει την κατάσταση των *Lianakis* και *Lettings International*, με την αιτιολογία ότι στις περιπτώσεις αυτές τα εμπλεκόμενα "επιμέρους κριτήρια" στην πραγματικότητα ανέρχονταν σε ξεχωριστά κριτήρια ανάθεσης. Ωστόσο, στην εν λόγω περίπτωση ο δικαστής έκρινε ότι τα «Χρονοδιαγράμματα Επιστροφής» ήταν δευτερεύοντα κριτήρια με την σωστή έννοια της λέξης, δηλαδή απλώς πιο λεπτομερείς πτυχές των βασικών κριτηρίων ανάθεσης. «Ο ασφαλέστερος δρόμος παραμένει για τις αναθέτουσες αρχές να γνωστοποιούν πάντοτε τα κριτήρια ανάθεσης, τα επιμέρους κριτήρια και τους αντίστοιχους συντελεστές βαρύτητας. Αν τα επιμέρους κριτήρια είναι απλώς μια λεπτομερής πτυχή του κύριου κριτηρίου ανάθεσης, η υπόθεση αυτή θα το κάνει περισσότερο δύσκολο για έναν αμφισβητία να διαπιστώσει παραβίαση.» Αναφέρεται στο "*New case on award criteria - good news for contracting authorities?*", J Beresford-Jones, Issue 7 / Public Procurement Newsbites, Ιούλιος 2010, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: https://www.mills-reeve.com/files/Publication/98c6f07a-a680-4f83-8a95-5c4faa61280b/Presentation/PublicationAttachment/01edf59f-abd3-4d2a-9388-5cfa4ce45976/Public_Procurement_Newsbits_July_2010_FINAL.pdf, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

¹⁰² Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψη 12.

την ανάθεση της μελέτης στην κοινοπραξία Λουκάτος.¹⁰³ Οι κοινοπραξίες Λιανάκης και Πλανητική, κρίνοντας ότι η μελέτη δεν θα είχε ανατεθεί στην κοινοπραξία Λουκάτος αν η επιτροπή αναθέσεως δεν είχε καθορίσει μεταγενεστέρως συντελεστές βαρύτητας και υποκριτήρια για τα περιλαμβανόμενα στη διακήρυξη του διαγωνισμού κριτήρια αναθέσεως, προσέβαλαν την απόφαση που έλαβε το Δημοτικό Συμβούλιο Αλεξανδρούπολης (δηλ. την απόφαση έγκρισης του πρακτικού της επιτροπής αναθέσεως), πρώτα ενώπιον του ίδιου του Δημοτικού Συμβουλίου και κατόπιν ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας.¹⁰⁴ Υπό τις συνθήκες αυτές, το Συμβούλιο της Επικρατείας αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Στην περίπτωση κατά την οποία η διακήρυξη διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσίας προβλέπει μόνον τη σειρά προτεραιότητας των κριτηρίων ανάθεσης, χωρίς να ορίζει τους συντελεστές βαρύτητας κάθε κριτηρίου, το άρθρο 36 της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, επιτρέπει τον καθορισμό των συντελεστών βαρύτητας των κριτηρίων μεταγενεστέρως από την επιτροπή του διαγωνισμού και, σε καταφατική περίπτωση, υπό ποιες προϋποθέσεις;»¹⁰⁵

Με το προδικαστικό του ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά κατ' ουσίαν αν η οδηγία απαγορεύει, στο πλαίσιο διαδικασίας διαγωνισμού, στην αναθέτουσα αρχή να καθορίζει μεταγενεστέρως συντελεστές βαρύτητας και υποκριτήρια για τα περιλαμβανόμενα στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στη διακήρυξη του διαγωνισμού κριτήρια αναθέσεως.¹⁰⁶

Το ΔΕΕ απαντά στο ερώτημα υπενθυμίζοντας ότι συναφώς η οδηγία επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές να φροντίζουν ώστε να μην υπάρχουν διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων παρεχόντων υπηρεσιών. Η κατά τα άνω θεσπισθείσα αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την υποχρέωση διαφάνειας¹⁰⁷ (βλ., επ' αυτού, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων προμηθειών, απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-275/98, Unitron Scandinavia και 3-S, σκέψη 31, και, ως

¹⁰³ Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψη 17.

¹⁰⁴ Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψεις 18-19.

¹⁰⁵ Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψη 20.

¹⁰⁶ Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψη 21.

¹⁰⁷ «Η αρχή της διαφάνειας συνδέεται κυρίως με την ποσότητα των πληροφοριών που πρέπει να παρέχονται σχετικά με εντολές και διαδικασίες και τη δημοσιότητα των ενεργειών / αδράνειας από τις αναθέτουσες αρχές σχετικά με την επιλογή ενός συμβαλλομένου. Κάποιες αντιλήψεις για αυτήν την αρχή είναι υπερβολικά στενές ως προς τον ορισμό της και περιορίζονται μόνο στην κοινοποίηση της δημόσιας προκήρυξης και την εξασφάλιση του απαραίτητου ελάχιστου επιπέδου δημοσιότητας όσον αφορά τις διαδικασίες. Η διαφάνεια γενικά θεωρείται ως η έννοια που διασφαλίζοντας το άνοιγμα και τη δημοσιότητα στα διάφορα στάδια μιας διαδικασίας, επιτρέπει να μπορέσουν οι συμμετέχοντες και οι εποπτικές αρχές να παρακολουθούν την πρόοδο των διαδικασιών και να βεβαιώνουν ότι η σύμβαση έχει απονεμηθεί και είναι ικανοποιημένοι (ή όχι) ότι η διαδικασία διεξήχθη νομίμως και δίκαια. Άλλες έννοιες της διαφάνειας επεκτείνουν τις λειτουργίες της έτσι ώστε να εξασφαλιστεί ένα ανταγωνιστικό περιβάλλον, η δυνατότητα παρακολούθησης και εφαρμογής της σύμβασης και επίσης να θεωρηθεί η αρχή ως ένα μέτρο αντι-διαφθοράς. Το «δικαίωμα του κοινού να γνωρίζει» θεωρείται ότι αποτελεί επιτυχή απάντηση στις ανάγκες για δίκαιη και λιγότερο διεφθαρμένη εκταμίευση δημόσιων πόρων και έχει αναγνωριστεί σε επίπεδο Συνθήκης, με τη διαφάνεια των διαδικασιών να αποτελεί ουσιώδη υποχρέωση που εμπίπτει στα θεσμικά όργανα της ΕΕ: το άρθρο 15 παράγραφος 1 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) απαιτεί να εκτελούν το έργο τους ανοιχτά προκειμένου να προωθηθεί η χρηστή διακυβέρνηση και να εξασφαλιστεί η συμμετοχή της κοινωνίας των πολιτών.» Αναφέρεται στο *“Using Transparency Against Corruption in Public Procurement”*, I. Georgieva, Springer International Publishing AG, 2017, σελ. 7, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:i4TLEut-848J:www.springer.com/cda/content/document/cda_downloadaddocument/9783319513034-c2.pdf%3FSGWID%3D0-0-45-1603870-p180514619+&cd=1&hl=el&ct=clnk&gl=gr, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση SIAC Construction, προπαρατεθείσα, σκέψη 41). Επιπλέον, από την οδηγία προκύπτει ότι, όταν η εκτέλεση της σύμβασης πρόκειται να ανατεθεί με βάση την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η αναθέτουσα αρχή δηλώνει στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στη διακήρυξη του διαγωνισμού τα κριτήρια αναθέσεως των οποίων προβλέπει την εφαρμογή, ει δυνατόν, σε φθίνουσα τάξη ανάλογα με τη σημασία που τους προσδίδεται. Κατά τη νομολογία, η τελευταία αυτή διάταξη, ερμηνευόμενη υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των επιχειρηματιών, την οποία θεσπίζει επίσης η ίδια οδηγία, και της εντεύθεν απορρέουσας υποχρεώσεως διαφάνειας, επιβάλλει όπως όλα τα στοιχεία που λαμβάνει υπόψη η αναθέτουσα αρχή για τον εντοπισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς και η σχετική σημασία τους **καθίστανται γνωστά στους εν δυνάμει προσφέροντες, κατά τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους** (βλ., επ' αυτού, ως προς τις δημόσιες συμβάσεις στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 88, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ., σκέψη 98, και, ως προς τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 2005, C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ., σκέψη 24). Πράγματι, οι εν δυνάμει προσφέροντες πρέπει να είναι σε θέση να γνωρίζουν, κατά τον χρόνο της προετοιμασίας των προσφορών τους την ύπαρξη και το περιεχόμενο των στοιχείων αυτών (βλ., επ' αυτού, ως προς τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, προπαρατεθείσες αποφάσεις Concordia Bus Finland, σκέψη 62, και ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ., σκέψη 23). Συνεπώς, **η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να εφαρμόζει κανόνες καθορισμού των συντελεστών βαρύτητας ή υποκριτήρια για τα κριτήρια αναθέσεως που δεν έχει προηγουμένως γνωστοποιήσει**¹⁰⁸ στους προσφέροντες (βλ., κατ' αναλογία, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση Universale-Bau κ.λπ., προπαρατεθείσα, σκέψη 99). Η ερμηνεία αυτή ενισχύεται από τον σκοπό της οδηγίας που έγκειται στην εξάλειψη των εμποδίων στην ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών και, συνεπώς, στην προστασία των συμφερόντων των εγκατεστημένων σε κράτος μέλος επιχειρηματιών οι οποίοι επιθυμούν να παραδώσουν αγαθά ή να παράσχουν υπηρεσίες στις αναθέτουσες αρχές άλλου κράτους μέλους (βλ. επ' αυτού, μεταξύ άλλων, απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge, σκέψη 16). Προς τούτο, οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν της ίδιας μεταχειρίσεως καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας, πράγμα το οποίο συνεπάγεται ότι τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις που διέπουν κάθε σύμβαση πρέπει να αποτελούν αντικείμενο επαρκούς δημοσιότητας εκ μέρους των αναθετουσών αρχών (βλ., επ' αυτού, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes, σκέψη 21, και SIAC Construction, σκέψη 34, καθώς και, ως προς τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ., προπαρατεθείσα, σκέψη 22).¹⁰⁹

¹⁰⁸ «Μετά από μια σειρά άλλων εκτιμήσεων, αναφερόμενων στα κριτήρια επιλογής καθώς και στα κριτήρια ανάθεσης, το Δικαστήριο καταλήγει στο σημείο 99 της απόφασης Universale-Bau ότι “η ερμηνεία κατά την οποία, όταν [η] αναθέτουσα αρχή έχει θεσπίσει [...] κανόνες για τη στάθμιση των κριτηρίων επιλογής που προτίθεται να χρησιμοποιήσει, υποχρεούται να τους γνωστοποιήσει εκ των προτέρων στους υποψηφίους, ... είναι η μόνη που είναι ικανή να εξασφαλίσει ένα κατάλληλο επίπεδο διαφάνειας και, κατά συνέπεια, τη συμμόρφωση με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως κατά τις διαδικασίες αναθέσεως συμβάσεων στις οποίες εφαρμόζεται η εν λόγω οδηγία”. Ακριβώς το ίδιο σκεπτικό και το ίδιο αποτέλεσμα ισχύουν για τα κριτήρια ανάθεσης, τη στάθμιση τους και τους κανόνες (ή ρυθμίσεις) για τη στάθμιση τους. Αυτό επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι οι μεταγενέστερες αποφάσεις που αφορούσαν συγκεκριμένα κριτήρια ανάθεσης και ο συντελεστής στάθμισής τους περιέχουν ρητές παραπομπές στους δικαστές της Universale-Bau.» Αναφέρεται στο έγγραφο-απάντηση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 15/03/2016, σελ. 2, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.kfst.dk/media/2330/160310-answer-dk-evaluation-methods-1390971.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

¹⁰⁹ Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψεις 33-40.

Το ΔΕΕ στην υπόθεση *Λιανάκης* έκρινε επαναλαμβάνοντας τα όσα διατυπώθηκαν στην υπόθεση *ATI EAC e Viaggi di Maio*¹¹⁰, όπου τόσο τα κριτήρια αναθέσεως και οι συντελεστές βαρύτητάς τους όσο και τα υποκριτήρια των κριτηρίων αυτών αναθέσεως **είχαν καθοριστεί προηγουμένως** και δημοσιευθεί στη συγγραφή υποχρεώσεων. Ωστόσο, **η εν λόγω αναθέτουσα αρχή καθόρισε εκ των υστέρων, λίγο πριν το άνοιγμα των φακέλων, τους συντελεστές βαρύτητας για τα υποκριτήρια.** Το Δικαστήριο έκρινε με την απόφαση εκείνη ότι **η οδηγία δεν απαγορεύει τον τρόπο αυτόν ενεργείας, υπό τρεις πολύ συγκεκριμένες προϋποθέσεις**, ήτοι ότι:

- **δεν τροποποιεί** τα οριζόμενα στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στη διακήρυξη του διαγωνισμού κριτήρια αναθέσεως της συμβάσεως,
- δεν περιλαμβάνει στοιχεία τα οποία, αν ήσαν γνωστά κατά την προετοιμασία των προσφορών, **θα είχαν επηρεάσει ενδεχομένως τη σχετική προετοιμασία**, και
- δεν υιοθετήθηκε λαμβανομένων υπόψη στοιχείων δυναμένων να επιφέρουν αποτέλεσμα συνιστάμενο σε **δυσμενή διάκριση εις βάρος ενός των προσφερόντων** (βλ., επ' αυτού, απόφαση *ATI EAC e Viaggi di Maio* κ.λπ., προπαρατεθείσα, σκέψη 32).

Αντιθέτως, στην υπόθεση *Λιανάκης* επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η επιτροπή αναθέσεως δεν ανέφερε, στη διακήρυξη διαγωνισμού, παρά μόνον τα καθαυτό κριτήρια αναθέσεως και καθόρισε εκ των υστέρων, **μετά την υποβολή των προσφορών και μετά την αποσφράγιση των αιτήσεων εκδηλώσεως ενδιαφέροντος**, τόσο τους συντελεστές βαρύτητας όσο και τα υποκριτήρια των κριτηρίων αναθέσεως. Τούτο προδήλως δεν συνιστά εκπλήρωση της υποχρεώσεως δημοσιότητας την οποία προβλέπει η οδηγία, ερμηνευόμενη υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των επιχειρηματιών και της υποχρεώσεως διαφάνειας. Συνεπώς, κατόπιν των ανωτέρω, στο υποβληθέν ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των επιχειρηματιών και της εντεύθεν απορρέουσας υποχρεώσεως διαφάνειας, **απαγορεύεται στο πλαίσιο διαδικασίας διαγωνισμού, στην αναθέτουσα αρχή να καθορίζει μεταγενεστέρως** συντελεστές βαρύτητας και υποκριτήρια για τα περιλαμβανόμενα στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στη διακήρυξη του διαγωνισμού κριτήρια αναθέσεως.¹¹¹

Σύμφωνα με την οδηγία, οι ρητές υποχρεώσεις γνωστοποίησης της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά τα κριτήρια ανάθεσης περιορίζονταν στην απαίτηση απλώς να τις ορίσουν στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη διαγωνισμού. Επιπλέον, μια αναθέτουσα αρχή ήταν υποχρεωμένη να απαριθμήσει τα κριτήρια αυτά σε φθίνουσα σειρά σημασίας, αλλά μόνο όπου αυτό ήταν δυνατό. Ωστόσο, παρέμεινε ασαφές εάν η βασική αρχή της διαφάνειας επέκτεινε τις υποχρεώσεις γνωστοποίησης σε μια απαίτηση ενημέρωσης των υποψηφίων για τα επιμέρους κριτήρια και κάθε ειδική μεθοδολογία την οποία η αναθέτουσα αρχή είχε σχεδιάσει (συμπεριλαμβανομένης της εφαρμογής διορθωτικών συντελεστών σε κριτήρια ανάθεσης) για την αξιολόγηση των προσφορών. Στην υπόθεση *Universale-Bau*¹¹², το ΔΕΕ εξέτασε το σχετικό ζήτημα αν μια αναθέτουσα αρχή υποχρεώθηκε να γνωστοποιήσει τη μεθοδολογία της όσον αφορά την εφαρμογή των διορθωτικών συντελεστών στα κριτήρια επιλογής. Το Δικαστήριο είχε κρίνει ότι, **σε περίπτωση που αυτή η μεθοδολογία είχε συνταχθεί εκ των προτέρων, πρέπει να γνωστοποιείται** στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στα έγγραφα της πρόσκλησης υποβολής προσφορών. Εντούτοις, η απόφαση δεν διευκρίνισε εάν η αρχή αυτή πρέπει να εφαρμόζεται κατ' αναλογία και όσον αφορά τα κριτήρια ανάθεσης, αν και στην επόμενη υπόθεση *Renco*¹¹³ το Πρωτοδικείο πρότεινε ότι **δεν θα έπρεπε**¹¹⁴ **και άρα συμπεραίνουμε**

¹¹⁰ Απόφαση *ATI EAC*, C-331/04.

¹¹¹ Απόφαση *Λιανάκης*, C-532/06, σκέψεις 41-45.

¹¹² Υπόθεση *Universale-Bau*, C-470/99.

¹¹³ Υπόθεση *Renco*, T-4/01.

¹¹⁴ Υπόθεση *Renco*, T-4/01: Το Πρωτοδικείο έκρινε ότι δεν υπήρχε καμία υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποκαλύψει τον τύπο βάσει του οποίου θα αξιολογούσε τις οικονομικές πτυχές των προσφορών.

ότι η αναθέτουσα αρχή απολαμβάνει διακριτική δυνατότητα να προσδιορίσει μεταγενεστέρως τα κριτήρια αναθέσεως. Στην υπόθεση *Λιανάκης*, το Δικαστήριο διευκρινίζει ότι η υποχρέωση διαφάνειας απαιτεί την αποκάλυψη της ύπαρξης, του πεδίου εφαρμογής και της σχετικής σημασίας των "όλων των στοιχείων" που θα λάβει υπόψη η αναθέτουσα αρχή κατά τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς. Εφαρμόζοντας την αρχή αυτή στα συγκεκριμένα περιστατικά της υπόθεσης, το Δικαστήριο καταλήγει στο συμπέρασμα ότι «μια αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να εφαρμόσει κανόνες στάθμισης ή επιμέρους κριτήρια που δεν έχει προηγουμένως επισημάνει στους προσφέροντες». Αυτή η ερμηνεία της υποχρέωσης διαφάνειας είναι σημαντική και σαφώς συναφής και σε σχέση με τις ισχύουσες οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις. Σύμφωνα με την υπόθεση *Λιανάκης*, η υποχρέωση διαφάνειας απαιτεί τη **γνωστοποίηση όχι μόνο των κριτηρίων ανάθεσης και των συντελεστών αναπροσαρμογής τους, αλλά και των οποιωνδήποτε επιμέρους κριτηρίων και όντως "όλα τα στοιχεία"**¹¹⁵ - μια αναφορά που πρέπει να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνει τους διορθωτικούς συντελεστές των επιμέρους κριτηρίων, παράδειγμα - την οποία θα λάβει υπόψη η αναθέτουσα αρχή κατά την αξιολόγησή της. Ωστόσο, είναι σημαντικό να επισημανθεί ότι **στην απόφαση του ΔΕΕ δεν υπάρχει κανένα στοιχείο που να υποδηλώνει ότι μια τέτοια υποχρέωση διαφάνειας απαιτεί από τις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν λεπτομερή μεθοδολογία αξιολόγησης.** Μόνο στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή διατυπώνει μεθοδολογία που είναι πιο λεπτομερής από τις ρητές υποχρεώσεις γνωστοποίησης των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, πρέπει επίσης να γνωστοποιείται στους υποψήφιους εκ των προτέρων. Κατά τα λοιπά, στις νέες οδηγίες της Ε.Ε. **η αναθέτουσα αρχή υποχρεώνεται να διευκρινίζει τη σχετική στάθμιση** που προσδίδει σε καθένα από τα κριτήρια που έχουν επιλεγεί για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς. **Η νομοθεσία λοιπόν, διατηρεί στενότητα την ευχέρεια της διοικητικής αρχής σε αυτά που μπορεί να παραλείψει να γνωστοποιήσει εκ των προτέρων** στους υποψηφίους. Δεν καταλείπεται επομένως με βάση την *Λιανάκης* περιθώριο στην αναθέτουσα αρχή να καθορίσει εκ των υστέρων, με μόνη την υπό προϋποθέσεις εξαίρεση της *ΑΤΙ ΕΑC*, στην οποία γίνεται ξεκάθαρη αναφορά. Στο πνεύμα αυτής της απόφασης, φαίνεται ότι οποιαδήποτε βελτίωση της μεθοδολογίας αξιολόγησης πρέπει να πραγματοποιηθεί **το αργότερο πριν η αναθέτουσα αρχή δει τις προσφορές (δηλαδή μπορεί να γίνει σε κάποιο σημείο μετά την υποβολή των προσφορών αλλά πριν από το άνοιγμα των φακέλων**¹¹⁶ που περιέχουν τις προσφορές). Ωστόσο, στην πράξη, αυτή η καθυστερημένη τροποποίηση της μεθοδολογίας αξιολόγησης είναι πιθανό να φέρει κινδύνους, καθώς σε περίπτωση αμφισβήτησης μπορεί να είναι δύσκολο να αποδειχθεί ότι η μεθοδολογία έχει πράγματι τροποποιηθεί ή βελτιωθεί με άλλο τρόπο μετά την υποβολή των προσφορών, αλλά πριν από την έναρξη των φακέλων προσφοράς.¹¹⁷ Ακόμη πιο αμφισβητήσιμη είναι η δυνατότητα βελτίωσης/διόρθωσης μιας μεθοδολογίας αξιολόγησης μετά την εξέταση των προσφορών από την αναθέτουσα αρχή. Αναμφισβήτητα, αυτό θα πρέπει να επιτρέπεται κατ' αρχήν υπό την προϋπόθεση ότι δεν δημιουργεί διάκριση - την οποία δεν θα έπρεπε, αν πληρούνται κατ' αναλογία οι προϋποθέσεις που είχε ορίσει το Δικαστήριο στην *ΑΤΙ ΕΑC* και στις οποίες το Δικαστήριο αναφέρθηκε εγκύρως στην *Λιανάκης*. Φυσικά, εφόσον οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν υποχρέωση να διατυπώνουν λεπτομερή μεθοδολογία αξιολόγησης, οι αναθέτουσες αρχές εξακολουθούν να έχουν τη δυνατότητα να αξιολογούν τις προσφορές απλώς βάσει των κριτηρίων ανάθεσης που εφαρμόζονται βάσει των διορθωτικών συντελεστών τους ή ακόμη και βάσει των κριτηρίων ανάθεσης (που θα ήταν δυνατή σε περιπτώσεις κατά τις οποίες, κατά τη γνώμη μιας αναθέτουσας αρχής, η στάθμιση δεν είναι δυνατή για εμφανείς λόγους). Εντούτοις,

¹¹⁵ Απόφαση *Λιανάκης*, C-532/06, σκέψη 36.

¹¹⁶ Απόφαση *Λιανάκης*, C-532/06, σκέψη 42 με παραπομπή στην *ΑΤΙ ΕΑC*.

¹¹⁷ Παρότι αυτό δεν ετέθη ως ζήτημα στην *ΑΤΙ ΕΑC*.

είναι αμφισβητήσιμο, τουλάχιστον στην περίπτωση σύνθετων συμβάσεων, κατά πόσο είναι αντικειμενικά εφικτό για τις αναθέτουσες αρχές να αξιολογούν τις προσφορές σε αυτή τη βάση χωρίς αναφορά σε άλλους παράγοντες ή προσφυγή σε μια πιο περίπλοκη μεθοδολογία αξιολόγησης.¹¹⁸

8. Χρησιμοποίηση «καθαρών» ποιοτικών δεδομένων ως Κριτηρίων Ανάθεσης

Στην υπόθεση *Λιανάκης*, η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ισχυρίστηκε, με τις γραπτές παρατηρήσεις της, ότι, πριν δοθεί απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα, πρέπει να εξετασθεί αν η οδηγία 92/50 απαγορεύει, στο πλαίσιο διαδικασίας διαγωνισμού, στην αναθέτουσα αρχή να λαμβάνει υπόψη την **πείρα των διαγωνιζομένων, τη στελέχωση και τον εξοπλισμό τους καθώς και τη δυνατότητά τους να εκτελέσουν τη σύμβαση στον προβλεπόμενο χρόνο** όχι ως «κριτήρια ποιοτικής επιλογής», αλλά **ως «κριτήρια αναθέσεως»**.¹¹⁹ Από τη νομολογία προκύπτει ότι, μολονότι η οδηγία δεν αποκλείει θεωρητικώς την ταυτόχρονη πραγματοποίηση του ελέγχου της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων και της αναθέσεως της εκτελέσεως της σύμβασεως, γεγονός παραμένει ότι οι δύο αυτές διαδικασίες είναι αυτοτελείς και διέπονται από διαφορετικούς κανόνες (βλ., επ' αυτού, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87, *Beentjes*, σκέψεις 15 και 16). Πράγματι, ο έλεγχος της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων γίνεται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα κριτήρια οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας (καλούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της εν λόγω οδηγίας (βλ., όσον αφορά τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση *Beentjes*, προπαρατεθείσα, σκέψη 17). Αντιθέτως, η ανάθεση της εκτελέσεως της σύμβασεως βασίζεται στα κριτήρια που συντείνουν στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά (βλ., επ' αυτού, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση *Beentjes*, προπαρατεθείσα, σκέψη 18). Μολονότι είναι αληθές ότι, στην τελευταία αυτή περίπτωση, τα κριτήρια που μπορούν να γίνουν δεκτά από τις αναθέτουσες αρχές δεν απαριθμούνται περιοριστικά και ότι, επομένως, η διάταξη αυτή αφήνει στις αναθέτουσες αρχές την επιλογή των κριτηρίων αναθέσεως της εκτελέσεως της σύμβασεως που προτίθενται να εφαρμόσουν, γεγονός παραμένει ότι η επιλογή αυτή δεν μπορεί να αναφέρεται **παρά μόνο στα κριτήρια που αφορούν τον εντοπισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς** (βλ., επ' αυτού, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, αποφάσεις *Beentjes*, προπαρατεθείσα, σκέψη 19, της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, *SIAC Construction*, σκέψεις 35 και 36, καθώς και, ως προς τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, αποφάσεις της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, σκέψεις 54 και 59, και της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, *GAT*, σκέψεις 63 και 64). Συνεπώς, **αποκλείονται ως «κριτήρια αναθέσεως» τα κριτήρια που δεν σκοπούν στον εντοπισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, αλλά συνδέονται κυρίως με την εκτίμηση της καταλληλότητας** των διαγωνιζομένων να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση. Ωστόσο, στη διαφορά της κύριας δίκης, τα κριτήρια που επέλεξε η αναθέτουσα αρχή ως «κριτήρια αναθέσεως» αφορούν την εμπειρία, τα προσόντα και τα μέσα που μπορούν να διασφαλίσουν την προσήκουσα εκτέλεση της εν λόγω σύμβασεως. Πρόκειται για κριτήρια που αφορούν την καταλληλότητα των διαγωνιζομένων να εκτελέσουν τη σύμβαση αυτή και τα οποία, συνεπώς, δεν αποτελούν «κριτήρια αναθέσεως», υπό την έννοια της οδηγίας 92/50.

¹¹⁸ "European Court of Justice case comment - The nature of award criteria and the subsequent stipulation of weightings and sub-criteria: *Lianakis v Dimos Alexandroupolis (C-532/06)*", διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/28949/european-court-of-justice-case-comment-the-nature-of-award-criteria-and-the-subsequent-stipulation-of-weight>, τελευταία φορά επίσκεψης 23/10/2017, άρθρο δημοσιευθέν στην *Public Procurement Law Review* 2008, 4, NA 128-134.

¹¹⁹ Απόφαση *Λιανάκης*, C-532/06, σκέψη 22.

Συνεπώς, διαπιστώνεται ότι η οδηγία 92/50 απαγορεύει, στο πλαίσιο διαδικασίας διαγωνισμού, στην αναθέτουσα αρχή να λαμβάνει υπόψη την πείρα των διαγωνιζομένων, τη στελέχωση και τον εξοπλισμό τους καθώς και τη δυνατότητά τους να εκτελέσουν τη σύμβαση στον προβλεπόμενο χρόνο όχι ως «κριτήρια ποιοτικής επιλογής», αλλά ως «κριτήρια αναθέσεως».¹²⁰

Η προηγούμενη νομολογία¹²¹ ήταν διφορούμενη όσον αφορά το ζήτημα του κατά πόσον ορισμένα κριτήρια -και τα αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με την αξιολόγηση τέτοιων κριτηρίων- τα οποία συνήθως λαμβάνονται υπόψη κατά το στάδιο επιλογής μιας διαδικασίας σύναψης συμβάσεων, μπορεί επίσης να έχουν σημασία κατά το στάδιο της ανάθεσης. Δεδομένης αυτής της ασάφειας, ήταν νόμιμο να συμπεράνει κανείς ότι το Δικαστήριο δεν απέκλεισε τη δυνατότητα αυτή και ότι, σε ορισμένες περιπτώσεις, αυτό μπορεί να επιτραπεί. Παραδείγματος χάριν, αν και στην GAT το Δικαστήριο είχε δηλώσει ότι **ο αριθμός των συστάσεων που ο προσφέρων μπορούσε να παράσχει δεν ήταν αποδεκτός ως κριτήριο ανάθεσης**¹²², ταυτόχρονα φαίνεται ότι **δεν αποκλείει** το ενδεχόμενο οι εν λόγω συστάσεις να χρησιμοποιηθούν για την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης όπου αυτές **αναφέρονται σε θέματα που ήταν χρήσιμα για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς**.¹²³ Ομοίως, το Δικαστήριο έκρινε ότι, στην υπόθεση EVN, **ο κίνδυνος μη εκτέλεσης μπορεί κατ'αρχήν να αποτελέσει κριτήριο ανάθεσης**.¹²⁴ Η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Λιανάκης φαίνεται να έκλεισε την πόρτα σε μια τέτοια λεπτή προσέγγιση ή τουλάχιστον να έχει καταστήσει δυσκολότερη τη νομική δικαιολόγηση μιας τέτοιας προσέγγισης. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι το Δικαστήριο **δεν δήλωσε απλώς ότι τα κριτήρια ανάθεσης δεν περιλαμβάνουν κριτήρια που δεν αποσκοπούν στον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς**.¹²⁵ Από μόνη της, μια τέτοια δήλωση θα επέτρεπε ακόμη την ύπαρξη κριτηρίων που έχουν πρωταρχική σημασία για το στάδιο επιλογής μιας διαδικασίας σύναψης συμβάσεων, υπό ορισμένες περιστάσεις, να έχουν επίσης σημασία για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς. Το Δικαστήριο πήγε παραπέρα στην απόφασή του, αναφέροντας ότι **τα κριτήρια ανάθεσης δεν περιλαμβάνουν κριτήρια τα οποία, αντίθετα, «συνδέονται ουσιαστικά» με την αξιολόγηση της δυνατότητας των προσφερόντων να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση**.¹²⁶ Κατά την άποψη του Δικαστηρίου, η πείρα των προσφερόντων, το εργατικό δυναμικό και ο εξοπλισμός, καθώς και η ικανότητα εκτέλεσης της σύμβασης σε προβλεπόμενη προθεσμία, πληρούσαν τη δοκιμή αυτή και, συνεπώς, **δεν μπορούσαν να ληφθούν υπόψη ως κριτήρια ανάθεσης**. Στην πραγματικότητα, βάσει της ευρείας προσέγγισης (broad-brush approach) που φαίνεται να έχει υιοθετήσει το ΔΕΕ, κανένα από τα κριτήρια επιλογής που περιλαμβάνονται στις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις δεν μπορεί ποτέ να θεωρηθεί ότι δεν «συνδέεται ουσιαστικά» με την αξιολόγηση της ικανότητας των προσφερόντων να εκτελέσουν μια σύμβαση, ώστε να μπορούν να θεωρηθούν ως συναφή

¹²⁰ Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψεις 26-32.

¹²¹ Υπόθεση Renco SpA v Council (T-4/01), συναφείς υποθέσεις Strabag v Österreichische Bundesbahnen (C-462/03 & C-463/03), υπόθεση Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT) v Österreichische Autobahnen und Schnellstrassen AG (C-315/01).

¹²² Το Δικαστήριο ανέφερε ότι ο αριθμός των συστάσεων ήταν σημαντικός στο στάδιο επιλογής του διαγωνισμού, σκέψη 65 & σκέψη 67.

¹²³ Απόφαση GAT, (C-315/01), σκέψη 57 & σκέψη 66.

¹²⁴ Η αξιοπιστία συγκαταλέγεται στις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις ως κριτήριο (επιλογής) με βάση την οποία αξιολογείται η ικανότητα των υποψηφίων να εκτελέσουν τη σύμβαση. Ωστόσο, στην υπόθεση EVN, το Δικαστήριο δήλωσε ότι «η αξιοπιστία των προμηθειών μπορεί κατ'αρχήν να περιλαμβάνεται μεταξύ των κριτηρίων ανάθεσης που χρησιμοποιούνται για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς ...», πράγμα που υποδηλώνει ότι ο κίνδυνος μη εκτέλεσης μπορεί επίσης να αποτελεί κριτήριο ανάθεσης. Απόφαση EVN κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας (C-448/01) στην σκέψη 70.

¹²⁵ Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψη 30.

¹²⁶ Απόφαση Λιανάκης, C-532/06, σκέψη 30.

με τα κριτήρια ανάθεσης. Ιδιαίτερα περίεργο είναι όμως το γεγονός ότι το Δικαστήριο έκρινε ότι η ικανότητα των υποψηφίων να ολοκληρώσουν το έργο εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας εμπίπτει επίσης στην κατηγορία κριτηρίων τα οποία «συνδέονται ουσιαστικά» με την αξιολόγηση της ικανότητας των προσφερόντων να εκτελέσει τη σύμβαση. Αυτό φαίνεται περίεργο από την στιγμή που η οδηγία ρητώς αναφερόταν και αναφέρεται στην "ημερομηνία παράδοσης, περίοδο παράδοσης ή περίοδο εκτέλεσης"¹²⁷ ως παραδείγματα κριτηρίων που μπορεί να έχουν σημασία για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς. Είναι περίεργο το γεγονός ότι το Δικαστήριο δεν σχολίασε το θέμα αυτό. Πιθανώς η μόνη βάση επί της οποίας «η δυνατότητα ολοκλήρωσης του έργου μέχρι την προβλεπόμενη προθεσμία» δεν μπορεί να είναι ένα κριτήριο ανάθεσης αλλά «ημερομηνία παράδοσης, περίοδος παράδοσης ή περίοδος εκτέλεσης» μπορεί να είναι εάν υπάρχει εννοιολογική διαφορά μεταξύ της πρώτης και της δεύτερης ώστε η πρώτη μπορεί να θεωρηθεί ότι «συνδέεται ουσιαστικά» με την αξιολόγηση της δυνατότητας των προσφερόντων να εκτελέσουν τη σύμβαση και η τελευταία δεν μπορεί. Η διαφορά αυτή δεν είναι αυτονόητη. Πράγματι, ο κύριος στόχος κριτηρίων όπως η "ημερομηνία παράδοσης, περίοδος παράδοσης ή περίοδος εκτέλεσης" πρέπει ασφαλώς να καθορίσει και να αξιολογήσει την ικανότητα των υποψηφίων - όπως εκφράζονται στις αντίστοιχες προσφορές τους - να εκτελέσουν τη σύμβαση εντός συγκεκριμένου χρονικού πλαισίου. Αυτό είναι ουσιαστικά αυτό που η αναθέτουσα αρχή προσπαθούσε επίσης να πράξει στην *Λιανάκης* θέτοντας ως κριτήριο ανάθεσης «την ικανότητα ολοκλήρωσης του έργου μέχρι την προβλεπόμενη προθεσμία». Το γεγονός ότι, αφενός, το Δικαστήριο έκρινε ένα συγκεκριμένο κριτήριο ως «ουσιαστικά συνδεδεμένο» με την αξιολόγηση της δυνατότητας των προσφερόντων να εκτελέσει τη σύμβαση και ως εκ τούτου ακατάλληλο ως κριτήριο αναθέσεως, ενώ, αφετέρου, η οδηγία έλαβε πράγματι υπόψη το ίδιο κριτήριο ως κρίσιμης σημασίας για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, εκθέτει την αδυναμία της προσέγγισης του Δικαστηρίου, σύμφωνα με την οποία ένα κριτήριο μπορεί να αφορά μόνο την επιλογή των προσφερόντων ή την αξιολόγηση των προσφορών, χωρίς να υπάρχει η δυνατότητα, σε ορισμένες περιπτώσεις, κριτήριο μπορεί να είναι σχετικό και για τα δύο.¹²⁸ Η μυωπική αυτή θεώρηση του ΔΕΕ, εκτός από το γεγονός ότι αλλοιώνει το περιεχόμενο του κανόνα δικαίου, στενεύει αδικαιολόγητα και την ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να χρησιμοποιεί κριτήρια ποιοτικά την στιγμή που οι ίδιες οι οδηγίες παρέχουν την δυνατότητα ρητώς και συναγωγικώς από την απαίτηση εξασφάλισης βέλτιστης σχέσης τιμής-ποιότητας.

Στον αντίποδα της λογικής του ΔΕΕ στις προμνησθείσες υποθέσεις, σε μια πρόσφατη υπόθεση, την *Northern Irish Waste Services Ltd κατά Northern Ireland Water Ltd & Ors* (2013), το Δικαστήριο στη Βόρειο Ιρλανδία εξέτασε ένα αίτημα της Irish Waste Services Ltd, μια εταιρεία απογοητευμένη από την μη αποδοχή της προσφοράς της προκειμένου για ανάθεση σύμβασης για υπηρεσίες διαχείρισης ιλύος από την Αρχή Northern Ireland Water. Μεταξύ άλλων θεμάτων, η *Irish Waste Services* ισχυρίστηκε ότι τα κριτήρια ανάθεσης ήταν παράνομα,

¹²⁷ Οδηγία 92/50 Άρθρο 31 (1). Η ίδια αναφορά γίνεται στο άρθρο 53, παράγραφος 1, στοιχείο α, της οδηγίας 2004/18, ενώ μια παρόμοια παραπομπή γίνεται επίσης στο άρθρο 55, παράγραφος 1, στοιχείο α, της οδηγίας 2004/17. Ρητή αναφορά γίνεται και στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ στο άρθρο 67§2γ'.

¹²⁸ "European Court of Justice case comment - The nature of award criteria and the subsequent stipulation of weightings and sub-criteria: *Lianakis v Dimos Alexandroupolis (C-532/06)*", διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/28949/european-court-of-justice-case-comment-the-nature-of-award-criteria-and-the-subsequent-stipulation-of-weight>, τελευταία φορά επίσκεψης 23/10/2017, άρθρο δημοσιευθέν στην Public Procurement Law Review 2008, 4, ΝΑ 128-134.

διότι περιείχαν στοιχεία που έπρεπε να είχαν αντιμετωπιστεί σωστά ως κριτήρια επιλογής και όχι ως κριτήρια ανάθεσης. Προς στήριξη αυτού του επιχειρήματος, στηρίχθηκε στην υπόθεση C-532/06 Lianakis (η οποία στη συνέχεια εφαρμόστηκε σε εγχώριες υποθέσεις όπως η Lettings International κατά London Borough of Newham (2008)). Η υπόθεση Lianakis έκρινε ότι η διατύπωση της ισχύουσας οδηγίας 92/50 της ΕΕ απαιτούσε να διατηρηθεί μια σαφής διάκριση μεταξύ (1) κριτηρίων που αποσκοπούν στον προσδιορισμό της προσφοράς που είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη (δηλαδή στα κριτήρια ανάθεσης) και, (2) τα κριτήρια αυτά που «συνδέονται κατ' ουσία με την αξιολόγηση της ικανότητας του προσφέροντος να εκτελέσει την εν λόγω σύμβαση» (δηλαδή κριτήρια επιλογής). Ο ενάγων που υπέβαλε την αίτηση αυτή επεσήμανε ότι πολλές από τις ερωτήσεις που τέθηκαν στο στάδιο της ανάθεσης αφορούσαν στοιχεία όπως η πείρα των προσφερόντων, ο εξοπλισμός και το εργατικό δυναμικό και ισχυρίστηκαν ότι αυτά αποτελούσαν πράγματι κριτήρια επιλογής και όχι κριτήρια ανάθεσης και ότι, ως εκ τούτου, υπάρχει συνάφεια με την υπόθεση *Λιανάκη*. Το δικαστήριο έλαβε μια ασαφή εικόνα του επιχειρήματος αυτού και, λαμβάνοντας υπόψη ότι η διατύπωση του σχετικού άρθρου της οδηγίας για τις επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας διέφερε σημαντικά από εκείνη στην οποία αφορούσε η απόφαση *Λιανάκης*, έκρινε ότι δεν υπήρχε υποχρέωση να ακολουθήσει την απόφαση *Λιανάκη*. Πράγματι, τα σχόλια του δικαστή αντανακλούν αυτό που έχουν πει και πολλοί επικριτές της *Λιανάκης* τα τελευταία χρόνια, ότι δηλαδή ένας από τους καλύτερους τρόπους για την αξιολόγηση της πιθανής ποιότητας της απόδοσης του υποψήφιου, εάν του ανατεθεί η σύμβαση, είναι να εξετάσει την ποιότητα του στις προηγούμενες επιδόσεις άλλων συμβάσεων. Το δικαστήριο σημείωσε επίσης ότι, εν πάση περιπτώσει, τα κριτήρια αυτά αφορούσαν τους πόρους και το εργατικό δυναμικό που θα χρησιμοποιηθούν για την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης, και όχι γενικά, πράγμα που φαίνεται να άνοιξε την πόρτα στο επίχειρημα ότι μπορεί να είναι νόμιμο να αξιολογηθεί στοιχείο όπως είναι οι πόροι κατά το στάδιο της ανάθεσης, ακόμη και στο πλαίσιο των δημόσιων συμβάσεων, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή θα αποδείξει ότι οι εν λόγω συμβάσεις «συνδέονται δεόντως με το αντικείμενο της σύμβασης» ειδικότερα και όχι γενικότερα. Αυτόν τον όρο θα τον δούμε στις οδηγίες της Ε.Ε. του 2014 να συμπεριλαμβάνεται στο άρθρο που αφορά τα κριτήρια ανάθεσης και δη τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς. Πριν από αυτό έχουμε ήδη δει, στο πλαίσιο των δημόσιων συμβάσεων, ορισμένα σημάδια της προθυμίας του δικαστηρίου να υιοθετήσει μια κοινή λογική για την εφαρμογή της *Λιανάκης*. Για παράδειγμα, το αίτημα της European Dynamics για το έτος 2010 μετά την ανεπιτυχή υποβολή προσφορών για την παροχή υπηρεσιών πληροφορικής της Υπηρεσίας Εκδόσεων της ΕΕ (υπόθεση T-387/08) και του Ευρωπαϊκού Κέντρου Παρακολούθησης Ναρκωτικών και Τοξικομανίας (υπόθεση T-63/06). Σε αυτές τις περιπτώσεις, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο έκρινε ότι οι αναθέτουσες αρχές είχαν το δικαίωμα να αξιολογήσουν την εμπειρία και τα προσόντα κατά το στάδιο της ανάθεσης, υπό τον όρο ότι θα γινόταν με συγκριτικό τρόπο, καθώς και ότι μία μόνο πληροφορία που υπέβαλε ένας υποψήφιος μπορούσε πράγματι να χρησιμοποιηθεί με διαφορετικούς τρόπους σε κάθε στάδιο επιλογής και ανάθεσης.¹²⁹

Η προσέγγιση του δικαστικού συστήματος του Ηνωμένου Βασιλείου σε κριτήρια επιλογής έναντι κριτηρίων ανάθεσης ήταν κατά κανόνα πιο ρεαλιστική, πιο business-oriented θα λέγαμε, καθώς ελάμβανε σοβαρά υπόψη την εμπορική διάσταση των πραγμάτων. Τον Μάιο του 2012, το Ανώτατο Δικαστήριο Ανταγωνισμού δήλωσε, στην υπόθεση *SRCL Limited κατά Επιτροπής Ανταγωνισμού* [2012], ότι το ΔΕΚ στην *Λιανάκη*:

¹²⁹ J. Beresford-Jones & R. Smith, "Northern Ireland Court decides that Lianakis case on selection/award criteria does not apply to the utilities procurement regime", 24 Μαΐου 2013, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.mills-reeve.com/lianakis-case>, τελευταία επίσκεψη 23/10/2017.

"[Δεν] ανέφερε ότι σε περίπτωση που τα κριτήρια ανάθεσης συμβάσεων κατευθύνονται σωστά στον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, ο φορέας πρέπει να αποκλείσει κάθε εμπειρία που έχει από την εξέταση των διαφόρων προσφερόντων κατά τη βαθμολόγησή τους στα κριτήρια αυτά." (Παράγραφος 42).

Μια τέτοια προσέγγιση δεν αποκλείει να ληφθούν υπόψη τα κριτήρια που ελέγχθηκαν κατά το στάδιο επιλογής κατά το στάδιο της ανάθεσης. Επιπλέον, το θέμα αυτό δεν έχει ξεπεραστεί εντελώς στην Ευρώπη. Πράγματι, στην υπόθεση **Ευρωπαϊκή Δυναμική**, το Γενικό Δικαστήριο φάνηκε να αναγνωρίζει ορισμένα από τα προβλήματα που συνδέονται με την αυστηρή προσέγγιση που υιοθετήθηκε στην *Λιανάκης*: αναγνώρισε ότι το ίδιο σύνολο αποδεικτικών στοιχείων - στην περίπτωση αυτή τα βιογραφικά σημειώματα - **θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί τόσο σε στάδιο επιλογής όσο και σε στάδιο ανάθεσης**. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να απαλείφεται η διάκριση μεταξύ κριτηρίων επιλογής και ανάθεσης, αλλά είναι σε αντίθεση με τις (επανειλημμένες) αναφορές του Δικαστηρίου ότι –όπως είπαμε και πιο πάνω- ο τρόπος με τον οποίο χρησιμοποιήθηκαν τα αποδεικτικά στοιχεία από την αναθέτουσα αρχή ήταν διαφορετικός σε σχέση με το στάδιο επιλογής. Πιστεύουμε ότι οι δηλώσεις στην απόφαση «Ευρωπαϊκή Δυναμική» που υποστηρίζουν **μια πιο ευέλικτη στάση θα είναι χρήσιμες για τις αναθέτουσες αρχές που αποφασίζουν εάν ενεργούν σύμφωνα με τους κανόνες κατά περίπτωση**. Ως εκ τούτου, οι δηλώσεις αυτές είναι ευπρόσδεκτες ως υποστήριξη μιας πιο εμπορικής προσέγγισης και οι επαγγελματίες του τομέα των συμβάσεων θα παρακολουθούν τη νομολογία των ευρωπαϊκών δικαστηρίων για να διαπιστώσουν εάν η προσέγγιση αυτή θα συνεχιστεί μετά την Ευρωπαϊκή Δυναμική. Ως τελικό σημείο, ίσως ο πιο χρήσιμος και σημαντικός παράγοντας που πρέπει να ληφθεί υπόψη είναι η ανάγκη σεβασμού των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Μια τέτοια προσέγγιση "πίσω στις αρχές" θα βοηθήσει τις αναθέτουσες αρχές να κατευθύνουν μια ρεαλιστική πορεία μεταξύ της προστασίας των συμφερόντων των υποψηφίων και της εξασφάλισης της ευελιξίας που χρειάζονται κατά τη σύναψη συμφωνιών.¹³⁰

Τα πρόσφατα νομοθετικά δεδομένα της Ε.Ε. –ήτοι οι Οδηγίες 2014 για τις δημόσιες συμβάσεις- ενσωματώνουν την Ποιότητα και τα συνδεδεμένα με αυτήν αξιολογικά χαρακτηριστικά, εφόσον στο άρθρο που καθιερώνει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης σκοπεύεται η βέλτιστη σχέση τιμής-ποιότητας. Μάλιστα, γίνεται ειδική μνεία στην «οργάνωση, τα προσόντα και την πείρα του προσωπικού, στο οποίο ανατίθεται η εκτέλεση της σύμβασης» αλλά μόνον «εάν η ποιότητα του διατεθέντος προσωπικού μπορεί να έχει **σημαντική επίδραση στο επίπεδο απόδοσης της σύμβασης**».¹³¹ Αυτό μας οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η αναθέτουσα αρχή εκεί που με δούρειο ίππο την Ποιότητα θα μπορούσε να προβεί σε πλήρως ελεύθερη εκτίμηση και εξειδίκευση των γενικών κριτηρίων που αφορούν την ποιότητα (βλ. ενδεικτικά το άρθρο 53, παράγραφος 1,

¹³⁰ W. Kale, "Limiting Lianakis: the selection/award dichotomy revisited", 27/02/2013, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://publicsectorblog.practicallaw.com/limiting-lianakis-the-selectionaward-dichotomy-revisited/>, τελευταία επίσκεψη 23/10/2017.

¹³¹ «Όπου η ποιότητα του απασχολούμενου προσωπικού **είναι συναφής με το επίπεδο εκτέλεσης της σύμβασης**, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να χρησιμοποιούν **ως κριτήριο ανάθεσης την οργάνωση, τα προσόντα και την εμπειρία του προσωπικού** που του έχει ανατεθεί η εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης, αφού αυτά μπορούν να επηρεάζουν την ποιότητα της εκτέλεσης της σύμβασης και, ως εκ τούτου, την οικονομική αξία της προσφοράς. Αυτό μπορεί να συμβαίνει, για παράδειγμα, σε συμβάσεις για διανοητικές υπηρεσίες όπως συμβουλευτικές υπηρεσίες ή αρχιτεκτονικές υπηρεσίες. Οι αναθέτουσες αρχές που κάνουν χρήση αυτής της δυνατότητας θα πρέπει να διασφαλίζουν με κατάλληλα συμβατικά μέσα ότι το προσωπικό που του έχει ανατεθεί η εκτέλεση της σύμβασης εκπληρώνει αποτελεσματικά τα καθορισμένα ποιοτικά πρότυπα και ότι το προσωπικό αυτό μπορεί να αντικατασταθεί μόνο με τη συγκατάθεση της αναθέτουσας αρχής που επαληθεύει ότι το προσωπικό αντικατάστασης παρέχει ένα ισοδύναμο επίπεδο ποιότητας», Παράγραφος 94 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

στοιχείο α', της παλαιότερης οδηγίας 2004/18 που προέβλεπε ότι η «πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά» πρέπει να προσδιορίζεται «κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής»), η διακριτική της ευχέρεια τώρα περιστέλλεται. Και συρρικνώνεται ακόμη πιο πολύ από τον όρο της «σύνδεσης των κριτηρίων με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης». Άρα, θα λέγαμε ότι ενώ η οδηγία 2014/24 αποδεσμεύει την πείρα του προσφέροντος από την μήτρα της «ποιοτικής επιλογής», θα μπορούσε δυνητικά να παρέχει μεγάλο περιθώριο στην αναθέτουσα αρχή να λάβει υπ' όψη υπό πλείστες μορφές διάφορα ποιοτικά χαρακτηριστικά. Όμως, στην ουσία τροποποιεί επί συστολή την Λιανάκης, καθώς συρρικνώνει το πεδίο αξιολόγησης της αναθέτουσας αρχής στην εξέταση ενός ποιοτικού χαρακτηριστικού (π.χ. πείρα) σε αυστηρή συνάρτηση προς το συγκεκριμένο αντικείμενο. Άλλες διακριτικές αποδόσεις του υποψηφίου φαίνεται να μην λαμβάνονται υπ' όψη. Η αναθέτουσα αρχή απολαμβάνει περιθώριο εκτίμησης στα όρια που διαγράφουν οι οδηγίες 2014, εκείνα των εξ' αντικειμένου της δημόσιας σύμβασης σκοπών. Κρίσιμος είναι πάντοτε ο σκοπός και μπορούμε να πούμε ότι πρόκειται για μια Λειτουργική ταυτότητα της ευχέρειας που καταλείπεται στην διοικητική αρχή.

Σημαντική εν προκειμένω αναφορικά με τα προεκτεθέντα ζητήματα, είναι η υπόθεση *Ambisig* (C-601/13) –και είναι πολύ ενδιαφέρον να δούμε λίγο πριν την υιοθέτηση των Οδηγιών του 2014 πώς το ΔΕΕ έστρωσε την διαδρομή του ενωσιακού νομοθέτη. Το αιτούν δικαστήριο αποφάσισε να υποβάλει στο ΔΕΕ το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Είναι συμβατός με την οδηγία 2004/18 [...], προκειμένου για τη σύναψη συμβάσεων παροχής υπηρεσιών διανοητικής φύσεως, επιμορφώσεως και συμβουλευτικής, ο καθορισμός, μεταξύ των συντελεστών που συνθέτουν το κριτήριο αναθέσεως του έργου δημοσίας συμβάσεως, συντελεστή με τον οποίο είναι δυνατή η αξιολόγηση των συγκεκριμένων ομάδων που προτείνονται από τους υποψηφίους για την εκτέλεση της συμβάσεως και ο οποίος λαμβάνει υπόψη τη σύνθεση των εν λόγω ομάδων, την αποδεδειγμένη πείρα και τις σπουδές των μελών τους;»¹³²

Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά, κατ' ουσία, το ζήτημα εάν η οδηγία 2004/18 αντιτίθεται στον καθορισμό εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου για τη σύναψη συμβάσεων παροχής υπηρεσιών διανοητικής φύσεως, ενός κριτηρίου αναθέσεως με το οποίο είναι δυνατή η αξιολόγηση της ποιότητας συγκεκριμένων ομάδων που προτείνονται από τους υποψηφίους για την εκτέλεση της εν λόγω συμβάσεως, το οποίο λαμβάνει υπόψη τη σύνθεση της ομάδας, καθώς και την αποδεδειγμένη πείρα και τις σπουδές των μελών της. Το αιτούν δικαστήριο έκρινε αναγκαία την υποβολή του εν λόγω προδικαστικού ερωτήματος λόγω της αντιφάσεως που υφίστατο μεταξύ, αφενός, της απορρέουσας από την απόφαση Λιανάκης (C-532/06) νομολογίας του Δικαστηρίου σχετικά με την εξακρίβωση της ικανότητας των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση συμβάσεως και τα κριτήρια αναθέσεως του αντικειμένου συμβάσεων και, αφετέρου, της προτάσεως της Επιτροπής με αντικείμενο τη μεταρρύθμιση της νομοθεσίας περί διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, και το γεγονός ότι η ποιότητα είναι ένα εκ των προβλεπομένων στο άρθρο 53, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 2004/18 κριτηρίων αναθέσεως, το οποίο μπορεί να συνδέεται με τη σύνθεση της ομάδας στην οποία θα ανατεθεί η εκτέλεση της συναφθείσας συμβάσεως, την πείρα και τις σπουδές των μελών της. Επιβάλλεται κατ' αρχάς η διαπίστωση ότι η οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18, η οποία τέθηκε σε ισχύ μετά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών της υποθέσεως της κύριας δίκης, δεν εφαρμόζεται στην παρούσα υπόθεση. Πρέπει εξάλλου να διευκρινιστεί ότι η νομολογία που απορρέει από την απόφαση *Λιανάκης* (C-532/06) αφορά την ερμηνεία της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ

¹³² Απόφαση *Ambisig*, C-601/13, σκέψη 21.

του Συμβουλίου, η οποία καταργήθηκε με την οδηγία 2004/18, και ότι η απόφαση αυτή δεν αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, να καθορίζει και να εφαρμόζει κριτήρια όπως το αναφερόμενο στο προδικαστικό ερώτημα κατά το στάδιο της αναθέσεως του αντικείμενου της συμβάσεως. Συγκεκριμένα, η απόφαση αυτή αφορά πράγματι το προσωπικό και την πείρα των υποψηφίων εν γένει και όχι, όπως εν προκειμένω, το προσωπικό και την πείρα των μελών συγκεκριμένης ομάδας η οποία πρέπει να εκτελέσει τη συγκεκριμένη σύμβαση. Όσον αφορά την αιτούμενη από το εθνικό δικαστήριο ερμηνεία της οδηγίας 2004/18, πρέπει να επισημανθεί ότι η οδηγία αυτή εισήγαγε νέα στοιχεία στη νομοθεσία της Ένωσης που αφορά τις δημόσιες συμβάσεις σε σχέση με την οδηγία 92/50. Πρώτον, το άρθρο 53, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 2004/18 προβλέπει ότι η «πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά» πρέπει να προσδιορίζεται «κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής» και παρέχει συνεπώς στην εν λόγω αναθέτουσα αρχή μεγαλύτερο περιθώριο εκτίμησης. Διαφορετική είναι η κατάσταση σήμερα, όπου επί παραδείγματι στην Οδηγία 2041/24/ΕΕ στο άρθρο 67 παρ. 2, η πλέον συμφέρουσα προσφορά προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους με συμπερίληψη κάποιας... αποτελεσματικότητας και έτσι όπως προελέχθη, στένεψε κατά πολύ αυτό το περιθώριο εκτίμησης. Δεύτερον, η αιτιολογική σκέψη 46, τρίτο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18 διευκρινίζει ότι, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες το αντικείμενο της συμβάσεως πρέπει να ανατίθεται στον υποψήφιο που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, πρέπει να αναζητείται η προσφορά που «παρουσιάζει την καλύτερη σχέση ποιότητας/τιμής», γεγονός το οποίο μπορεί συνεπώς να ενισχύσει τη σημασία της ποιότητας μεταξύ των κριτηρίων αναθέσεως του αντικείμενου δημοσίων συμβάσεων. Πρέπει επίσης να προστεθεί ότι τα κριτήρια που μπορούν να γίνουν δεκτά από τις αναθέτουσες αρχές για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς δεν απαριθμούνται περιοριστικά. Η διάταξη αυτή αφήνει συνεπώς στις αναθέτουσες αρχές την επιλογή των κριτηρίων αναθέσεως του αντικείμενου της συμβάσεως που προτιθενται να εφαρμόσουν. Εντούτοις, η επιλογή αυτή δεν μπορεί να αφορά άλλα κριτήρια εκτός από εκείνα που έχουν ως σκοπό τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς (βλ., συναφώς, απόφαση *Λιανάκης* (C-532/06, σκέψεις 28 και 29 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Προς τούτο, το άρθρο η οδηγία απαιτεί ρητώς τα κριτήρια αναθέσεως να συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως (βλ. απόφαση Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C-368/10, σκέψη 86). Η ποιότητα της εκτελέσεως δημόσιας συμβάσεως 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. Τούτο ισχύει ειδικότερα όταν η παροχή που αποτελεί το αντικείμενο της συμβάσεως είναι διανοητικής φύσεως και αφορά, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, υπηρεσίες επιμορφώσεως και συμβουλευτικής. Όταν μια τέτοιου είδους σύμβαση πρέπει να εκτελεστεί από ομάδα, καθοριστικής σημασίας για την εκτίμηση της επαγγελματικής ποιότητας αυτής της ομάδας είναι οι ικανότητες και η πείρα των μελών της. Η ποιότητα αυτή μπορεί να αποτελεί εγγενές χαρακτηριστικό της προσφοράς και να συνδέεται με το αντικείμενο της συμβάσεως, κατά την έννοια της οδηγίας. Κατά συνέπεια, η εν λόγω ποιότητα μπορεί να αποτελεί κριτήριο αναθέσεως περιλαμβανόμενο στην οικεία προκήρυξη διαγωνισμού ή στην οικεία συγγραφή υποχρεώσεων.¹³³

Είναι τροφή για περαιτέρω προβληματισμό το γεγονός ότι οι νομοθέτες επέλεξαν να μην προχωρήσουν περισσότερο και περιορίστηκαν να εξετάσουν την εμπειρία μόνο για το προτεινόμενο προσωπικό και μόνο για μια σχετικά περιορισμένη ομάδα συμβάσεων. Ο νέος κόσμος της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων δεν θα επιτρέψει στις αρχές να εξετάσουν γενικά την εμπειρία του υποψήφιου (βλ. κριτήριο σύνδεσης), ούτε να την λάβουν αυτήν ρητά υπόψη. Επιπλέον, εξακολουθεί να μην υπάρχει περιθώριο για μια αρχή να λαμβάνει υπόψη το

¹³³ Απόφαση *Ambisig*, C-601/13, σκέψεις 22-34.

γεγονός ότι ένας υποψήφιος είναι σαφώς πιο έμπειρος ή σαφώς πιο ικανός από έναν άλλο στο στάδιο της ανάθεσης. Αυτό είναι απογοητευτικό, διότι εξακολουθεί να αγνοεί την εμπορική πραγματικότητα για το πόσο σημαντικοί είναι αυτοί οι παράγοντες συχνά για την λήψη αποφάσεων. Έτσι, ενώ η νέα νομοθεσία παρέχει κάποια πρόσθετη ευελιξία, σίγουρα δεν επιλύει όλα τα προβλήματα στο πλαίσιο της αξιολόγησης της εμπειρίας.¹³⁴

9. Συμπερίληψη Οικολογικών χαρακτηριστικών στο κριτήριο της MEAT¹³⁵

Με προκήρυξη δημοσιευθείσα στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων* το γραφείο εφοδιασμού της πόλης του Ελσίνκι ζήτησε την υποβολή προσφορών για τη διαχείριση του δικτύου αστικών λεωφορείων της πόλης του Ελσίνκι. Από τον φάκελο της υποθέσεως προκύπτει ότι, σύμφωνα με την εν λόγω προκήρυξη, ο διαγωνισμός θα κατακυρωνόταν υπέρ της επιχειρήσεως που θα κατέθετε την **από γενικής οικονομικής απόψεως πλέον συμφέρουσα για τον δήμο προσφορά**. Για την εκτίμηση αυτή έπρεπε να ληφθούν υπόψη τρεις κατηγορίες κριτηρίων, ήτοι η συνολική ζητούμενη τιμή για την εκμετάλλευση, η ποιότητα του υλικού (λεωφορεία) και η εκ μέρους του επιχειρηματία διαχείριση όσον αφορά την ποιότητα και το περιβάλλον.¹³⁶ Η Concordia (τότε Swebus) άσκησε προσφυγή ακυρώσεως κατά της εν λόγω αποφάσεως της επιτροπής εμπορικών υπηρεσιών ενώπιον του Kilpailuneuvosto (συμβουλίου ανταγωνισμού) (Φινλανδία), ισχυριζόμενη, μεταξύ άλλων, ότι η χορήγηση πρόσθετων μονάδων για ένα υλικό του οποίου οι εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο θορύβου είναι κατώτερα από ορισμένα όρια είναι άδικη και συνεπάγεται δυσμενείς διακρίσεις. Κατ' αυτήν, χορηγήθηκαν πρόσθετες μονάδες για τη χρησιμοποίηση ενός είδους λεωφορείου το οποίο μόνον ένας προσφέρων, ήτοι η HKL, είχε στην πραγματικότητα τη δυνατότητα να προτείνει. Το Kilpailuneuvosto απέρριψε την προσφυγή αυτή. Θεώρησε ότι η **αναθέτουσα αρχή έχει το δικαίωμα να ορίζει το είδος του υλικού που επιθυμεί να χρησιμοποιήσει**. Ωστόσο, ο καθορισμός των κριτηρίων επιλογής και η στάθμισή τους θα έπρεπε να πραγματοποιηθεί κατά τρόπο αντικειμενικό, λαμβανομένων υπόψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής και της ποιότητας της υπηρεσίας. Εν ανάγκη, ο φορέας αυτός θα έπρεπε να είναι σε θέση να δικαιολογήσει το βάσιμο της επιλογής και της εφαρμογής των κριτηρίων αξιολόγησεως. Το εν λόγω δικαστήριο τόνισε ότι η απόφαση της πόλης του Ελσίνκι να προτιμήσει τα λεωφορεία που δεν ρυπαίνουν πολύ εμπίπτει στην οικολογική πολιτική που αποσκοπεί στη μείωση των δυσμενών επιπτώσεων για το περιβάλλον που συνεπάγεται η κυκλοφορία των λεωφορείων. Τούτο δεν συνιστά διαδικαστικό ελάττωμα. Το Kilpailuneuvosto διαπίστωσε ότι όλοι οι διαγωνιζόμενοι είχαν τη δυνατότητα, εφόσον το επιθυμούσαν, να προμηθευθούν λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο. Κατέληξε συνεπώς ότι δεν αποδείχθηκε ότι το επίμαχο κριτήριο συνιστούσε δυσμενή διάκριση έναντι της Concordia. Η Concordia (τότε Stagecoach) άσκησε ενώπιον του Korkein hallinto-oikeus έφεση ζητώντας την ακύρωση της αποφάσεως του Kilpailuneuvosto. Κατ' αυτήν, η χορήγηση πρόσθετων μονάδων στα λιγότερο ρυπαίνονται και λιγότερο θορυβώδη λεωφορεία ευνοούσε την **HKL, η οποία ήταν η μόνη υποβαλούσα προσφορά επιχείρηση που είχε στην πράξη τη δυνατότητα να χρησιμοποιήσει ένα υλικό δυνάμενο να λάβει τις μονάδες αυτές**. Επιπλέον, ισχυρίστηκε ότι, στο πλαίσιο της συνολικής αξιολόγησεως των προσφορών, **δεν έπρεπε να ληφθούν υπόψη**

¹³⁴ V. Moorcroft, "Evaluating capability: some bidders are simply more able than others", 26 Φεβρουαρίου 2015, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2015/global/evaluating-capability-some-bidders-are-simply-more-able-than-others>, τελευταία φορά επίσκεψης 23/10/2017.

¹³⁵ Όπου MEAT είναι η συντομογραφία του όρου στο αγγλικό κείμενο "Most Economically Advantageous Tender" (Πλέον Συμφέρουσα από Οικονομική άποψη Προσφορά), όπως χρησιμοποιείται ευρέως στην ξένη βιβλιογραφία.

¹³⁶ Απόφαση Concordia Bus Finland, C-513/99, σκέψεις 20-21.

αυτοί οι οικολογικοί παράγοντες, οι οποίοι δεν έχουν καμία άμεση σχέση με το αντικείμενο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών.¹³⁷ Ας σημειωθεί ότι η υπόθεση αφορά το 1999 και έκτοτε προβάλλεται από την αιτούσα ακύρωση πλευρά **ο όρος του άμεσου συνδέσμου του οικολογικού κριτηρίου με το αντικείμενο της σύμβασης** για την συμπερίληψη των οικολογικών χαρακτηριστικών στο κριτήρια της MEAT, ο οποίος υπάρχει αυτούσιος στην νέα οδηγία 2014/24/ΕΕ στο άρθρο 67.¹³⁸ Το Δικαστήριο όμως, με τις αποφάσεις του της 20ής Σεπτεμβρίου 1988 (31/87) *Beentjes* και της 28ης Μαρτίου 1995 (C-324/93) *Evans Medical και Macfarlan Smith*, **έχει κρίνει ότι η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη, για να καθορίσει την οικονομικά πλέον συμφέρουσα προσφορά, να επιλέξει τα κριτήρια κατακύρωσης του διαγωνισμού.** Ωστόσο, η επιλογή αυτή δεν μπορεί να αφορά παρά μόνον τα κριτήρια που αποσκοπούν στον προσδιορισμό της οικονομικά πλέον συμφέρουσας προσφοράς. Στην σαφή αναφορά της σημερινής ευρωπαϊκής νομοθεσίας φθάσαμε, αφού το αιτούν δικαστήριο αναφέρεται στην ανακοίνωση της Επιτροπής της 11ης Μαρτίου 1998, που φέρει τον τίτλο «Οι δημόσιες συμβάσεις στην Ευρωπαϊκή Ένωση» [COM(1998) 143 τελικό], στην οποία η Επιτροπή θεωρεί ότι είναι θεμιτό να λαμβάνονται υπόψη ζητήματα περιβάλλοντος κατά την επιλογή της πλέον συμφέρουσας από γενικής οικονομικής απόψεως προσφοράς, στον βαθμό που **ο φορέας που προβαίνει στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών έλκει ο ίδιος άμεσο όφελος από τις οικολογικές ιδιότητες του προϊόντος.**¹³⁹ Ακόμη, είχε διευκρινίσει ότι: «Γενικώς, κάθε διοικητική υπηρεσία που το επιθυμεί μπορεί, κατά τον ορισμό των προϊόντων ή των υπηρεσιών που προτίθεται να αγοράσει, να επιλέξει τα προϊόντα και τις υπηρεσίες που αντιστοιχούν στα περιβαλλοντικά ζητήματα που την απασχολούν. Τα ληφθέντα μέτρα πρέπει, προφανώς, να είναι σύμφωνα προς τους κανόνες και τις αρχές της Συνθήκης, ιδίως προς την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων.»¹⁴⁰ Στο προδικαστικό ερώτημα που αποστέλλει το φινλανδικό δικαστήριο στο ΔΕΕ ερωτά:

«Έχει η κοινοτική ρύθμιση περί των δημοσίων συμβάσεων την έννοια ότι ένας δήμος ο οποίος διοργανώνει, ως αναθέτων φορέας, πρόσκληση για την υποβολή προσφορών σχετικά με την εκμετάλλευση υπηρεσία αστικών λεωφορείων μπορεί να περιλαμβάνει, μεταξύ των κριτηρίων για τη σύναψη της σύμβασης βάσει της οικονομικά πλέον συμφέρουσας προσφοράς, πέραν της προτεινομένης τιμής, **την οικολογική και ποιοτική διαχείριση του φορέα** της εκμεταλλεύσεως ή διάφορα άλλα χαρακτηριστικά του υλικού, καθώς επίσης και τη μείωση των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου ή του επιπέδου του θορύβου, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, οπότε, αν οι εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο του θορύβου ορισμένων οχημάτων είναι κατώτερα από ορισμένο όριο, μπορούν να χορηγούνται πρόσθετες μονάδες κατά τη σύγκριση των προσφορών;»¹⁴¹

Η *Concordia* είπε ότι, σε μια διαδικασία συνάψεως δημοσίας σύμβασεως, τα κριτήρια λήψεως αποφάσεως **πρέπει πάντοτε να είναι οικονομικά εκ φύσεως**, σύμφωνα με το γράμμα της οδηγίας. Αν ο σκοπός της αναθέτουσας αρχής ήταν να λάβει υπόψη οικολογικής ή άλλης φύσεως ζητήματα, έπρεπε να χρησιμοποιήσει άλλη διαδικασία και όχι εκείνη της δημόσιας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών. Αντιθέτως, **όλοι οι λοιποί παρεμβάντες** είπαν ότι επιτρέπεται να συμπεριλαμβάνονται κριτήρια οικολογικής φύσεως μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας σύμβασεως. Αναφέρονται, μεταξύ άλλων, στο γεγονός ότι οι διατάξεις

¹³⁷ Απόφαση *Concordia Bus Finland*, C-513/99, σκέψεις 27-30.

¹³⁸ «...να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση τιμής-ποιότητας, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ποιοτικών, **περιβαλλοντικών και/ή κοινωνικών πτυχών που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης.**»

¹³⁹ Απόφαση *Concordia Bus Finland*, C-513/99, σκέψεις 33-34.

¹⁴⁰ [COM(98) 143 τελικό] της 11ης Μαρτίου 1998.

¹⁴¹ Απόφαση *Concordia Bus Finland*, C-513/99, σκέψη 35(2).

απαριθμούν μόνον ενδεικτικώς κάποια στοιχεία τα οποία ο αναθέτων φορέας μπορεί να λάβει υπόψη οσάκις συνάπτει σύμβαση, στο άρθρο 6 ΕΚ το οποίο απαιτεί την ένταξη της οικολογικής πολιτικής στις άλλες πολιτικές της Κοινότητας και, τέλος, στις προπαρατεθείσες αποφάσεις *Beentjes* και *Evans Medical* και *Macfarlan Smith*, οι οποίες κατ' αυτούς **επιτρέπουν την επιλογή των κριτηρίων τα οποία ο αναθέτων φορέας θεωρεί προσήκοντα** οσάκις προβαίνει στην εκτίμηση των υποβληθεισών προσφορών. Η *πόλη του Ελσίνκι*, υποστηριζόμενη από τη *Φινλανδική Κυβέρνηση*, τονίζει ότι είναι προς το συμφέρον της και προς το συμφέρον των κατοίκων της ο κατά το δυνατόν περιορισμός των επιβλαβών εκπομπών. Συγκεκριμένα, για την πόλη του Ελσίνκι, η οποία έχει την ευθύνη της προστασίας του περιβάλλοντος στην περιφέρειά της, **θα προέκυπταν άμεσες οικονομίες, ειδικότερα στον ιατροασφαλιστικό τομέα**, οι οποίες θα αντιπροσώπευαν περίπου το 50 % του συνολικού προϋπολογισμού της. Οι παράγοντες που συμβάλλουν, έστω και σε μικρό βαθμό, στη βελτίωση της συνολικής καταστάσεως της υγείας του πληθυσμού επιτρέπουν τη **μείωση των δαπανών** αυτών ταχέως και σε σημαντικά ποσοστά. **Η Ελληνική Κυβέρνηση προσθέτει ότι η εξουσία εκτιμήσεως που παρέχεται στις εθνικές αρχές, όσον αφορά την επιλογή των κριτηρίων συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, προϋποθέτει ότι η επιλογή αυτή δεν είναι αυθαίρετη** και ότι τα κριτήρια που λαμβάνονται υπόψη δεν παραβαίνουν διατάξεις της Συνθήκης και ιδίως θεμελιώδεις αρχές της, όπως είναι το δικαίωμα εγκαταστάσεως, η ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών και η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας. Η *Ολλανδική Κυβέρνηση* διευκρινίζει ότι **τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως που εφαρμόζει η αναθέτουσα αρχή πρέπει πάντοτε να έχουν οικονομική διάσταση**. Φρονεί, ωστόσο, ότι η προϋπόθεση αυτή πληρούται εν προκειμένω, καθόσον η πόλη του Ελσίνκι αποτελεί ταυτόχρονα την αναθέτουσα αρχή και τον οργανισμό που έχει την οικονομική ευθύνη της πολιτικής του περιβάλλοντος. Η *Αυστριακή Κυβέρνηση* φρονεί ότι οι οδηγίες περί της συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων θέτουν βασικούς περιορισμούς στην επιλογή των κριτηρίων εκτιμήσεως. Αφενός, τα κριτήρια που επιλέγει ο αναθέτων φορέας πρέπει να έχουν σχέση με τη σύμβαση που πρόκειται να συναφθεί και να επιτρέπουν τον καθορισμό της οικονομικά πλέον συμφέρουσας για τον αναθέτοντα φορέα προσφοράς. Αφετέρου, τα επιλεγέντα κριτήρια πρέπει να μπορούν να κατευθύνουν την εξουσία εκτιμήσεως που αναγνωρίζεται στον αναθέτοντα φορέα σε αντικειμενική βάση και δεν πρέπει να περιέχουν στοιχεία αυθαίρετης επιλογής. Επιπλέον, κατά την *Αυστριακή Κυβέρνηση*, τα κριτήρια εκτιμήσεως πρέπει **να συνδέονται άμεσα**¹⁴² **με το αντικείμενο της συμβάσεως, να έχουν**

¹⁴² «Το ΔΕΕ διευκρίνισε ότι τα οριζόντια κριτήρια για τις δημόσιες συμβάσεις πρέπει να «συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης» σε δύο βασικές περιπτώσεις: την *Concordia Bus* και την *Wienstrom*. Ενώ ορίζει έναν αυστηρό κανόνα, η εφαρμογή του κανόνα στις περιπτώσεις αυτές υποδηλώνει ότι τα είδη κριτηρίων που ορθώς θεωρούνται ως «συνδεόμενα με το αντικείμενο» είναι ευρέα και περιλαμβάνουν οριζόντιες ανησυχίες όπως οι εξωτερικές περιβαλλοντικές επιπτώσεις των αγαθών ή των υπηρεσιών που αγοράζονται. Αυτό περιλαμβάνει, για παράδειγμα, τις επιπτώσεις που προκύπτουν από την παραγωγή καθώς και από τη χρήση του παρεχόμενου προϊόντος ή υπηρεσίας. Η εφαρμογή από το Δικαστήριο του κανόνα της «σχέσης με το αντικείμενο» στις *Concordia Bus* και *Wienstrom* δείχνει ότι, η σχέση με το αντικείμενο, η τεχνική προδιαγραφή και τα κριτήρια ανάθεσης πρέπει να συνδέονται άμεσα με τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που παρέχονται και όχι με τις δραστηριότητες του πλειοδότη γενικότερα. Κατά συνέπεια, τα οριζόντια κριτήρια που συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης θα μπορούσαν να νοηθούν ως τοποθετημένα στη διασταύρωση μεταξύ των λειτουργικών και οριζόντιων στόχων της σύμβασης. Η *Concordia Bus* και η *Wienstrom* αφορούσαν αμφότερα περιβαλλοντικά κριτήρια. Ωστόσο, η συλλογιστική της *Concordia Bus* και της *Wienstrom*, η οποία αναφέρει τα είδη περιβαλλοντικών κριτηρίων που μπορούν να θεωρηθούν ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να επεκταθεί σε συγκρίσιμα κριτήρια σχετικά με την κοινωνική βιωσιμότητα των αγορασθέντων αγαθών και υπηρεσιών.» Αναφέρεται στο *“Identifying Opportunities for Sustainable Public Procurement Briefing Series Briefing No. 4: Clarifying the Link to the Subject Matter for Sustainable Procurement Criteria”*, Client Earth, Οκτώβριος 2011, σελ. 5, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.clientearth.org/reports/procurement-briefing-no-4-clarifying-link-to-the-subject-matter.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

αντικειμενικά μετρήσιμα αποτελέσματα και να είναι ποσοτικοποιήσιμα από οικονομικής απόψεως. Υπό το ίδιο πνεύμα, η *Σουηδική Κυβέρνηση* υποστηρίζει ότι η επιλογή στην οποία μπορεί να προβεί ο αναθέτων φορέας είναι περιορισμένη, στον βαθμό που τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να έχουν σχέση με τη σύμβαση αυτή και να είναι προσήκοντα για τον καθορισμό της από οικονομικής απόψεως πλέον συμφέρουσας προσφοράς. Προσθέτει ότι τα κριτήρια αυτά πρέπει επίσης να είναι σύμφωνα προς τους κανόνες της Συνθήκης περί της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών. Κατά την *Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου*, οι διατάξεις της οδηγίας πρέπει να ερμηνεύονται υπό την έννοια ότι, κατά τη διοργάνωση μιας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως για την εκμετάλλευση υπηρεσιών μεταφορών με λεωφορεία, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί, μεταξύ άλλων κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως, να λάβει υπόψη περιβαλλοντικά κριτήρια για να εκτιμήσει την οικονομικά πλέον συμφέρουσα προσφορά, εφόσον τα κριτήρια αυτά επιτρέπουν **σύγκριση όλων των προσφορών, συνδέονται με τις υπηρεσίες που πρόκειται να παρασχεθούν και έχουν δημοσιευθεί εκ των προτέρων.** Τέλος, η *Επιτροπή* φρονεί ότι τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως που μπορούν να λαμβάνονται υπόψη για να εκτιμηθεί η οικονομικά πλέον συμφέρουσα προσφορά πρέπει να πληρούν τέσσερις προϋποθέσεις. Τα κριτήρια αυτά πρέπει:

- να είναι αντικειμενικά,
- να εφαρμόζονται σε όλες τις προσφορές,
- να συνδέονται στενά με το αντικείμενο της συμβάσεως και
- να συνεπάγονται άμεσο οικονομικό όφελος υπέρ της αναθέτουσας αρχής.¹⁴³

Ο Γενικός Εισαγγελέας στις προτάσεις του διευκρινίζει ότι η δυνατότητα να πράξεις κάτι περικλείει τη δυνατότητα να πράξεις κάτι λιγότερο. Εφόσον η αναθέτουσα αρχή μπορεί αυτεπαγγέλτως να καθορίσει ότι τα λεωφορεία πρέπει να λειτουργούν με φυσικό αέριο μπορεί επίσης, στο πλαίσιο των κριτηρίων εκτιμήσεως, να χορηγήσει ορισμένες μονάδες στις επιχειρήσεις που μπορούν να παράσχουν την υπηρεσία αυτή με λεωφορεία τα οποία τηρούν ιδιαίτερα αυστηρές προδιαγραφές ρυπάνσεως, τις οποίες μόνο τέτοιου είδους λεωφορεία είναι σε θέση να πληρούν.¹⁴⁴ Με τις αποφάσεις *Beentjes* και *Επιτροπή κατά Γαλλίας* το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι **είναι θεμιτό να περιλαμβάνεται ένα κριτήριο που εξυπηρετεί το γενικό συμφέρον μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας δημοσίας συμβάσεως.** Στην προπαρατεθείσα απόφαση *Beentjes*, επρόκειτο για μια υποχρέωση του προσφέροντος να απασχολήσει μακροχρόνιους ανέργους ενώ στην προπαρατεθείσα απόφαση *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, επίμαχη ήταν μια προϋπόθεση συνδεδεμένη με μια τοπική δράση καταπολέμησης της ανεργίας. Είναι όμως αναμφισβήτητο ότι **η προστασία του περιβάλλοντος αποτελεί επίσης κριτήριο που εξυπηρετεί το γενικό συμφέρον.** Αρκεί συναφώς να γίνει αναφορά στο άρθρο 6 ΕΚ, σύμφωνα με το οποίο «οι απαιτήσεις της περιβαλλοντικής προστασίας πρέπει να ενταχθούν στον καθορισμό και την εφαρμογή των κοινοτικών πολιτικών και δράσεων, ιδίως προκειμένου να προωθηθεί η αειφόρος ανάπτυξη». Η ιδέα ότι ορισμένα κριτήρια που εξυπηρετούν το γενικό συμφέρον μπορούν να περιλαμβάνονται μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μια δημοσίας συμβάσεως φαίνεται εξάλλου ότι ανταποκρίνεται σε ορισμένη λογική, αν όχι σε μια αναμφισβήτητη λογική. Συγκεκριμένα, δεδομένου ότι **οι δημόσιες αρχές έχουν εκ φύσεως ως αποστολή την εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος, το συμφέρον αυτό πρέπει επίσης να διαπνέει τις ενέργειές τους και όταν συνάπτουν μια δημόσια σύμβαση.** Ωστόσο, υπάρχουν βεβαίως **όρια στη δυνατότητα εντάξεως ενός κριτηρίου γενικού**

¹⁴³ Υπόθεση *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2001, σκέψεις 63-73.

¹⁴⁴ Υπόθεση *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2001, σκέψη 80.

συμφέροντος, όπως είναι ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως, μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως. Από τις προπαρατεθείσες αποφάσεις *Beentjes* και *Επιτροπή κατά Γαλλίας* ο Γεν. Εισαγγελέας εισάγει δύο όρια. Πρώτον, το κριτήριο πρέπει να τηρεί όλες τις **θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου**, ιδίως δε την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων, όπως απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης περί του δικαιώματος εγκαταστάσεως και περί της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών.¹⁴⁵ Δεύτερον, κατά την εφαρμογή του κριτηρίου πρέπει να τηρούνται όλοι οι διαδικαστικοί κανόνες της σχετικής οδηγίας, ιδίως δε οι **κανόνες δημοσιότητας** που αυτή περιέχει.¹⁴⁶ Επομένως, όπως το Δικαστήριο έκρινε με τις προπαρατεθείσες αποφάσεις *Beentjes*¹⁴⁷ και *Επιτροπή κατά Γαλλίας*¹⁴⁸, **το κριτήριο συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να μνημονεύεται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού, προκειμένου οι επιχειρηματίες να είναι σε θέση να λάβουν γνώση** της υπάρξεως του όρου αυτού. Θεωρεί λοιπόν, ο Γεν. Εισαγγελέας ότι οι δύο αυτοί περιορισμοί ισχύουν επίσης και για την ένταξη ενός κριτηρίου οικολογικής φύσεως μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως. Συγκεκριμένα, η ανάγκη των περιορισμών αυτών είναι αναμφισβήτητη, υπό την έννοια ότι με τον πρώτο **αποφεύγεται, εν ονόματι του γενικού συμφέροντος, το ενδεχόμενο μη τηρήσεως των θεμελιωδών αρχών του κοινοτικού δικαίου**, ενώ με τον δεύτερο διασφαλίζεται **η ίση μεταχείριση μεταξύ όλων των προσφερόντων, η οποία αποτελεί την ίδια τη βάση της ρυθμίσεως** σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις¹⁴⁹. Ωστόσο, με τις δύο αυτές επιφυλάξεις, δεν νομίζω ότι υπάρχει κάποιο στοιχείο που να εμποδίζει το να λαμβάνεται υπόψη ένα κριτήριο που εξυπηρετεί το γενικό συμφέρον, όπως είναι ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως. Ωστόσο, πολλοί παρεμβάντες ανέφεραν επιπλέον άλλους όρους οι οποίοι, κατ' αυτούς, θα έπρεπε να πληρούνται ώστε ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως να μπορεί να ενταχθεί μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας δημοσίας συμβάσεως. Ορισμένοι παρεμβάντες τόνισαν **ότι το οικολογικό κριτήριο θα έπρεπε να έχει οικονομικό χαρακτήρα**¹⁵⁰. Έτσι, κατά την Ολλανδική Κυβέρνηση, το κριτήριο πρέπει, για να είναι έγκυρο, να παρουσιάζει μια οικονομική διάσταση. Η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονεί ότι το κριτήριο πρέπει να παρουσιάζει **αντικειμενικά μετρήσιμα οικονομικά πλεονεκτήματα**. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το κριτήριο πρέπει να συνεπάγεται **άμεσο οικονομικό όφελος υπέρ της αναθέτουσας αρχής**. Ακόμα όμως κι αν συμφωνήσει κανείς με την άποψη, που υποστηρίζουν διάφοροι παρεμβάντες, σύμφωνα με την οποία, εν προκειμένω, το οικολογικό κριτήριο παρουσίαζε οικονομικό όφελος για την πόλη του Ελσίνκι, η γνώμη του Εισαγγελέα

¹⁴⁵ Προπαρατεθείσες αποφάσεις *Beentjes*, 31/87, σκέψη 29, και *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, C-225/98, σκέψη 50.

¹⁴⁶ Προπαρατεθείσες αποφάσεις *Beentjes*, 31/87, σκέψη 31, και *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, C-225/98, σκέψη 51.

¹⁴⁷ Σκέψη 36.

¹⁴⁸ Σκέψη 51.

¹⁴⁹ Αποφάσεις της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, *Επιτροπή κατά Δανίας*, αποκαλούμενη «Storebaelt», σκέψη 33 και *Επιτροπή κατά Βελγίου*, σκέψη 51.

¹⁵⁰ «Η περιοριστική προσέγγιση της Επιτροπής όσον αφορά την ερμηνεία των "πλέον οικονομικά συμφερόντων" κριτηρίων ανάθεσης προέκυψαν από τη λέξη "οικονομικά" όπως προκύπτει από τις οδηγίες. Ωστόσο, υπάρχουν σίγουρα περιθώρια για το επιχείρημα αυτό ότι τα "οικονομικά" πλεονεκτήματα θα μπορούσαν να θεωρηθούν ότι περιλαμβάνουν οικονομικά πλεονεκτήματα που συσσωρεύονται στην κοινωνία στο σύνολό της και δεν πρέπει να περιορίζονται σε οικονομικά πλεονεκτήματα άμεσου οφέλους για την αναθέτουσα αρχή. Σε μια τέτοια βάση η εξάλειψη της ρύπανσης (και συνεπώς το κόστος καθαρισμού ή υγειονομικής περίθαλψης) μπορεί, για παράδειγμα, να θεωρείται ότι συνιστούν "οικονομικά πλεονεκτήματα" ακόμη και αν το κόστος καθαρισμού ή υγειονομικής περίθαλψης δεν θα ευεργετούν την συγκεκριμένη αναθέτουσα αρχή αλλά άλλη κυβερνητική οντότητα. Ομοίως, η διατήρηση του τοπίου ή η διατήρηση προστασίας για τα ζώα, τα φυτά και τα ενδιαφέροντα τους μπορεί να θεωρηθεί ότι παράγουν οικονομικά πλεονεκτήματα προσελκύνοντας τουρίστες ή βελτιώνοντας την ποιότητα ζωής και προσελκύνοντας έτσι ένα ισχυρό εργατικό δυναμικό στην περιοχή.» Αναφέρεται στο *“International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement”*, P. Kunzlik, OECD Journal on Budgeting – Volume 3 – No. 4, 2003, σελ. 128-129, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.oecd.org/gov/budgeting/43494573.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

είναι ότι ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως μπορεί να ενταχθεί μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως χωρίς να αποδεικνύεται αναγκαστικά ότι έχει οικονομική διάσταση ή παρουσιάζει, άμεσο ή όχι, οικονομικό πλεονέκτημα για τον αναθέτοντα φορέα. Πρέπει βεβαίως να γίνει δεκτό ότι, με την προπαρατεθείσα απόφαση *Evans Medical και Macfarlan Smith*, το Δικαστήριο έκρινε ότι «η επιλογή της οικονομικά συμφερότερης προσφοράς αφήνει στα κράτη μέλη την επιλογή των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως, επιλογή η οποία, πάντως, μπορεί να αφορά μόνον τα κριτήρια για τον προσδιορισμό της οικονομικώς συμφερότερης προσφοράς»¹⁵¹. Κατά τον Γενικό Εισαγγελέα, δεν μπορεί ωστόσο από το γεγονός ότι εναπόκειται στον αναθέτοντα φορέα να προσδιορίσει την οικονομικά συμφερότερη προσφορά να συναχθεί ότι κάθε κριτήριο πρέπει υποχρεωτικά να είναι οικονομικής φύσεως ή να παρουσιάζει μια τέτοια διάσταση. Συγκεκριμένα, αν γίνει αναφορά στην οδηγία, διαπιστώνεται, για παράδειγμα, ότι ο αναθέτων φορέας μπορεί να συμπεριλάβει μεταξύ των κριτηρίων τα «αισθητικά χαρακτηριστικά» ενός προϊόντος. Είναι της γνώμης ότι ένα αισθητικό κριτήριο δύσκολα μπορεί να έχει οικονομικό χαρακτήρα, εκτός και αν ερμηνευθεί η έννοια «οικονομικό» κατά τρόπο υπερβολικά ευρύ. Κατά μείζονα λόγο, δεν προκύπτει κατά ποιο τρόπο ένα τέτοιο κριτήριο θα μπορούσε να αποφέρει άμεσο οικονομικό όφελος στην αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, μετά τις συζητήσεις σχετικά με το πρωτόκολλο του Κυότο, έχουμε όλοι την επίγνωση ότι η προστασία του περιβάλλοντος αποτελεί σημαντικό ζήτημα που αφορά όλο τον πλανήτη. Δεν θεωρεί συνεπώς ότι είναι δικαιολογημένο να μη γίνεται δεκτό ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως παρά μόνον αν παρουσιάζει οικονομικό όφελος για τον οικείο αναθέτοντα φορέα. Ένα τέτοιο κριτήριο δικαιολογείται και σε περίπτωση που παρουσιάζει όφελος για άλλους πέραν του αναθέτοντα φορέα ή για το περιβάλλον εν γένει. Τέλος, ο μη προσήκων χαρακτήρας του όρου αυτού, όπως τον απαιτεί ειδικότερα η Επιτροπή, επιβεβαιώνεται και από την απάντηση που η Επιτροπή έδωσε σε μια ερώτηση που ετέθη κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Στην ερώτηση ποιο είναι το άμεσο οικονομικό όφελος της πόλης του Ελσίνκι από το γεγονός της χορηγήσεως, όπως συνέβη, πρόσθετων μονάδων στους προσφέροντες που είναι σε θέση να προτείνουν τη λειτουργία της υπηρεσίας αυτής με λεωφορεία με χαμηλωμένο δάπεδο, η Επιτροπή απάντησε ότι **τούτο θα αύξανε τα έσοδα του αναθέτοντα φορέα, υπό την έννοια ότι στην περίπτωση αυτή περισσότερα ανάπηρα και ηλικιωμένα άτομα θα μπορούσαν να χρησιμοποιήσουν το λεωφορείο.** Πέραν του γεγονότος ότι ένα τέτοιο όφελος θα ήταν, το πολύ, έμμεσο, μάλλον η ενθάρρυνση της χρησιμοποίησεως λεωφορείων με χαμηλωμένο δάπεδο συνιστά υπηρεσία προσφερόμενη σε ορισμένες κατηγορίες του πληθυσμού παρά μέσον αυξήσεως των εσόδων του αναθέτοντα φορέα. Η Αυστριακή και η Σουηδική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή, υπεστήριζαν επίσης ότι το κριτήριο πρέπει να έχει σχέση με το αντικείμενο της συμβάσεως. Κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, τούτο σημαίνει ότι το κριτήριο πρέπει να αφορά την υπηρεσία που πρόκειται να προσφερθεί ή τον τρόπο της παροχής της. Κατά την Επιτροπή, το κριτήριο πρέπει μάλιστα να συνδέεται στενά με το αντικείμενο της συμβάσεως. Στην προκειμένη περίπτωση, είναι προφανές ότι το κριτήριο αυτό πληρούται. Μπορεί ωστόσο να τεθεί το ερώτημα αν είναι δικαιολογημένο να τίθεται ένας τέτοιος όρος. Συγκεκριμένα, με την προπαρατεθείσα απόφαση *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, το Δικαστήριο έκρινε ότι ένα κριτήριο συνάψεως της συμβάσεως που αφορά την απασχόληση και το οποίο συνδέεται με τοπική δράση καταπολέμησης της ανεργίας, συνιστούσε έγκυρο κριτήριο, υπό την επιφύλαξη των δύο περιορισμών ανωτέρω. Ομοίως, με την προπαρατεθείσα απόφαση *Beentjes*, το Δικαστήριο έκρινε επιτρεπτό έναν όρο συνδεδεμένο με την απασχόληση μακροχρόνιων ανέργων. Σε αμφότερες όμως τις περιπτώσεις επρόκειτο για σύμβαση δημοσίων έργων. Τα έργα αυτά θα μπορούσαν κάλλιστα να εκτελεστούν από μη ανέργους. Ο τεθείς όρος δεν συνδεόταν συνεπώς με το αντικείμενο της συμβάσεως, ήτοι με τα χαρακτηριστικά των εκτελεστέων έργων.

¹⁵¹ Σκέψη 42.

Εντεύθεν συνάγεται ότι δεν μπορεί να απαιτείται ένα κριτήριο οικολογικής φύσεως, αντίθετα προς ένα κριτήριο σχετικό με την απασχόληση, να συνδέεται, ή να συνδέεται αυστηρώς, με το αντικείμενο της συμβάσεως. Τέλος, η Επιτροπή τόνισε επιπλέον ότι το κριτήριο πρέπει να είναι **αντικειμενικό και να εφαρμόζεται σε όλες τις προσφορές**. Μολονότι μπορεί να τεθεί το ερώτημα κατά ποιο τρόπο ένα κριτήριο σχετικό με τα αισθητικά χαρακτηριστικά μιας προσφοράς, που επιτρέπεται από την οδηγία, μπορεί να οριστεί κατά αντικειμενικό τρόπο, αρκεί να διαπιστωθεί ότι, εν προκειμένω, τα κριτήρια σχετικά με τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο θορύβου πληρούν όντως την προϋπόθεση αυτή: είναι **ποσοτικοποιήσιμα ή μετρήσιμα και δεν αφήνουν κανένα περιθώριο υποκειμενικής εκτιμήσεως στην αναθέτουσα αρχή**. Όσον αφορά την προϋπόθεση ότι το κριτήριο πρέπει να εφαρμόζεται σε όλες τις προσφορές, η εν λόγω προϋπόθεση συγγέεται με τον πρώτο περιορισμό που θέτει το Δικαστήριο, σύμφωνα με τον οποίο το κριτήριο συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να τηρεί όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, *ιδίως δε την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων*, όπως απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης περί του δικαιώματος εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών¹⁵². Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι ένα κριτήριο συνδεόμενο με την προστασία του περιβάλλοντος μπορεί να περιλαμβάνεται μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως, υπό τον όρο ότι το κριτήριο αυτό τηρεί τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων και τις τέσσερις ελευθερίες, και εφαρμόζεται τηρουμένων όλων των διαδικαστικών κανόνων της οδηγίας, ιδίως δε των κανόνων δημοσιότητας που αυτή περιέχει.¹⁵³

Κατά την τελική εκτίμηση του ΔΕΕ, για να καθοριστεί αν και υπό ποιες προϋποθέσεις η αναθέτουσα αρχή μπορεί να λάβει υπόψη κριτήρια οικολογικής φύσεως, επιβάλλεται η διαπίστωση, πρώτον, ότι τα κριτήρια που μπορούν να ληφθούν υπόψη ως κριτήρια συνάψεως μιας δημοσίας συμβάσεως βάσει της οικονομικά πλέον συμφέρουσας προσφοράς δεν απαριθμούνται περιοριστικά (βλ. επίσης, στο πνεύμα αυτό, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, *SIAC Construction*, σκέψη 35). Δεύτερον, **η οδηγία δεν μπορεί να ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι έκαστο των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως που λαμβάνει υπόψη η αναθέτουσα αρχή για να προσδιορίσει την οικονομικά πλέον συμφέρουσα προσφορά πρέπει αναγκαστικά να είναι αμιγώς οικονομικής φύσεως**. Συγκεκριμένα, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι τυχόν άλλοι μη αμιγώς οικονομικοί παράγοντες μπορούν να επηρεάσουν την αξία μιας προσφοράς κατά την κρίση της εν λόγω αναθέτουσας αρχής. Η διαπίστωση αυτή επιρρωννύεται επίσης από τη διατύπωση της διατάξεως αυτής, η οποία αναφέρει ρητώς το κριτήριο που σχετίζεται με τα **αισθητικά χαρακτηριστικά** μιας προσφοράς.¹⁵⁴ Βλέπουμε λοιπόν, πως η νομολογία του ΔΕΕ πολύ πριν διαμορφωθεί το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο της ρητής αναφοράς στις περιβαλλοντικές πτυχές, υπάγει την έννοια σε μία **κατοχυρωμένη έννοια γένους που είναι τα αισθητικά χαρακτηριστικά**. Ωστόσο, η διαπίστωση αυτή δεν σημαίνει ότι κάθε κριτήριο τέτοιας φύσεως μπορεί να λαμβάνεται υπόψη από την εν λόγω αρχή. Συγκεκριμένα, ναι μεν η οδηγία προβλέπει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιλέξει τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως που προτίθεται να εφαρμόσει, πλην **όμως η επιλογή αυτή δεν μπορεί να αφορά παρά μόνον κριτήρια που αποβλέπουν στον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας οικονομικά προσφοράς** (βλ., στο πνεύμα αυτό, σε σχέση με συμβάσεις δημοσίων έργων, τις προπαρατεθείσες αποφάσεις *Beentjes*, σκέψη 19· *Evans Medical* και *Macfarlan Smith*, σκέψη 42, καθώς και *SIAC Construction*, σκέψη 36). Δεδομένου ότι μια προσφορά αφορά αναγκαστικά το αντικείμενο της συμβάσεως, συνάγεται ότι τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως που μπορούν να εφαρμοστούν σύμφωνα με την εν

¹⁵² Προπαρατεθείσες αποφάσεις *Beentjes*, σκέψη 29, και Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψη 50.

¹⁵³ Υπόθεση *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2001, σκέψεις 91-117.

¹⁵⁴ Απόφαση *Concordia Bus Finland*, C-513/99, σκέψεις 54-55.

λόγω διάταξη πρέπει, και αυτά, να συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως. Συναφώς, πρέπει να υπομνηστεί κατ' αρχάς ότι, όπως έχει ήδη κρίνει το Δικαστήριο, για να καθοριστεί η πλέον συμφέρουσα οικονομικά προσφορά, η αναθέτουσα αρχή πρέπει, συγκεκριμένα, να μπορεί να αξιολογήσει τις υποβληθείσες προσφορές και να λάβει απόφαση με βάση ποιοτικά και ποσοτικά κριτήρια τα οποία μπορούν να μεταβάλλονται ανάλογα με την οικεία σύμβαση (βλ., στο πνεύμα αυτό, σε σχέση με συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση της 28ης Μαρτίου 1985, 274/83, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 25). Επιπλέον, από τη νομολογία προκύπτει επίσης ότι θα ήταν ασύμβατο προς το γράμμα της οδηγίας ένα κριτήριο συνάψεως της συμβάσεως το οποίο θα συνεπαγόταν την παροχή απεριόριστης ελευθερίας επιλογής στην αναθέτουσα αρχή για την κατακύρωση του διαγωνισμού υπέρ ενός διαγωνιζομένου (βλ., στο πνεύμα αυτό, προπαρατεθείσες αποφάσεις *Beentjes*, σκέψη 26, και *SIAC Construction*, σκέψη 37). Εν συνεχεία, πρέπει να τονιστεί ότι η εφαρμογή των κριτηρίων που ελήφθησαν υπόψη για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας οικονομικά προσφοράς πρέπει να πραγματοποιείται τηρουμένων όλων των διαδικαστικών κανόνων, ιδίως δε των **κανόνων δημοσιότητας** τους οποίους περιέχει. Επομένως, σύμφωνα με το περιεχόμενο της οδηγίας αυτής, όλα τα κριτήρια τους είδους αυτού **πρέπει να μνημονεύονται ρητώς στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, ει δυνατόν σε φθίνουσα τάξη** ανάλογα με τη σημασία που τους αποδίδεται, προκειμένου οι επιχειρηματίες να είναι σε θέση να λάβουν γνώση της υπάρξεως και της σημασίας τους (βλ., στο πνεύμα αυτό, σε σχέση με συμβάσεις δημοσίων έργων, αποφάσεις *Beentjes*, σκέψεις 31 και 36, καθώς και της 26ης Σεπτεμβρίου 2000, C-225/98, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, σκέψη 51). Τέλος, τα κριτήρια αυτά πρέπει να τηρούν **όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου** και, ιδίως, την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων, όπως αυτή απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης περί του δικαιώματος εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών (βλ., στο πνεύμα αυτό, προπαρατεθείσες αποφάσεις *Beentjes*, σκέψη 29, και *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, σκέψη 50). Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι, οσάκις η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να συνάψει σύμβαση με τον διαγωνιζόμενο που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα οικονομικά προσφορά, μπορεί να λαμβάνει υπόψη κριτήρια σχετικά με τη διατήρηση του περιβάλλοντος, εφόσον τα κριτήρια αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν παρέχουν στην εν λόγω αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής, μνημονεύονται ρητώς στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων. Όσον αφορά την υπόθεση της κύριας δίκης, επιβάλλεται η διαπίστωση, κατ' αρχάς, ότι τα κριτήρια που αφορούν το επίπεδο εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο θορύβου των λεωφορείων, όπως είναι τα επίμαχα στην εν λόγω υπόθεση, πρέπει να θεωρηθούν ότι συνδέονται με το αντικείμενο μιας συμβάσεως που αφορά την παροχή υπηρεσιών αστικών συγκοινωνιών με λεωφορεία. Εν συνεχεία, τα κριτήρια που συνίστανται στη χορήγηση πρόσθετων μονάδων στις προσφορές, εφόσον πληρούν ορισμένες ειδικές και αντικειμενικά ποσοτικοποιήσιμες περιβαλλοντικές απαιτήσεις δεν παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής.

Παρόμοιο ήταν το ζήτημα που ηγέρθη και στην υπόθεση *EVN AG* (C-448/01). Επικαλούμενο την αοριστία της έννοιας της «πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς» που περιέχεται στο άρθρο 26 της οδηγίας 93/36, το *Bundesvergabeamt* (Αυστρία) έθεσε το ζήτημα αρχής εάν το κοινοτικό δίκαιο επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να θεσπίζει κριτήρια που αποσκοπούν σε πλεονεκτήματα που δεν υπόκεινται σε άμεση αντικειμενική αξιολόγηση από οικονομικής απόψεως όπως τα συνδεόμενα με την προστασία του περιβάλλοντος.¹⁵⁵ Το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η αναθέτουσα αρχή, που αποφασίζει να συνάψει σύμβαση με τον διαγωνιζόμενο ο οποίος υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα οικονομικά

¹⁵⁵ Απόφαση *EVN AG*, C-448/01, σκέψη 30.

προσφορά, μπορεί να λαμβάνει υπόψη οικολογικά κριτήρια εφόσον τα κριτήρια αυτά συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν παρέχουν στην εν λόγω αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής, μνημονεύονται ρητώς στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου, ιδίως την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων (προπαρατεθείσα απόφαση Concordia Bus Finland, σκέψη 69).

10. Συνεκτίμηση¹⁵⁶ Περιβαλλοντικών Κριτηρίων ενόψει Αρχής της Ίσης Μεταχείρισης

Στην ίδια υπόθεση, Concordia Bus Finland, με το τρίτο ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο της Φινλανδίας ερωτά κατ' ουσία **αν η αρχή της ίσης μεταχείρισεως απαγορεύει τη συνεκτίμηση κριτηρίων συνδεομένων με την προστασία του περιβάλλοντος**, όπως είναι τα επίμαχα στο πλαίσιο της κύριας δίκης, **λόγω του ότι η ανήκουσα στον αναθέτοντα φορέα επιχείρηση μεταφορών συγκαταλέγεται μεταξύ των ελαγίστων επιχειρήσεων που έχουν τη δυνατότητα να προτείνουν ένα υλικό που να ικανοποιεί τα εν λόγω κριτήρια.**¹⁵⁷

Η Concordia ισχυρίζεται ότι η δυνατότητα χρησιμοποίησης λεωφορείων λειτουργούντων με φυσικό αέριο, τα οποία ήσαν, στην πράξη, τα μόνα που ανταποκρίνονταν στο πρόσθετο κριτήριο μειώσεως των εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου και του επιπέδου θορύβου, ήταν **πολύ περιορισμένη**. Συγκεκριμένα, κατά τον χρόνο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, σε όλο το έδαφος της Φινλανδίας υπήρχε μόνον ένα πρατήριο που παρείχε φυσικό αέριο. Το δυναμικό του πρατηρίου αυτού, που είχε προσωρινό χαρακτήρα, θα επέτρεπε τον εφοδιασμό περίπου δεκαπέντε λεωφορείων λειτουργούντων με φυσικό αέριο. Πριν όμως από την επίδικη πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, η HKL είχε παραγγείλει ένδεκα νέα λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο, πράγμα που σήμαινε ότι το δυναμικό του πρατηρίου χρησιμοποιούνταν πλήρως και ότι δεν του ήταν δυνατόν να εφοδιάσει άλλα οχήματα. Επιπλέον, το μοναδικό υφιστάμενο πρατήριο δεν είχε παρά προσωρινό χαρακτήρα. Κατά την Concordia, θα ήταν παράλογο να υποτεθεί ότι οι επιχειρηματίες θα επένδυαν εκατομμύρια για την αγορά καινούργιων οχημάτων τα οποία θα τους ήταν αδύνατο να χρησιμοποιήσουν ή τουλάχιστον των οποίων η χρησιμοποίηση θα ήταν πολύ αβέβαιη. Η Concordia συνάγει από αυτό ότι **η HKL ήταν ο μοναδικός προσφέρων που είχε πράγματι τη δυνατότητα να προτείνει λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο**. Τούτο, κατ' αυτήν, συνεπάγεται ότι η επίδικη πρόσκληση για την υποβολή προσφορών δεν είχε άλλο σκοπό, καθορίζοντας αυστηρότερα όρια, παρά να ευνοήσει τη μονάδα παραγωγής που ανήκε στον αναθέτοντα φορέα. Κατά συνέπεια, προτείνει να δοθεί στο τρίτο ερώτημα η απάντηση ότι η χορήγηση μονάδων με βάσει τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και τη μείωση του επιπέδου του θορύβου δεν μπορεί να γίνει δεκτή, τουλάχιστον στην περίπτωση κατά την οποία **οι επιχειρηματίες του οικείου τομέα δεν έχουν τη δυνατότητα, ούτε καν θεωρητική, να προτείνουν υπηρεσίες** για τις οποίες μπορούν να χορηγηθούν τέτοιες μονάδες. Η *πόλη του Ελσίνκι* ισχυρίζεται κατ' αρχάς ότι δεδομένου ότι ο διαγωνισμός δημιουργεί πάντοτε πρόσθετες εργασίες και δαπάνες, δεν θα είχε κανένα εύλογο λόγο να προκηρύξει τον διαγωνισμό αυτόν αν γνώριζε ότι μόνον η επιχείρηση που της ανήκει είχε τη δυνατότητα να προτείνει υλικό που να πληροί τους τεθέντες όρους ή αν είχε πράγματι θελήσει να κρατήσει η ίδια την εκμετάλλευση

¹⁵⁶ Νοείται ως «συνεκτίμηση», καθώς όπως θα δούμε η θέση τους ως κριτηρίων: 1. Συν-αξιολογείται με άλλα κριτήρια σε κατάσταση μεμονωμένης προσφοράς πληρούσης τα περιβαλλοντικά κριτήρια και «εξουδετερώνει» τα άλλα κριτήρια, 2. συν-διαμορφώνεται τόσο από την Αναθέτουσα Αρχή που είναι ο Δήμος όσο και από την υποψήφια δημόσια επιχείρηση (τεκμήριο οργανωτικού δεσμού).

¹⁵⁷ Απόφαση Concordia Bus Finland, C-513/99, σκέψη 70.

των μεταφορών αυτών.¹⁵⁸ Η Ολλανδική Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι από τη νομολογία του Δικαστηρίου¹⁵⁹ προκύπτει ότι τα κριτήρια συνάψεως μιας συμβάσεως πρέπει να είναι αντικειμενικά και ότι δεν μπορεί να γίνεται καμία διάκριση μεταξύ των προσφερόντων. Ωστόσο, με τις σκέψεις 32 και 33 της προπαρατεθείσας αποφάσεως του Fracasso και Leitschutz, το Δικαστήριο έκρινε πράγματι ότι, όταν μετά το πέρας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως απομένει μία μόνο προσφορά, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να συνάψει τη σύμβαση με τον μοναδικό διαγωνιζόμενο ο οποίος κρίθηκε ικανός να λάβει μέρος στον διαγωνισμό. Εντεύθεν δεν συνάγεται ωστόσο ότι, αν δεν απομένει πλέον παρά ένας μόνο διαγωνιζόμενος λόγω των εφαρμοζομένων κριτηρίων αναθέσεως της συμβάσεως, τα κριτήρια αυτά είναι παράνομα. Κατά την Ολλανδική Κυβέρνηση, εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να καθορίσει **αν τέθηκε σε κίνδυνο ο πραγματικός ανταγωνισμός (νόθευση ανταγωνισμού)**. Η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονεί ότι η χρησιμοποίηση των επίμαχων στο πλαίσιο της κύριας δίκης κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως δεν δημιουργεί, κατ' αρχήν, πρόβλημα, τούτο δε ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία, όπως εν προκειμένω, μόνον ένας σχετικά περιορισμένος αριθμός προσφερόντων είναι σε θέση να ικανοποιήσει τα κριτήρια αυτά.¹⁶⁰ Κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, είναι δυνατόν να συναχθεί από τις αρχές στις οποίες στηρίζονται οι οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων, ότι οι επιχειρήσεις που εμπλέκονται άμεσα ή έμμεσα στην προετοιμασία μιας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, καθώς και **οι επιχειρήσεις που συνδέονται με αυτές, οσάκις υφίσταται μεταξύ τους σχέση κυριαρχίας, πρέπει να αποκλείονται από τον διαγωνισμό, στον βαθμό που η συμμετοχή τους θα παρεμπόδιζε τον ανταγωνισμό**. Συγκεκριμένα, η διασφάλιση της αρχής του ελεύθερου και έντιμου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχειρίσεως όλων των διαγωνιζομένων και των προσφερόντων, υπό την έννοια των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, θα μπορούσε να διακυβευθεί σε περίπτωση που ένας από τους μετέχοντες σε πρόσκληση για την υποβολή προσφορών εμπλεκόταν, άμεσα ή έμμεσα, στην προετοιμασία της προσκλήσεως αυτής. Η Αυστριακή Κυβέρνηση συνάγει εντεύθεν ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, **αν οι οργανωτικοί δεσμοί που ενώνουν την πόλη του Ελσίνκι και την HKL είχαν ως συνέπεια το να μπορέσει η τελευταία αυτή να έχει κάποια επιρροή, υπό οποιαδήποτε μορφή, στον ορισμό του σχεδίου στο οποίο στηριζόταν η πρόσκληση για την υποβολή προσφορών** και στον βαθμό που η εμπλοκή της HKL στην επεξεργασία της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών θα παρεμπόδιζε τον ανταγωνισμό, θα έπρεπε να απαγορευθεί στην HKL να μετάσχει στον διαγωνισμό. Η Σουηδική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι ο τρόπος με τον οποίο στο πλαίσιο της υποθέσεως της κύριας δίκης ελήφθη υπόψη το κριτήριο σχετικά με τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου είχε ως συνέπεια ότι ανταμείφθηκε ο διαγωνιζόμενος ο οποίος διέθετε λεωφορεία λειτουργούντα με φυσικό αέριο ή αλκοόλη. Κατά την εν λόγω κυβέρνηση, τίποτα ωστόσο δεν εμπόδιζε τους λοιπούς διαγωνιζομένους να αποκτήσουν τέτοια λεωφορεία. Τα οχήματα αυτά διατίθενται στην αγορά από πολλών ετών. Η Σουηδική Κυβέρνηση φρονεί ότι η χορήγηση πρόσθετων μονάδων λόγω χαμηλών εκπομπών μονοξειδίου του αζώτου και χαμηλού επιπέδου θορύβου δεν συνιστά άμεση δυσμενή διάκριση, αλλά εφαρμόζεται αδιακρίτως. Επιπλέον, η χορήγηση των πρόσθετων μονάδων δεν φαίνεται να συνεπάγεται έμμεση δυσμενή διάκριση υπό την έννοια ότι θα είχε αναγκαστικά ως αποτέλεσμα να ευνοηθεί η HKL. Συνεπώς, η Σουηδική Κυβέρνηση διαπιστώνει ότι η εν λόγω χορήγηση επιπλέον μονάδων δεν εμποδίζει ούτε την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών ούτε την ελευθερία εγκαταστάσεως. Κατά την Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου, η οδηγία δεν

¹⁵⁸ Υπόθεση Concordia Bus Finland, C-513/99, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2001, σκέψεις 125-127.

¹⁵⁹ Αποφάσεις της 16ης Σεπτεμβρίου 1999, C-27/98, Fracasso και Leitschutz, σκέψεις 30 και 31, και Επιτροπή κατά Δανίας.

¹⁶⁰ Υπόθεση Concordia Bus Finland, C-513/99, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2001, σκέψεις 131-134.

απαγορεύει τη χορήγηση πρόσθετων μονάδων κατά την αξιολόγηση των προσφορών, οσάκις είναι εκ των προτέρων γνωστό ότι λίγες επιχειρήσεις μπορούν δυνητικά να λάβουν αυτές τις πρόσθετες μονάδες, εφόσον ο αναθέτων φορέας γνωστοποίησε, κατά το στάδιο της προκηρύξεως του διαγωνισμού, αυτή τη δυνατότητα λήψεως των ως άνω πρόσθετων μονάδων.¹⁶¹

Από πάγια νομολογία προκύπτει ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά διαφορετικό τρόπο και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο, εκτός αν μια τέτοια διαφορετική αντιμετώπιση δικαιολογείται αντικειμενικά¹⁶². Ο Γενικός Εισαγγελέας θεωρεί ότι, εν προκειμένω, οι δύο επιχειρήσεις αντιμετωπίστηκαν κατά διαφορετικό τρόπο μόνον επειδή δεν τελούσαν σε πανομοιότυπες καταστάσεις: η μία από τις δύο ήταν σε θέση να προτείνει το απαιτούμενο υλικό, ενώ η άλλη όχι. Τέλος, από το γεγονός ότι χρησιμοποιήθηκε το κριτήριο το οποίο προκάλεσε μια διαφορά κατά τη χορήγηση των μονάδων δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι προκύπτει ύπαρξη χειρισμού συνεπαγομένου δυσμενή διάκριση, **παρά μόνο στην περίπτωση κατά την οποία θα προέκυπτε ότι το κριτήριο αυτό δεν ήταν αντικειμενικά δικαιολογημένο, λαμβανομένης υπόψη της φύσεως της συμβάσεως και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής. Κατά την γνώμη του Εισαγγελέως, δεν είναι δυνατόν να μην αναγνωριστεί σε μια αναθέτουσα αρχή το δικαίωμα να απαιτεί την παροχή της επίμαχης υπηρεσίας με υλικό που να αντιστοιχεί στις βέλτιστες διαθέσιμες τεχνικές. Το να γίνει δεκτό το αντίθετο θα ισοδυναμούσε με την υποβολή της υποχρεώσεως στην αναθέτουσα αρχή να καθορίσει τα κριτήρια με βάση τους δυνητικούς προσφέροντες.** Δεδομένου όμως ότι κάθε πρόσκληση για την υποβολή προσφορών περιλαμβάνει μια ολόκληρη σειρά κριτηρίων¹⁶³, η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε στην περίπτωση αυτή να καθορίζει ποια είναι τα κριτήρια τα οποία μπορεί να πληροί μόνον ένας προσφέρων και να τα αποσύρει από το σχέδιο της προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών. Μπορεί πράγματι ένας προσφέρων να είναι σε θέση να πληροί ένα κριτήριο, και ένας άλλος να μη μπορεί να πληροί ένα άλλο. Μια τέτοια όμως προσέγγιση όχι μόνο θα κατέληγε σε **ένα είδος «εξίσωσης από τα κάτω» των κριτηρίων συνάψεως της συμβάσεως με τον αποκλεισμό όλων των όντως επιλεκτικών κριτηρίων. Θα καθιστούσε επίσης κενό περιεχομένου το δικαίωμα που αναγνωρίζει το Δικαστήριο στην αναθέτουσα αρχή να επιλεγεί τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως¹⁶⁴ της επιλογής της.** Επιπλέον, αν εξεταστεί καλύτερα, **ο καθορισμός κριτηρίων με βάση τους προσφέροντες θα ισοδυναμούσε με την ίδια την άρνηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως.** Συγκεκριμένα, αν μια αναθέτουσα αρχή απέκλειε ένα κριτήριο από την πρόσκληση για την υποβολή προσφορών με το αιτιολογικό ότι ένας ή περισσότεροι προσφέροντες δεν είναι σε θέση να το ικανοποιήσουν, **θα κατέληγε να μεταχειριστεί δυσμενώς τον προσφέροντα ο οποίος θα μπορούσε να ικανοποιήσει το κριτήριο αυτό εξουδετερώνοντας το πλεονέκτημα** το οποίο αυτός θα μπορούσε να προβάλλει. Καταλήγει λοιπόν ως προς το πρώτο αυτό σημείο ότι **το γεγονός και μόνον ότι περιελήφθη σε μια πρόσκληση για την υποβολή προσφορών ένα κριτήριο το οποίο δεν μπορεί να το ικανοποιεί παρά μόνον ένας προσφέρων δεν παραβιάζει την αρχή της ισότητας.** Είναι διαφορετική η κατάσταση όταν ο προσφέρων είναι, όπως η HKL, μια επιχείρηση ανήκουσα στην αναθέτουσα αρχή; Στην περίπτωση αυτή, μπορεί να συμβαίνει ένα εκ των δύο:

¹⁶¹ Υπόθεση Concordia Bus Finland, C-513/99, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2001, σκέψεις 136-141.

¹⁶² Βλ., π.χ., αποφάσεις της 17ης Ιουλίου 1963, 13/63, Ιταλία κατά Επιτροπής, σκέψη III, 4 α· της 13ης Δεκεμβρίου 1984, 106/83, Sermide σκέψη 28· της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 203/86, Ισπανία κατά Συμβουλίου σκέψη 25, και της 13ης Δεκεμβρίου 1994, C-306/93, SMW Winzersekt σκέψη 30.

¹⁶³ Εν προκειμένω, πρόσθετες μονάδες χορηγήθηκαν, για παράδειγμα, και στους προσφέροντες οι οποίοι πρότειναν λεωφορεία με χαμηλωμένο μόνο το εμπρόσθιο τμήμα του δαπέδου ή όλο το δάπεδο.

¹⁶⁴ Προπαρατεθείσα απόφαση Evans Medical και Macfarlan Smith, σκέψη 42.

- ή η HKL δεν διαθέτει αυτοτελή εξουσία λήψεως αποφάσεων και οικονομικής και χρηματικής διαχείρισεως σε σχέση με την αναθέτουσα αρχή· στην περίπτωση αυτή, θα επρόκειτο για μια κατάσταση στην οποία δεν εφαρμόζεται η οδηγία, καθόσον η HKL δεν αποτελεί τρίτον με τον οποίο η πόλη του Ελσίνκι θα μπορούσε να συνάψει σύμβαση·

- ή η HKL είναι πράγματι ανεξάρτητη από την πόλη του Ελσίνκι· στην περίπτωση αυτή, το γεγονός ότι η HKL είναι «η επιχείρηση μεταφορών που ανήκει στην πόλη η οποία προβαίνει στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών» δεν μπορεί, αυτό καθεαυτό, να δημιουργήσει πρόβλημα από την άποψη της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, εκτός αν αποδεικνύεται ότι η ενσωμάτωση του επίδικου κριτηρίου στην πρόσκληση για την υποβολή προσφορών δεν είχε άλλο λόγο παρά μόνο το να ευνοήσει την HKL^{165 166}.

Αναφορικά με την συμμετοχή ενός προσφέροντος στην προετοιμασία μιας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών, ο Γενικός Εισαγγελέας ευθυγραμμίζεται με τις θέσεις της Αυστριακής Κυβέρνησης, σύμφωνα με την οποία μια τέτοια συμμετοχή είναι παράνομη, καθόσον συνιστά άρνηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ όλων των προσφερόντων. Συναφώς, μπορεί να γίνει αναφορά στην απόφαση *Isméri Europa κατά Ελεγκτικού Συνεδρίου*¹⁶⁷, στην οποία το Δικαστήριο χαρακτήρισε ως «σύγχυση συμφερόντων» το «να ανατίθεται το έργο το οποίο αφορά μια δημόσια σύμβαση σε πρόσωπο το οποίο συμβάλλει στην αξιολόγηση και στην επιλογή των σχετικών προσφορών» και προσέθεσε ότι η σύγχυση αυτή είναι «χαρακτηριστική μιας σοβαρής δυσλειτουργίας του εμπλεκόμενου θεσμικού οργάνου ή του εμπλεκόμενου οργανισμού» (σκέψη 47). Από την άποψη όμως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ όλων των προσφερόντων, μια πραγματική συμμετοχή στην προετοιμασία μιας προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών ενός προσφέροντος υπέρ του οποίου κατακυρώνεται ο διαγωνισμός είναι σχεδόν το ίδιο σοβαρή όσο και η συμβολή του προσφέροντος αυτού στην αξιολόγηση και στην επιλογή των προσφορών. Ωστόσο, δεν υπάρχει στη διάταξη περί παραπομπής καμία ένδειξη για το ότι η HKL μετέσχε πράγματι στην προετοιμασία της επίδικης προσκλήσεως για την υποβολή προσφορών. Η πόλη του Ελσίνκι τόνισε μάλιστα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ότι δεν υπήρξε τέτοια συμμετοχή. Ομοίως, το αιτούν δικαστήριο δεν θέτει κανένα συναφές ερώτημα. Κατά συνέπεια, ο Εισαγγελέας πρότεινε να δοθεί στο ερώτημα η απάντηση ότι το δικαίωμα ενός αναθέτοντα φορέα να συμπεριλάβει σε μια πρόσκληση για την υποβολή προσφορών, μεταξύ των κριτηρίων συνάψεως μιας συμβάσεως σχετικά με την εκμετάλλευση υπηρεσίας αστικών λεωφορείων, χαρακτηριστικά που αφορούν τις εκπομπές μονοξειδίου του αζώτου και το επίπεδο θορύβου του χρησιμοποιούμενου υλικού, όπως είναι τα επίδικα στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης, δεν αναιρείται από τη διαπίστωση ότι η ανήκουσα στον φορέα αυτό επιχείρηση μεταφορών έχει τη δυνατότητα, την οποία δεν έχουν παρά ελάχιστες επιχειρήσεις του τομέα, να προτείνει υλικό που να ικανοποιεί τους επιβληθέντες όρους, εκτός αν αποδεικνύεται ότι το κριτήριο αυτό εισήχθη με μοναδικό σκοπό να ευνοηθεί η εν λόγω επιχείρηση.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Πρέπει να αποδειχθεί κατά περίπτωση επομένως, ότι η αναθέτουσα αρχή χορηγεί τις μονάδες κατά τρόπο αντικειμενικό και αμερόληπτο.

¹⁶⁶ Υπόθεση *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2001, σκέψεις 149-157.

¹⁶⁷ Απόφαση της 10ης Ιουλίου 2001, C-315/99 P.

¹⁶⁸ Υπόθεση *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2001, σκέψεις 159-163.

Το ΔΕΕ διαπίστωσε τελικώς ότι η υπογράφεση τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως¹⁶⁹ ισοδυναμεί με την ίδια την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες αποσκοπούν ιδίως στην προαγωγή της αναπτύξεως πραγματικού ανταγωνισμού στους τομείς που εμπίπτουν στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής τους και στις οποίες διαλαμβάνονται κριτήρια συνάψεως των συμβάσεων με τα οποία αποσκοπείται η διασφάλιση ενός τέτοιου ανταγωνισμού (βλ., στο πνεύμα αυτό, απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας, σκέψη 33). Έτσι, με τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως πρέπει να τηρείται η αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων, όπως αυτή απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης περί του δικαιώματος εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών. Εν προκειμένω, πρέπει να τονιστεί, κατ' αρχάς, ότι, όπως προκύπτει από τη διάταξη περί παραπομπής, τα επίμαχα στο πλαίσιο της υποθέσεως της κύριας δίκης κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως ήσαν αντικειμενικά και εφαρμόστηκαν αδιακρίτως σε όλες τις προσφορές. Εν συνεχεία, τα εν λόγω κριτήρια συνδέονταν άμεσα με το προτεινόμενο υλικό και ήσαν ενταγμένα σε σύστημα βαθμολογήσεως.¹⁷⁰ Διαπίστωσε ότι, με βάση τα ως άνω πραγματικά περιστατικά, το γεγονός ότι ένα από τα κριτήρια που εφάρμοσε ο αναθέτων φορέας για να προσδιορίσει την πλέον συμφέρουσα οικονομικά προσφορά δεν μπορούσε να το πληροί παρά μόνον ένας μικρός αριθμός επιχειρήσεων, μεταξύ των οποίων συγκαταλεγόταν μια επιχείρηση ανήκουσα στον εν λόγω φορέα, δεν μπορεί, από μόνο του, να συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως. Υπό τις συνθήκες αυτές, στο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως δεν απαγορεύει τη συνεκτίμηση κριτηρίων συνδεομένων με την προστασία του περιβάλλοντος, όπως είναι τα επίμαχα στο πλαίσιο της κύριας δίκης, για τον λόγο και μόνον ότι η ανήκουσα στον αναθέτοντα φορέα επιχείρηση μεταφορών συγκαταλέγεται μεταξύ των ελαχίστων επιχειρήσεων που έχουν τη δυνατότητα να προτείνουν υλικό που να πληροί τα εν λόγω κριτήρια.¹⁷¹ Σε κάθε περίπτωση, πάντοτε πρέπει να λαμβάνεται υπ' όψιν το περιεχόμενο των γενικών αρχών όταν στην εκτίμηση προτάσσονται π.χ. περιβαλλοντικά κριτήρια. Διότι οι γενικές αρχές είναι πάντα εκεί ως δικλίδες προστασίας από την διακριτική εξουσία των αναθετουσών αρχών¹⁷².

¹⁶⁹ «Τίποτα στις οδηγίες δεν περιορίζει το δικαίωμα των αναθετουσών αρχών να αποφασίσουν από μόνες τους τι επιθυμούν να αγοράσουν και τους όρους που θα το πράξουν (αν και, όπως ήδη αναφέρθηκε, η ίδια η Συνθήκη απαγορεύει συμπεριφορά που συνιστά διάκριση εις βάρος προμηθευτών από άλλα μέλη κράτη). Εάν μια αρχή αποφασίσει ότι επιθυμεί να συμβληθεί, για παράδειγμα, για την κατασκευή ενός κτιρίου, αλλά ο εργολάβος στον οποίο ανέθεσε την κατασκευή πρέπει να αναλάβει τη δέσμευση να συμμετάσχει σε πρόγραμμα κατάρτισης για δεξιότητες των τοπικών ανέργων ή να συμβάλλει στην περιβαλλοντική εξυγίανση στην περιοχή ("όροι της σύμβασης - δευτερεύουσας πολιτικής"), αυτό είναι κατ' αρχήν θέμα ελεύθερης επιλογής για την αναθέτουσα αρχή. Αν, ωστόσο, σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, θα ήταν δυσκολότερο για έναν ανάδοχο από άλλο κράτος μέλος από ό,τι για έναν εγχώριο ανάδοχο να συμμορφωθεί με τους όρους της σύμβασης δευτερεύουσας πολιτικής, η τελευταία μπορεί να παραβιάσει τον κανόνα κατά των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας που κατοχυρώνεται στη Συνθήκη." Αναφέρεται στο "International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement", P. Kunzlik, OECD Journal on Budgeting – Volume 3 – No. 4, 2003, σελ. 125, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.oecd.org/gov/budgeting/43494573.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

¹⁷⁰ Απόφαση Concordia Bus Finland, C-513/99, σκέψεις 81-83.

¹⁷¹ Απόφαση Concordia Bus Finland, C-513/99, σκέψεις 85-86.

¹⁷² «Η εισαγωγή βιώσιμων προβληματισμών στις δημόσιες συμβάσεις οφείλεται στους ευρύτερους στόχους πολιτικής για την προστασία του περιβάλλοντος και τη βελτίωση της κοινωνικής συνοχής. Έτσι, προκειμένου να καθοριστεί αν ένα κριτήριο της βιώσιμης ανάθεσης παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, πρέπει καταρχάς να καθοριστεί (1) αν το κριτήριο είναι κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου περιβαλλοντικού ή κοινωνικού στόχου και (2) αν το κριτήριο υπερβαίνει τα αναγκαία όρια επίτευξη αυτών των στόχων. Τα ζητήματα αυτά απαιτούν σύνθετες αξιολογήσεις που συνεπάγονται πολιτικές, οικονομικές και κοινωνικές επιλογές. Έτσι, οι φορείς χάραξης πολιτικής που είναι επιφορτισμένοι με το καθήκον εξακρίβωσης αυτών των ζητημάτων θα πρέπει να έχουν ευρεία διακριτική ευχέρεια να καθορίσουν τα κατάλληλα κριτήρια για την

11. Καθορισμός Βαρύτητας Μη Οικονομικών Κριτηρίων

Στην υπόθεση EVN AG, προκηρύχθηκε διαγωνισμός, που δημοσιεύθηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων* όπου, αναγράφονταν, υπό τον τίτλο «Κριτήρια αναθέσεως», τα εξής:

«Η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά σύμφωνα με τα ακόλουθα κριτήρια: επιπτώσεις των παροχών στο περιβάλλον σύμφωνα με τη συγγραφή υποχρεώσεων.»¹⁷³

Ο προμηθευτής ενέργειας έπρεπε να δεσμευθεί να παρέχει στις ομοσπονδιακές υπηρεσίες, κατά το μέτρο του τεχνικώς δυνατού, παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρική ενέργεια, και εν πάση περιπτώσει να μην τους προμηθεύει εσκεμμένως ηλεκτρική ενέργεια παραγόμενη από πυρηνική σχάση.¹⁷⁴ Απεστάλη προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΚ. Με τη διάταξη περί προδικαστικής παραπομπής, το εθνικό δικαστήριο τονίζει ότι, ακόμη και εάν ένα κριτήριο αναθέσεως περιβαλλοντικού χαρακτήρα όπως εκείνο που εφαρμόστηκε στην υπόθεση της κύριας δίκης πρέπει να θεωρηθεί καταρχήν συμβατό με τους κανόνες του κοινοτικού δικαίου στον τομέα της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, τίθεται ένα άλλο ζήτημα λόγω του ότι αυτό το κριτήριο υπολογίζεται με συντελεστή 45 % στην τελική αξιολόγηση, εφόσον μπορεί να προβληθεί συναφώς ότι απαγορεύεται στην αναθέτουσα αρχή να αποδώσει σε ένα κριτήριο το οποίο δεν υπόκειται σε άμεση οικονομική αξιολόγηση τόσο σημασία στο πλαίσιο της απόφασης περί της συνάψεως της συμβάσεως. Η καθ' ής ισχυρίζεται σε αυτό το πλαίσιο ότι, όσον αφορά το περιθώριο εκτιμήσεως που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς, παράνομος θα ήταν μόνον ο υπολογισμός στην τελική αξιολόγηση που θα επέφερε αδικαιολόγητη στρέβλωση των δεδομένων. Όχι μόνον υφίσταται εδώ μία αντικειμενική σχέση μεταξύ των κριτηρίων «τιμή» και «παραγόμενη από ανανεώσιμες πηγές ηλεκτρική ενέργεια», αλλά, επιπλέον, προτεραιότητα δίνεται αμιγώς στο οικονομικώς αποτιμητέο κριτήριο, δεδομένου ότι η τιμή υπολογίζεται στην τελική αξιολόγηση με συντελεστή μεγαλύτερο κατά 10 ποσοστιαίες μονάδες σε σχέση με εκείνον με τον οποίο υπολογίζεται η δυνατότητα προμήθειας παραγόμενης κατ' αυτόν τον τρόπο. Επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι, κατά πάγια νομολογία, η επιλογή της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς προβλέπει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιλέξει τα κριτήρια συνάψεως της συμβάσεως που προτίθεται να εφαρμόσει, πλην όμως η επιλογή αυτή δεν μπορεί να αφορά παρά μόνον κριτήρια που αποβλέπουν στον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας οικονομικά προσφοράς και δεν απονέμουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής για την ανάθεση της συμβάσεως σε έναν διαγωνιζόμενο (βλ., υπό αυτή την έννοια, την απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87, Beentjes, σκέψεις 19 και 26· της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, SIAC Construction, σκέψεις 36 και 37, καθώς και Concordia Bus Finland, προπαρατεθείσα, σκέψεις 59 και 61). Επιπλέον, η εφαρμογή των εν λόγω κριτηρίων πρέπει να πραγματοποιείται τηρουμένων τόσο των διαδικαστικών κανόνων όσο και των θεμελιωδών

προμήθεια βιώσιμων προϊόντων και υπηρεσιών. Η νομολογία του ΔΕΚ καθιστά σαφές ότι το Δικαστήριο δεν θα ασχοληθεί με τις περίπλοκες εκτιμήσεις που εμπλέκονται σε τέτοιες αποφάσεις, αλλά θα σεβαστεί την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας των αρμόδιων αρχών, εκτός εάν το εν λόγω μέτρο είναι προδήλως ακατάλληλο.»

Αναφέρεται στο *“Identifying Opportunities for Sustainable Public Procurement Briefing Series Briefing No. 3: The guiding principles of public procurement transparency, equal treatment and proportionality”*, Client Earth, Οκτώβριος 2011, σελ. 10, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.clientearth.org/reports/procurement-briefing-no-3-guiding-principles-equal-treatment-transparency-proportionality.pdf>,

τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

¹⁷³ Απόφαση EVN AG, C-448/01, σκέψη 15.

¹⁷⁴ Απόφαση EVN AG, C-448/01, σκέψη 16.

αρχών που απορρέουν από το κοινοτικό δίκαιο (βλ., υπό αυτή την έννοια, τις προπαρατεθείσες αποφάσεις Beentjes, σκέψεις 29 και 31, καθώς και Concordia Bus Finland, σκέψεις 62 και 63). Επομένως, τηρώντας τις επιταγές του κοινοτικού δικαίου, οι αναθέτουσες αρχές είναι ελεύθερες όχι μόνο να επιλέγουν τα κριτήρια αναθέσεως της συμβάσεως αλλά και να ορίζουν τη βαρύτητά τους στην τελική αξιολόγηση, καθόσον αυτή επιτρέπει τη συνθετική αξιολόγηση των εφαρμοσθέντων κριτηρίων προκειμένου να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά. Όσον αφορά το κριτήριο αναθέσεως στην υπόθεση της δίκης, επιβάλλεται να τονιστεί ότι, όπως έχει διαπιστώσει το Δικαστήριο, η χρησιμοποίηση ανανεώσιμων πηγών ενέργειας για την παραγωγή ηλεκτρικού ρεύματος είναι χρήσιμη για την προστασία του περιβάλλοντος στο μέτρο που συμβάλλει στη μείωση των εκπομπών αερίου με αποτέλεσμα το φαινόμενο του θερμοκηπίου, που περιλαμβάνεται μεταξύ των κυρίων αιτιών για τις κλιματικές αλλαγές που η Ευρωπαϊκή Κοινότητα και τα κράτη μέλη έχουν αναλάβει την υποχρέωση να καταπολεμήσουν (απόφαση της 13ης Μαρτίου 2001, C-379/98, Preussen Elektra, σκέψη 73). Επιπλέον, όπως προέκυπτε μεταξύ άλλων από τη δέκατη όγδοη αιτιολογική σκέψη της και από τα άρθρα της 1 και 3, ακριβώς με αυτή την προοπτική η οδηγία 2001/77 αποσκοπεί να ευνοήσει, με τη χρησιμοποίηση της ισχύος των δυνάμεων της αγοράς, την αύξηση της συμβολής των ανανεώσιμων πηγών ενέργειας στην παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας στην εσωτερική αγορά, στόχο ο οποίος, σύμφωνα με τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη της, αποτελεί υψηλή προτεραιότητα της Κοινότητας. Ενόψει επομένως της σημασίας του στόχου που επιδιώκεται με το επίμαχο στην δίκη κριτήριο, ο υπολογισμός του στην τελική αξιολόγηση με συντελεστή 45 % δεν φαίνεται να εμποδίζει τη συνθετική αξιολόγηση των εφαρμοσθέντων κριτηρίων προκειμένου να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά. Υπό τις συνθήκες αυτές, και ελλείψει στοιχείων καθιστώντων δυνατή την απόδειξη παραβάσεως των επιταγών του κοινοτικού δικαίου, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι ο υπολογισμός του επίμαχου στην δίκη κριτηρίου αναθέσεως στην τελική αξιολόγηση με συντελεστή 45 % δεν είναι καθαυτός ασυμβίβαστος με την κοινοτική ρύθμιση στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.¹⁷⁵

12. Καθορισμός Μη Οικονομικών Κριτηρίων άνευ δυνατότητας Επαλήθευσης

Στην ίδια υπόθεση EVN AG, το εθνικό δικαστήριο διερωτάται επί πλέον όσον αφορά τη νομιμότητα του επίμαχου στην δίκη κριτηρίου αναθέσεως από πλευράς κοινοτικού δικαίου λόγω του ότι η αναθέτουσα αρχή παραδέχτηκε ότι δεν είναι σε θέση να ελέγξει από τεχνικής απόψεως εάν η προμηθευθείσα ηλεκτρική ενέργεια προέρχεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας και δεν απαιτήσε από τους προσφέροντες να προσκομίσουν αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με τις συγκεκριμένες υποχρεώσεις τους προμήθειας ή με τις ήδη συναφθείσες συμβάσεις προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας. Το αιτούν δικαστήριο ερωτά επομένως στην ουσία εάν οι ισχύουσες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων διατάξεις του κοινοτικού δικαίου απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να εφαρμόζει ένα κριτήριο αναθέσεως που δεν συνοδεύεται από επιταγές επιτρέπουσες έναν αποτελεσματικό έλεγχο της ακρίβειας των στοιχείων που περιέχονται στις προσφορές.¹⁷⁶ Η Ολλανδική Κυβέρνηση αναλύει ρητώς αυτό το ζήτημα που έθεσε το Bundesvergabeamt. Κατά την άποψή της, οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου που διέπουν τις διαδικασίες αναθέσεως συμβάσεων επιβάλλουν η αναθέτουσα αρχή να ανατρέχει αποκλειστικά στα κριτήρια αναθέσεως που επιτρέπουν έναν αποτελεσματικό έλεγχο της ακρίβειας των στοιχείων που προσκομίζουν οι προσφέροντες όσον αφορά τα καθορισμένα κριτήρια αναθέσεως. Ο Γενικός Εισαγγελέας

¹⁷⁵ Απόφαση EVN AG, C-448/01, σκέψεις 35-43.

¹⁷⁶ Απόφαση EVN AG, C-448/01, σκέψεις 44-45.

ταυτίζεται με την άποψη της Ολλανδικής Κυβέρνησεως. Όπως τονίζει αυτή η κυβέρνηση, «εάν επιτρεπόταν στην αναθέτουσα αρχή να ορίζει κριτήρια αναθέσεως τονίζοντας ότι ούτε διατίθεται ούτε μπορεί να ελέγξει εάν οι προμηθευτές προσκόμισαν με την προσφορά τους ορθά στοιχεία συναφώς, η διαδικασία λήψεως της απόφασεως δεν μπορεί πλέον να διεξάγεται με αντικειμενικότητα και διαφάνεια. [...] Μια τέτοια μέθοδος αναθέσεως αντίκειται στις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, όπως έχουν αναγνωρισθεί από το Δικαστήριο με τη νομολογία του, ιδίως στις αρχές της ισότητας και της διαφάνειας, καθώς και της απαγορεύσεως της αυθαιρεσίας». Συναφώς μπορεί να γίνει παραπομπή στην απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας¹⁷⁷, με την οποία το Δικαστήριο έκρινε, με τη σκέψη 37, ότι «διαπιστώνεται [...] ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων απαιτεί όπως όλες οι προσφορές είναι σύμφωνες προς τις προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων ώστε να διασφαλίζεται η **αντικειμενική σύγκριση** μεταξύ των διαφόρων υποβαλλομένων προσφορών». ¹⁷⁸ Υπό την ίδια έννοια, το Δικαστήριο έκρινε, με τη σκέψη 44 της από 18 Οκτωβρίου 2001 αποφάσεως SIAC Construction¹⁷⁹, ότι «[...] κατά την αξιολόγηση των προσφορών τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να εφαρμόζονται **κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο για όλους τους προσφέροντες** [...]». ¹⁸⁰ Βεβαίως δεν είναι προφανές από ποια πηγή προέρχεται η ηλεκτρική ενέργεια που παραδίδεται υπό την έννοια ότι ένας καταναλωτής δεν διαθέτει κανένα μέσο για να εξετάσει εάν η ηλεκτρική ενέργεια που χρησιμοποιεί προέρχεται από ανανεώσιμες πηγές ή όχι. Αυτή η δυσκολία αναγνωρίστηκε από το Δικαστήριο με την απόφαση *PreussenElektra*, με την οποία κρίθηκε, με τη σκέψη 79, ότι «[...] η φύση του ηλεκτρικού ρεύματος είναι τέτοια ώστε, άπαξ και γίνει δεκτό στο δίκτυο μεταφοράς ή διανομής, **είναι δύσκολο να προσδιοριστεί η προέλευση και ιδίως η πηγή ενέργειας από την οποία παρήχθη**». ¹⁸¹ Όμως, ακόμη και εάν δεν είναι εύκολο να προσδιοριστεί η προέλευση της παραδιδόμενης ενέργειας, υφίστανται μέσα προς τούτο, λόγου χάριν, ζητώντας πιστοποιητικά, ή, όπως τονίζει η Ολλανδική Κυβέρνηση, «**ζητώντας από τους προσφέροντες να αποδείξουν την ποσότητα της ηλεκτρικής ενέργειας που παράγουν ή αγοράζουν, καθώς και την ποσότητα της ηλεκτρικής ενέργειας που προέρχεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας που προορίζεται, σύμφωνα με τις συναφθείσες συμβάσεις, για πελάτες άλλους από την αναθέτουσα αρχή**». ¹⁸²

Το ΔΕΚ είπε, μεταξύ άλλων, στην τελική του εκτίμηση πως επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι η αρχή της ισότητας μεταχειρίσεως των προσφερόντων η οποία, όπως επανειλημμένως έκρινε το Δικαστήριο, **αποτελεί τη βάση των οδηγιών σχετικά με τις διαδικασίες συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων** (βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, *Universale-Bau* κ.λπ., σκέψη 91, και της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, *GAT*, σκέψη 73), σημαίνει, αφενός, ότι οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχειρίσεως τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (βλ., στο πνεύμα αυτό, την προπαρατεθείσα απόφαση *SIAC Construction*, σκέψη 34). Τούτο σημαίνει, ειδικότερα, ότι, κατά την αξιολόγηση των προσφορών, τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να εφαρμόζονται κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο για όλους τους προσφέροντες (προπαρατεθείσα απόφαση *SIAC*, σκέψη 44). Αφετέρου, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως **συνεπάγεται υποχρέωση διαφάνειας, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος** της τηρήσεώς της, που συνίσταται ιδίως στη διασφάλιση του

¹⁷⁷ Απόφαση C- 243/89.

¹⁷⁸ Βλ. επίσης την απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 70.

¹⁷⁹ Απόφαση C-19/00.

¹⁸⁰ Υπόθεση *EVN AG*, C-448/01, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 27^{ης} Φεβρουαρίου 2003, σκέψεις 39-43.

¹⁸¹ Υπόθεση *EVN AG*, C-448/01, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 27^{ης} Φεβρουαρίου 2003, σκέψεις 45-46.

¹⁸² Υπόθεση *EVN AG*, C-448/01, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 27^{ης} Φεβρουαρίου 2003, σκέψη 48.

ελέγχου της αμεροληψίας των διαδικασιών διαγωνισμού (βλ., υπό αυτή την έννοια, την προπαρατεθείσα απόφαση *Universale- Bau* κ.λπ., σκέψεις 91 και 92). Η αξιολόγηση των διαφόρων προσφορών με αντικειμενικότητα και διαφάνεια προϋποθέτει ότι η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να εξετάσει όντως, βάσει στοιχείων και αποδείξεων που προσκομίζουν οι προσφεύγοντες, εάν οι προσφορές τους πληρούν τα κριτήρια αναθέσεως. Φαίνεται επομένως ότι, όταν η αναθέτουσα αρχή ορίζει κριτήριο αναθέσεως τονίζοντας ότι ούτε διατίθεται ούτε είναι σε θέση να επαληθεύσει την ακρίβεια των στοιχείων που προσκομίζουν οι προσφέροντες, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, εφόσον ένα τέτοιο κριτήριο δεν διασφαλίζει τη διαφάνεια και την αντικειμενικότητα της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως. Επομένως, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι ένα κριτήριο αναθέσεως που δεν συνοδεύεται από επιταγές καθιστώσες δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο της ακρίβειας των στοιχείων που προσκομίζουν οι προσφέροντες αντίκειται στις αρχές του κοινοτικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων.¹⁸³

13. Συνεκτίμηση «Κοινωνικών»¹⁸⁴ Κριτηρίων»

Στην υπόθεση *Beentjes / Staat der Nederlanden*, ανέκυψε κατ' επιφανή ιδωση το ζήτημα εάν το κοινοτικό δίκαιο επιτρέπει τον αποκλεισμό ενός προσφέροντος *λόγω ορισμένων ποιοτικών κριτηρίων που δεν εξειδικεύονται ρητά στην προκήρυξη*.¹⁸⁵ Βέβαια τα κριτήρια αυτά είναι σχετικώς ελλιπή, διότι, όπως παρατήρησε ο γενικός εισαγγελέας Mischo στις προτάσεις που ανέπτυξε στις 11 Ιουνίου 1987 επί υποθέσεων σχετικών με προδικαστικά ερωτήματα που είχε υποβάλει το Conseil d' Etat του Βελγίου¹⁸⁶, τα δικαιολογητικά που απαιτούνταν -στο πλαίσιο των παραδεδεγμένων κριτηρίων- κατά την νομοθεσία αναφέρονται σε ποιοτικά στοιχεία — για παράδειγμα προηγούμενως εκτελεσθέντα έργα, τεχνικά μέσα και τεχνικός εξοπλισμός, μέσο εργατικό δυναμικό της επιχειρήσεως — χωρίς αξιώσεις επιπέδου. Από αυτό προκύπτει ότι, όσον αφορά τέτοιου είδους αξιώσεις, φαίνεται πως **αφήνεται κάποιο περιθώριο στις αναθέτουσες αρχές** ως προς τα παραδεδεγμένα ποιοτικά κριτήρια.¹⁸⁷ Όμως, οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν, αντίθετα από ό,τι προβλεπόταν στην νομοθεσία για τη χρηματοδοτική και οικονομική ικανότητα, τη δυνατότητα να ζητήσουν «άλλα δικαιολογητικά» και επομένως να εφαρμόσουν κριτήρια σχετικά με συμπληρωματικά ποιοτικά στοιχεία μη

¹⁸³ Απόφαση EVN AG, C-448/01, σκέψεις 47-52.

¹⁸⁴ «Στην “Ερμηνευτική ανακοίνωση σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις και τις δυνατότητες ενσωμάτωσης των κοινωνικών παραμέτρων στις δημόσιες συμβάσεις” [COM,2001, 566 final, 15 October 2001] η Ευρωπαϊκή Επιτροπή συζήτησε τη δυνατότητα «ενσωμάτωσης κοινωνικών παραμέτρων» στις δημόσιες συμβάσεις. Όσον αφορά την έννοια των κοινωνικών εκτιμήσεων, η Επιτροπή δηλώνει:

“Η έκφραση «κοινωνικές εκτιμήσεις» που χρησιμοποιείται στην παρούσα ανακοίνωση καλύπτει ένα ευρύ φάσμα θεμάτων και τομέων. Μπορεί να σημαίνει μέτρα για τη διασφάλιση της τήρησης των θεμελιωδών δικαιωμάτων, της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της μη διακριτικής μεταχείρισης (π.χ. μεταξύ ανδρών και γυναικών), της εθνικής νομοθεσίας για τις κοινωνικές υποθέσεις και της εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών στον κοινωνικό τομέα. Η έκφραση «κοινωνικές εκτιμήσεις» καλύπτει επίσης τις έννοιες των προτιμησιακών ρητρών (για παράδειγμα, για την επανένταξη μειονεκτούντων ατόμων ή ανέργων και θετικές ενέργειες ή θετικές διακρίσεις, ιδίως για την καταπολέμηση της ανεργίας και του κοινωνικού αποκλεισμού)». Αναφέρεται στο “Opinion on: Social Criteria in EU Procurement Directives and Dutch Procurement Policy”, Ph. Van den Biesen, 24 Φεβρουαρίου 2006, σελ. 8, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2s8MaWWUHbcJ:www.fern.org/sites/fern.org/files/Social%2520criteria%2520in%2520EU%2520Procurement%2520Directives.doc+&cd=1&hl=el&ct=clnk&gl=gr>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

¹⁸⁵ Υπόθεση *Beentjes*, 31/87, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Marco Darmon της 4^{ης} Μαΐου 1998, σκέψη 21.

¹⁸⁶ Απόφαση της 9ης Ιουλίου 1987 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 27 έως 29/86.

¹⁸⁷ Υπόθεση *Beentjes*, 31/87, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Marco Darmon της 4^{ης} Μαΐου 1998, σκέψη 28.

αναφερόμενα στο εν λόγω κείμενο. Ήδη το Δικαστήριο, στην απόφαση του *Transporoute*¹⁸⁸, της 10ης Φεβρουαρίου 1982, τόνισε τον **περιοριστικό χαρακτήρα των άλλων δικαιολογητικών** εκτός από αυτά που αναφέρονται στην οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα.¹⁸⁹ Επιπλέον, ο Γενικός Εισαγγελέας συνδέει την εισαγωγή των παρεπόμενων ποιοτικών κριτηρίων με την πρόβλεψη των αντίστοιχων δικαιολογητικών: νομίζει, ειδικότερα, ότι, απαιτώντας από τις αναθέτουσες αρχές να ορίζουν στην προκήρυξη ποια δικαιολογητικά πρέπει να προσκομισθούν, η οδηγία τις υποχρέωσε ιδίως να γνωστοποιούν στους εργολήπτες τα ποιοτικά στοιχεία, με άλλα λόγια δηλαδή τα κριτήρια βάσει των οποίων θα ελεγχθεί η καταλληλότητά τους. Επομένως, οι διατάξεις αυτές της εν τω χρόνω εκείνω οδηγίας **απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή ν' αποκλείσει έναν εργολήπτη βάσει ποιοτικών στοιχείων, για τα οποία δεν απαιτήθηκε στην προκήρυξη να προσκομιστούν δικαιολογητικά.** Διαφορετική κρίση θα προκαλούσε κατ' αυτόν, κίνδυνο δημιουργίας ρηγμάτων στο οικοδόμημα της οδηγίας, εσκεμμένης μη τηρήσεως των υποχρεώσεων που επιβάλλει η οδηγία ως προς την αμοιβαία πληροφόρηση των αναθετουσών αρχών και των εργοληπτών.¹⁹⁰ Ο Γενικός Εισαγγελέας προχωρά έτι παραπέρα καθιερώνοντας το σημείο αναφοράς **των άλλων ποιοτικών κριτηρίων.** Ελλείψει αναφοράς περιοριστικού καταλόγου των κριτηρίων αναθέσεως, καθίσταται προφανές ένα κοινό σημείο των κριτηρίων αυτών: πρέπει, όπως τα κριτήρια που αναφέρονται ρητά, ν' αφορούν τα χαρακτηριστικά της υπηρεσίας που πρέπει να παρασχεθεί ή τον τρόπο εκτελέσεως της, ενώ **αποκλείονται κριτήρια αναφερόμενα στον «παρέχοντα την υπηρεσία».** Πιο απλά θα έλεγα ότι τα κριτήρια αναθέσεως **«στην προσφορά που είναι η πιο συμφέρουσα οικονομικά»** αφορούν **το «προϊόν», και όχι τον «παραγωγό», τις ιδιότητες του «έργου» και όχι αυτές του εργολήπτη.**¹⁹¹

Εν προκειμένω, στην υπόθεση *Beentjes*, το μόνο «κριτήριο» που υπήρχε στην προκήρυξη ήταν αυτό που αφορούσε **την ανάγκη απασχολήσεως ορισμένου ποσοστού ανέργων για την εκτέλεση των έργων.** Όμως το κριτήριο αυτό, το οποίο **δεν είχε σχέση με τις ιδιότητες που είναι συμφυείς με το προς εκτέλεση έργο, με την υπηρεσία που πρέπει να παρασχεθεί, με το «προϊόν»,** δεν μπορούσε να ενταχθεί στα κριτήρια για την ανάθεση της συμβάσεως κατά την έννοια της οδηγίας, και επομένως να καταστήσει δυνατό τον αποκλεισμό του προσφέροντος.¹⁹²

Ειδικότερα, ως προς το περιθώριο της αναθέτουσας αρχής να αναζητήσει δικαιολογητικά (ενν. για τα άλλα ποιοτικά κριτήρια), το Δικαστήριο στην απόφαση *Transporoute*, ενόψει, ακριβώς, εθνικών διατάξεων που μετέφεραν ανακριβώς, κατά την έκφραση του γενικού εισαγγελέα Reischl, το άρθρο 29 της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, έκρινε ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να εφαρμόσει τις διατάξεις του άρθρου αυτού, και προφανώς η λύση αυτή προϋποθέτει τη δυνατότητα **απευθείας εφαρμογής των εν λόγω διατάξεων της οδηγίας.** Το Δικαστήριο τόνισε ιδίως ότι: **«ο σκοπός της διατάξεως αυτής, που είναι η προστασία του προσφέροντος**

¹⁸⁸ Υπόθεση 76/81.

¹⁸⁹ Υπόθεση *Beentjes*, 31/87, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Marco Darmon της 4^{ης} Μαΐου 1998, σκέψη 29.

¹⁹⁰ Υπόθεση *Beentjes*, 31/87, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Marco Darmon της 4^{ης} Μαΐου 1998, σκέψη 30.

¹⁹¹ Υπόθεση *Beentjes*, 31/87, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Marco Darmon της 4^{ης} Μαΐου 1998, σκέψη 35.

Σε παρακάτω σκέψη του (σκέψη 37), που εξικνείται από την παρούσα όμως, ο Γεν. Εισαγγελέας διατείνεται:

«Υπό τις συνθήκες αυτές, η τήρηση των δια τάξεων της οδηγίας επιβάλλει να μη συγχέονται τα κριτήρια και να μη λαμβάνονται υπόψη, κατά την ανάθεση του έργου, κριτήρια που αφορούν την καταλληλότητα των εργοληπτών. Δέχομαι κατά τούτο την ανάλυση της Ιταλικής Δημοκρατίας, χωρίς εντούτοις να συμφωνώ μαζί της, όταν προτείνει τον αυστηρό χρονικό διαχωρισμό των δύο φάσεων, δηλαδή του ελέγχου της καταλληλότητας και της αναθέσεως του έργου. Ένα κριτήριο καταλληλότητας δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως κριτήριο αναθέσεως. Εντούτοις δεν νομίζω ότι η οδηγία επιβάλλει να γίνεται η εκτίμηση της καταλληλότητας οριστικώς και αμετακλήτως. Η αναθέτουσα αρχή που πληροφορείται καθυστερημένα ένα λόγο ακαταλληλότητας πρέπει να μπορεί να τον προβάλει «*in extremis*», υπό την επιφύλαξη ότι δεν υπάρχει κατάχρηση εξουσίας ότι η επίκληση αυτή δεν υποκρύπτει άρνηση κανονικής εφαρμογής των κριτηρίων αναθέσεως του έργου.»

¹⁹² Υπόθεση *Beentjes*, 31/87, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Marco Darmon της 4^{ης} Μαΐου 1998, σκέψη 38.

από την αυθαιρεσία της αναθετούσης αρχής, δεν θα ήταν δυνατόν να πραγματοποιηθεί αν είχε αφαιρεθεί στην αρχή η μέριμνα εκτιμήσεως του αν είναι σκόπιμο να ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών».¹⁹³ Η καταληκτική του θέση συνοψίζεται στο ότι οι δημόσιες αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν τις διατάξεις αυτές, χωρίς να μπορούν να επικαλεστούν μία εθνική διάταξη μεταφοράς της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο, η οποία τους παρέχει γενική εξουσία εκτιμήσεως ως προς τον εργολήπτη και την προσφορά του.¹⁹⁴

Το Δικαστήριο υιοθέτησε την αυτή γραμμή τονίζοντας ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να πραγματοποιούν τον έλεγχο της καταλληλότητας των εργοληπτών παρά μόνο βάσει κριτηρίων που στηρίζονται στην οικονομική, χρηματοδοτική και τεχνική τους ικανότητα¹⁹⁵ και ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν μεν να επιλέξουν τα κριτήρια αναθέσεως του έργου που προτίθενται να εφαρμόσουν, η επιλογή όμως αυτή δεν μπορεί να αναφέρεται παρά μόνο στα κριτήρια που αφορούν την εξακρίβωση της προσφοράς που είναι η πιο συμφέρουσα οικονομικά.¹⁹⁶ Βέβαια, για το εν λόγω κριτήριο, το Δικαστήριο έκρινε ότι όσον αφορά τον αποκλεισμό προσφέροντος λόγω της αδυναμίας του να απασχολήσει άτομα που βρίσκονται επί μακρό χρονικό διάστημα σε ανεργία, πρέπει καταρχήν να γίνει δεκτό ότι μια τέτοια προϋπόθεση δεν αναφέρεται ούτε στον έλεγχο της καταλληλότητας των εργοληπτών βάσει της οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας τους, ούτε στα κριτήρια αναθέσεως του έργου. Από την απόφαση της 9ης Ιουλίου 1987, *CEI et Bellini* (27 έως 29/86), προκύπτει ότι μια τέτοια διάταξη, για να συμβιβάζεται προς την οδηγία, πρέπει να συνάδει με όλες τις σχετικές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου και ιδίως με τις απαγορεύσεις που απορρέουν από τις αρχές που θεσπίζει η Συνθήκη, όσον αφορά το δικαίωμα εγκαταστάσεως και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών.¹⁹⁷

Θα λέγαμε επομένως ότι η εν λόγω απόφαση ανοίγει τον δρόμο για την συνεκτίμηση και κοινωνικών κριτηρίων¹⁹⁸ εξαρτώντας τα –όπως θα κάνουν και οι μετέπειτα σημερινές οδηγίες– από την αναγωγή στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Στην κατακλείδα της απόφασης θα διαπιστώσουμε ότι το υπό τον όρο περιθώριο αφήνεται στις αναθέτουσες αρχές να στηρίζονται σε διάφορα κριτήρια για ν' αναθέσουν το έργο βάσει της προσφοράς που είναι η πιο συμφέρουσα οικονομικά, αρκεί ν' αναφέρουν τα κριτήρια αυτά είτε στην προκήρυξη είτε στη συγγραφή υποχρεώσεων. Ειδικότερα, η προϋπόθεση απασχολήσεως ατόμων που βρίσκονται επί μακρό χρονικό διάστημα σε ανεργία είναι σύμφωνη προς την οδηγία, αν δεν δημιουργεί άμεσες ή έμμεσες διακρίσεις σε βάρος των προσφερόντων που προέρχονται από άλλα κράτη μέλη της Κοινότητας. Μια τέτοια πρόσθετη ειδική προϋπόθεση πρέπει υποχρεωτικά ν' αναφέρεται στην προκήρυξη.¹⁹⁹

¹⁹³ Υπόθεση Beentjes, 31/87, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Marco Darmon της 4^{ης} Μαΐου 1998, σκέψη 41.

¹⁹⁴ Υπόθεση Beentjes, 31/87, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Marco Darmon της 4^{ης} Μαΐου 1998, σκέψη 43§3.

¹⁹⁵ Απόφαση Beentjes, 31/87, σκέψη 17.

¹⁹⁶ Απόφαση Beentjes, 31/87, σκέψη 19.

¹⁹⁷ Απόφαση Beentjes, 31/87, σκέψεις 28-29.

¹⁹⁸ Παρ' όλα αυτά, ιστορικά η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υπήρξε απρόθυμη να αποδεχτεί τα μη οικονομικά κριτήρια ανάθεσης. (Βλ. Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις και τις δυνατότητες ενσωμάτωσης των κοινωνικών πτυχών στις δημόσιες συμβάσεις (15.10.2001), COM / 2001/0566 & Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις και τις δυνατότητες ενσωμάτωσης των περιβαλλοντικών πτυχών στις δημόσιες συμβάσεις (05.07.2001), COM / 2001/0274) Αναφέρεται στο "EU Public Procurement Law 2011 – Chapter 4, Incorporation and application of non-economic criteria", A. B. Nielsen, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:g7QRglU7u2AJ:www.bechbruun.com/da/Karriere/Studerende/Studierum/~/_media/Files/Studierum/Anders%2520Birkelund%2520Nielsen/KUPublicProcurementLaw2011Noneconomiccriteriatende.ppt+&cd=1&hl=el&ct=clnk&gl=gr, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

¹⁹⁹ Απόφαση Beentjes, 31/87, σκέψη 45§2.

Παρόμοια ήταν η συλλογιστική στην υπόθεση *Bundesdruckerei*. Συγκεκριμένα, προδικαστικό ερώτημα υπεβλήθη στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ του *Bundesdruckerei GmbH* (στο εξής: *Bundesdruckerei*) και του *Stadt Dortmund* (Δήμος Dortmund, Γερμανία), με αντικείμενο την υποχρέωση που προβλέφθηκε σε συγγραφή υποχρεώσεων δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών του *Stadt Dortmund* προκειμένου να διασφαλιστεί **η καταβολή του κατώτατου μισθού που προβλέπει η νομοθεσία²⁰⁰ του Land (ομόσπονδου κράτους)** της αναθέτουσας αρχής στους εργαζομένους των υπεργολάβων των διαγωνιζομένων, ακόμη και αν οι υπεργολάβοι αυτοί είναι εγκατεστημένοι εντός άλλου κράτους μέλους και οι παροχές που εντάσσονται στο πλαίσιο της εκτελέσεως της οικείας συμβάσεως εκπληρωθούν στο σύνολό τους εντός του κράτους αυτού.²⁰¹ Με έγγραφο της 24ης Ιουνίου 2013, το *Bundesdruckerei* ενημέρωσε τον *Stadt Dortmund* ότι, αν η σύμβαση τού ανετίθετο, οι παροχές που αποτελούσαν αντικείμενο αυτής θα εκτελούνταν εξ ολοκλήρου σε άλλο κράτος μέλος, και ειδικότερα στην Πολωνία, από υπεργολάβο εγκατεστημένο εντός του κράτους αυτού. Με το εν λόγω έγγραφο, επισήμαινε ότι ο ως άνω υπεργολάβος δεν ήταν σε θέση να δεσμευθεί για την τήρηση του κατώτατου μισθού που επιβάλλουν οι διατάξεις του TVgG – NRW, διότι τέτοιος κατώτατος μισθός δεν προβλεπόταν από τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας ή από τη νομοθεσία του προαναφερθέντος κράτους μέλους και διότι, λαμβανομένων υπόψη των εκεί υφιστάμενων βιοτικών συνθηκών, δεν είθιστο να καταβάλλεται τέτοιος κατώτατος μισθός εντός του κράτους αυτού. Υπ’ αυτές τις συνθήκες, το *Bundesdruckerei* ζήτησε από τον *Stadt Dortmund* να του επιβεβαιώσει ότι οι υποχρεώσεις του σημείου 2 του τεύχους ειδικών όρων του διαγωνισμού, που αφορούσε την τήρηση των διατάξεων του TVgG – NRW, δεν ίσχυαν έναντι του υπεργολάβου στον οποίο επρόκειτο να απευθυνθεί. Το *Bundesdruckerei* προσέθετε ότι, κατά την άποψή του, οι ως άνω υποχρεώσεις αντέβαιναν στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Με έγγραφο της 5ης Αυγούστου 2013, ο *Stadt Dortmund* απάντησε ότι δεν μπορούσε να ικανοποιήσει το αίτημα του *Bundesdruckerei*, διότι, ως αναθέτουσα αρχή του Land της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας, ήταν υποχρεωμένος να εφαρμόσει τις διατάξεις του TVgG – NRW και διότι, κατ’ αυτόν, οι εν λόγω διατάξεις δεν μπορούσαν να ερμηνευθούν υπό την έννοια την οποία υποστήριζε το *Bundesdruckerei*. Το *Bundesdruckerei* άσκησε προσφυγή ενώπιον του *Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg* (πρωτοβάθμιο όργανο επίλυσεως διαφορών από διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων της περιφέρειας *Arnsberg*). Προς στήριξη της προσφυγής, **το Bundesdruckerei υποστηρίζει ότι οι ως άνω υποχρεώσεις αποτελούν αδικαιολόγητο περιορισμό της κατοχυρωμένης με το άρθρο 56 ΣΛΕΕ ελεύθερης παροχής υπηρεσιών**, ο οποίος συνεπάγεται πρόσθετη οικονομική επιβάρυνση δυνάμενη να εμποδίσει ή να καταστήσει λιγότερο ελκυστική τη διασυνοριακή παροχή υπηρεσιών από την οικεία επιχείρηση. Ο *Stadt Dortmund* υποστηρίζει ότι η υποχρέωση που επιβάλλεται στους υπεργολάβους να καταβάλουν τον κατώτατο μισθό που προβλέπει το άρθρο 4, παράγραφος 3, του TVgG – NRW είναι σύμφωνη προς το δίκαιο της Ένωσης. Ειδικότερα, τηρούνται εν προκειμένω οι απαιτήσεις που απορρέουν από την απόφαση *Rüffert* (C-346/06), δεδομένου ότι η υποχρέωση αυτή έχει νόμιμο έρεισμα, και συγκεκριμένα στηρίζεται στον TVgG – NRW. Επομένως, **η εν λόγω υποχρέωση μπορεί να επιβληθεί ως ειδικός όρος σχετικός με την εκτέλεση της συμβάσεως**. Εξάλλου, η ανωτέρω νομοθετική υποχρέωση είναι δικαιολογημένη, όπως επισήμανε ο εθνικός νομοθέτης στην αιτιολογική έκθεση του TVgG – NRW, καθόσον διασφαλίζει την καταβολή εύλογης αμοιβής στους

²⁰⁰ Παρόμοιο ήταν το σκεπτικό ερώτημα στην απόφαση *Rüffert* C-346/06: «Υφίσταται αδικαιολόγητος περιορισμός της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών κατά τη Συνθήκη ΕΚ, όταν η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται από τον νόμο να συνάπτει συμβάσεις έργων μόνο με επιχειρήσεις οι οποίες, κατά την υποβολή προσφοράς, αναλαμβάνουν γραπτώς την υποχρέωση να καταβάλλουν στους εργαζομένους τους ως αντάλλαγμα για την εκτέλεση των έργων αυτών τουλάχιστον την αμοιβή που προβλέπει συλλογική σύμβαση ισχύουσα στον τόπο εκπληρώσεως της εν λόγω παροχής;» (σκέψη 16)

²⁰¹ Απόφαση *Bundesdruckerei*, C-549/13, σκέψη 2.

εργαζομένους που απασχολούνται στο πλαίσιο της εκτελέσεως δημοσίων έργων, με αποτέλεσμα να περιορίζεται επίσης η επιβάρυνση των συστημάτων κοινωνικής ασφαλίσεως.²⁰² Το όργανο επιλύσεως της διαφοράς εκτίμησε ότι **ο ως άνω περιορισμός δεν μπορεί να δικαιολογηθεί με βάση τον επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος που συνίσταται στην προστασία των εργαζομένων**. Ειδικότερα, λαμβανομένων υπόψη των μεγάλων αποκλίσεων του κόστους ζωής στα διάφορα κράτη μέλη της Ένωσης, η υποχρέωση καταβολής του προαναφερθέντος κατώτατου μισθού στους εν λόγω εργαζομένους **δεν είναι ικανή να καταστήσει δυνατή την επίτευξη του θεμιτού σκοπού ο οποίος συνίσταται στη διασφάλιση ικανοποιητικής αμοιβής** στο πλαίσιο της εκτελέσεως δημοσίων συμβάσεων των αναθετουσών αρχών του Land Nordrhein-Westfalen ούτε είναι αναγκαία προς τον σκοπό αυτό. Το προβλεπόμενο κατώτατο ωρομίσθιο είναι, από την άποψη πολλών κρατών μελών, σαφώς ανώτερο από αυτό που απαιτείται προκειμένου να διασφαλιστεί η καταβολή αμοιβής που κρίνεται ικανοποιητική σε σχέση με το υφιστάμενο κόστος ζωής στα κράτη αυτά. Επιπλέον, όσον αφορά δημόσιες συμβάσεις που εκτελούνται εξ ολοκλήρου εκτός της γερμανικής επικράτειας, δεν μπορεί να αποκλεισθεί ότι το γενικό συμφέρον που συνδέεται με την προστασία των εργαζομένων μπορεί να έχει ληφθεί υπόψη από νομοθεσία του κράτους μέλους στο οποίο θα εκπληρωθεί η παροχή.²⁰³

Το Δικαστήριο στην καταληκτική του εκτίμηση έπλεξε την σκέψη του²⁰⁴ ως ακολούθως:

- Μολονότι, όπως υποστηρίζει η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης δημόσια σύμβαση προφανώς ενέπιπτε, λόγω αντικειμένου και χρηματικής αξίας, στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18 και ακόμη και αν υποτεθεί ότι οι απαιτήσεις σχετικά με τον κατώτατο μισθό που επιβάλλει το άρθρο 4, παράγραφος 3, του TVgG – NRW μπορούν να χαρακτηριστούν ως **«ειδικοί όροι σχετικά με την εκτέλεση της σύμβασης»**, **ιδίως δε ως «κοινωνικές παράμετροι»**, που **«επισημαίνονται στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων»**, κατά την έννοια του άρθρου 26 της οδηγίας αυτής, γεγονός πάντως είναι ότι, σύμφωνα με όσα ορίζει η τελευταία αυτή διάταξη, **οι εν λόγω απαιτήσεις μπορούν να επιβάλλονται μόνον εφόσον είναι «συμβατές με το κοινοτικό δίκαιο»**.
- Από τα ανωτέρω έπεται ότι, με το προδικαστικό ερώτημά του, το Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg ζητεί κατ' ουσίαν να διευκρινιστεί αν, σε περίπτωση όπως αυτή της υποθέσεως της κύριας δίκης, στην οποία ένας διαγωνιζόμενος προτίθεται να εκτελέσει δημόσια σύμβαση χρησιμοποιώντας αποκλειστικώς εργαζομένους τους οποίους απασχολεί υπερβολάβος εγκατεστημένος εντός κράτους μέλους διαφορετικού από το κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής, το άρθρο 56 ΣΛΕΕ αντιτίθεται στην εφαρμογή ρυθμίσεως του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής που επιβάλλει στον προαναφερθέντα υπερβολάβο την υποχρέωση να καταβάλει στους ως άνω εργαζομένους τον κατώτατο μισθό που ορίζει η εν λόγω ρύθμιση.
- Συναφώς, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι η υποχρέωση καταβολής ορισμένης κατώτατης αμοιβής την οποία επιβάλλει μια εθνική ρύθμιση στους υπερβολάβους διαγωνιζόμενους που είναι εγκατεστημένοι εντός κράτους μέλους διαφορετικού από το κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής και στο οποίο το όριο του κατώτατου μισθού είναι χαμηλότερο, **συνιστά πρόσθετη οικονομική επιβάρυνση η οποία μπορεί να παρεμποδίσει, να παρενοχλήσει ή να καταστήσει λιγότερο ελκυστική την εκπλήρωση της παροχής τους στο κράτος υποδοχής**. Συνεπώς, μέτρο, όπως το επίμαχο στην υπόθεση της κύριας δίκης, μπορεί

²⁰² Απόφαση Bundesdruckerei, C-549/13, σκέψεις 10-14.

²⁰³ Απόφαση Bundesdruckerei, C-549/13, σκέψη 18.

²⁰⁴ Απόφαση Bundesdruckerei, C-549/13, σκέψεις 28-36.

να συνιστά περιορισμό υπό την έννοια του άρθρου 56 ΣΛΕΕ (βλ., επ' αυτού, απόφαση *Rüffert*, σκέψη 37).

- Το μέτρο αυτό μπορεί καταρχήν να χαρακτηριστεί ως δικαιολογημένο με βάση τον σκοπό της προστασίας των εργαζομένων τον οποίο μνημονεύει ρητώς ο νομοθέτης του Land Nordrhein-Westfalen στο σχέδιο νόμου το οποίο ψηφίστηκε στη συνέχεια ως TVgG – NRW, και πιο συγκεκριμένα με βάση τον σκοπό της διασφάλισης της καταβολής ικανοποιητικού μισθού στους εργαζομένους, προκειμένου να αποφευχθεί τόσο το «κοινωνικό ντάμπινγκ» όσο και η δυσμενής μεταχείριση των ανταγωνιστριών επιχειρήσεων που καταβάλλουν στους εργαζομένους τους ικανοποιητικό μισθό.
- Με αυτά τα δεδομένα, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι τέτοιο εθνικό μέτρο, στον βαθμό που εφαρμόζεται μόνον επί δημοσίων συμβάσεων, **δεν είναι ικανό να επιτύχει τον προαναφερθέντα σκοπό**, εφόσον δεν υφίστανται άλλες ενδείξεις βάσει των οποίων να μπορεί να γίνει δεκτό ότι οι εργαζόμενοι που δραστηριοποιούνται στον ιδιωτικό τομέα δεν χρήζουν της ίδιας προστασίας με τους εργαζομένους που δραστηριοποιούνται στο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων (βλ., επ' αυτού, απόφαση *Rüffert*, σκέψεις 38 έως 40).
- Εν πάση περιπτώσει, η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης εθνική ρύθμιση, στον βαθμό που το πεδίο εφαρμογής της καλύπτει περίπτωση όπως η επίμαχη στη διαφορά της κύριας δίκης, στην οποία εργαζόμενοι εκτελούν δημόσια σύμβαση εντός κράτους μέλους διαφορετικού από το κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής και όπου τα όρια του κατώτατου μισθού είναι χαμηλότερα, παρίσταται **δυσανάλογη**.
- Πράγματι, η ως άνω ρύθμιση, καθόσον επιβάλλει, σε μια τέτοια περίπτωση, την καταβολή καθορισμένου κατώτατου μισθού, ο οποίος αντιστοιχεί μεν στον μισθό που απαιτείται προκειμένου να διασφαλίζεται η ικανοποιητική αμοιβή των εργαζομένων εντός του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής σε σχέση με το εκεί υφιστάμενο κόστος ζωής, πλην όμως δεν έχει σχέση με το κόστος ζωής που υφίσταται στο κράτος μέλος εντός του οποίου θα εκπληρωθούν οι σχετικές με την επίμαχη δημόσια σύμβαση παροχές και, ως εκ τούτου, **θα αφαιρούσε από τους υπεργολάβους που είναι εγκατεστημένοι εντός του κράτους μέλους αυτού τη δυνατότητα να αντλήσουν ανταγωνιστικό πλεονέκτημα από τις εκατέρωθεν υφιστάμενες διαφορές των μισθολογικών ορίων, βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για τη διασφάλιση της επιτεύξεως του σκοπού της προστασίας των εργαζομένων**.
- Το επίμαχο στην υπόθεση της κύριας δίκης μέτρο μισθολογικής προστασίας δεν μπορεί επίσης να χαρακτηριστεί ως δικαιολογημένο με βάση τον σκοπό της σταθερότητας των συστημάτων κοινωνικής ασφάλισης. Πράγματι, ούτε υποστηρίχθηκε ούτε μπορεί εξάλλου να υποστηριχθεί ότι η εφαρμογή του μέτρου αυτού επί των εμπλεκόμενων Πολωνών εργαζομένων είναι αναγκαία προκειμένου να αποφευχθεί ο κίνδυνος προκλήσεως σοβαρής βλάβης στην οικονομική ισορροπία του γερμανικού συστήματος κοινωνικής ασφάλισης (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση *Rüffert*, σκέψη 42). Αν οι εργαζόμενοι αυτοί δεν λάμβαναν ικανοποιητικό μισθό και, ως εκ τούτου, εξαναγκάζονταν να αποταθούν στην κοινωνική πρόνοια για να εξασφαλίσουν ένα ελάχιστο επίπεδο αγοραστικής δύναμης, θα είχαν μόνο δικαίωμα σε πολωνικές προνοιακές παροχές. Επομένως, η συνέπεια αυτή δεν θα επιβάρυνε το γερμανικό σύστημα κοινωνικής ασφάλισης.
- Λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των ανωτέρω εκτιμήσεων, το ΔΕΕ είπε ότι στο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, σε περίπτωση όπως αυτή της υποθέσεως της κύριας δίκης, στην οποία ένας διαγωνιζόμενος προτίθεται να εκτελέσει δημόσια

σύμβαση χρησιμοποιώντας αποκλειστικώς εργαζομένους τους οποίους απασχολεί υπεργολάβος εγκατεστημένος εντός κράτους μέλους διαφορετικού από το κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής, το άρθρο 56 ΣΛΕΕ αντιτίθεται στην εφαρμογή ρυθμίσεως του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής που επιβάλλει στον προαναφερθέντα υπεργολάβο την υποχρέωση να καταβάλει στους ως άνω εργαζομένους τον κατώτατο μισθό που ορίζει η εν λόγω ρύθμιση.

Αξιοσημείωτη είναι η καταστατική θεμελίωση²⁰⁵ των κοινωνικών κριτηρίων εν γένει στις συνθήκες της Ε.Ε. ειδικά μετά την Συνθήκη της Λισαβόνας. Γενικότερα όμως, πρέπει να λεχθεί ότι δεν έχει υπάρξει σαφής οριοθέτηση του περιεχομένου του όρου «κοινωνικά κριτήρια», παρά μόνο η σταχυολόγηση της νομολογίας του ΔΕΕ προς αυτήν την κατεύθυνση. Έτσι, όταν κάνουμε λόγο για κοινωνικά κριτήρια θα πρέπει να θεωρούμε ότι αναφερόμαστε σε έναν «εμπεριέχοντα όρο» (απόδοση του “container term”), ο οποίος θα συμφωνήσουμε ότι περιλαμβάνει κάθε είδους δικαιώματα, υποχρεώσεις αλλά και πολιτικούς στόχους στο κοινωνικό πεδίο.²⁰⁶ Ακόμη και η βιβλιογραφία επιχειρηματολογεί υπέρ μιας πιο ευρείας επισκόπησης της νομοθετημένης διαδικασίας των δημοσίων συμβάσεων πέρα από έναν στενό προσανατολισμό επίτευξης ανταγωνιστικότητας και εμπορικής οπτικής και συνδεδεμένης άρρηκτα με την βιώσιμη κοινωνική ανάπτυξη²⁰⁷.

²⁰⁵ «Στη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), όπως τροποποιήθηκε από τη Συνθήκη της Λισαβόνας, ενθαρρύνεται η Ένωση να αναλάβει δράση τόσο στον κοινωνικό όσο και στον περιβαλλοντικό τομέα. Σύμφωνα με το άρθρο 8, η Ένωση επιδιώκει, σε όλες τις δραστηριότητές της, την εξάλειψη των ανισοτήτων και την προώθηση της ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών. Το άρθρο 9 προβλέπει ότι η Ένωση λαμβάνει υπόψη τις απαιτήσεις που συνδέονται με την προώθηση υψηλού επιπέδου απασχόλησης, την εξασφάλιση επαρκούς κοινωνικής προστασίας, την καταπολέμηση του κοινωνικού αποκλεισμού και υψηλού επιπέδου εκπαίδευσης, κατάρτισης και προστασίας της ανθρώπινης υγείας. Από το άρθρο 10 προκύπτει ότι η Ένωση επιδιώκει την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω φύλου, φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού. Τέλος, το άρθρο 11 ορίζει ότι οι απαιτήσεις περιβαλλοντικής προστασίας πρέπει να εντάσσονται στον ορισμό και την εφαρμογή των πολιτικών και των δραστηριοτήτων της Ένωσης, ιδίως με σκοπό την προώθηση της αειφόρου ανάπτυξης. Τα άρθρα αυτά είναι συγκεκριμένες εκφράσεις της γενικής αρχής της συνέπειας, η οποία απαριθμείται στο άρθρο 7 της ΣΛΕΕ, η οποία δηλώνει ότι η Ένωση εξασφαλίζει τη συνοχή μεταξύ των πολιτικών και των δραστηριοτήτων της. Αυτό σημαίνει ότι το σημερινό νομικό πλαίσιο της ΕΕ είναι το αποτέλεσμα μιας συνολικής συμφιλίωσης διαφορετικών συμφερόντων, όχι μόνο μιας έκφρασης του ελεύθερου εμπορίου και του ανταγωνισμού.» Αναφέρεται στο “*Social and Green Clauses in EU Public Procurement Law: The Scope of Discretion*”, Χ. Groussot, σελ. 2, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:

<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/forskning/projekt/2015/social-and-green-clauses.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²⁰⁶ «Παρόλα αυτά, οι κυβερνήσεις μπορούν να προσδιορίζουν τα κοινωνικά κριτήρια περισσότερο καθαρά στην χάραξη της πολιτικής τους [...]». Αναφέρεται στο “*Opinion on: Social Criteria in EU Procurement Directives and Dutch Procurement Policy*”, Ph. Van den Biesen, 24 Φεβρουαρίου 2006, σελ. 23, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2s8MaWWUHbcJ:www.fern.org/sites/fern.org/files/Social%2520criteria%2520in%2520EU%2520Procurement%2520Directives.doc+&cd=1&hl=el&ct=clnk&gl=gr>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²⁰⁷ «Επίσης, η Συνθήκη ΕΚ ή η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου δεν υποστηρίζουν την άποψη ότι η έννοια του «οικονομικού» σε ένα πλαίσιο της ΕΕ πρέπει να ερμηνεύεται ως εμπορική.» Αναφέρεται στο “*Discrimination and equality in public procurement*”, R. Nielsen, σελ. 52, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/filer/pdf/klaw46/discrimination.procurement.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

4. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να έχουν ευρεία διακριτική ευχέρεια να επιλέγουν τις τεχνικές προδιαγραφές και τα κριτήρια ανάθεσης σε σχέση με τις προμήθειες, τις υπηρεσίες ή τα έργα που επιδιώκουν. Οποιαδήποτε αγορά πραγματοποιείται από μια αναθέτουσα αρχή θα έχει προφανώς λειτουργικό στόχο. Για παράδειγμα, μια διοικητική υπηρεσία μεταφορών θα μπορούσε να προχωρήσει στην κατασκευή δρόμων, γεφυρών και υπηρεσιών λεωφορείων για την εκπλήρωση της κυβερνητικής λειτουργίας της διευκόλυνσης των δημόσιων μεταφορών. Ωστόσο, οι δημόσιες συμβάσεις μπορούν επίσης να χρησιμοποιηθούν για την προώθηση της αειφόρου ανάπτυξης μέσω κοινωνικών, περιβαλλοντικών και άλλων κοινωνικών στόχων που δεν συνδέονται απαραίτητα με τα λειτουργικά στοιχεία των δημοσίων συμβάσεων. Όταν λοιπόν έχουμε στόχους ζωτικής σημασίας όπως η προστασία της ανθρώπινης υγείας και ασφάλειας, η προώθηση της ισότητας και της αξιοπρέπειας, η διατήρηση των φυσικών πόρων ή η πρόληψη της αλλαγής του κλίματος, τότε επιδιώκονται οι λεγόμενοι «**οριζόντιοι στόχοι**».²⁰⁸ Μάλιστα, ο Jerry Mashaw αναφέρει ότι: «*Η δίκαιη πρόσβαση στις δραστηριότητες προμήθειας της ομοσπονδιακής κυβέρνησης δεν είναι μόνο μια πτυχή της γενικής πεποίθησής μας ότι όλοι οι πολίτες δικαιούνται ίση μεταχείριση από την κυβέρνηση. Αποτελεί επίσης μέσο προώθησης των κοινωνικών ιδεωδών, όπως είναι οι αυξημένες ευκαιρίες για ιστορικά μειονεκτούσες ομάδες και η διατήρηση ενός ισχυρού τομέα μικρών επιχειρήσεων. Οι δημόσιες συμβάσεις είναι πολύ περισσότερο από την αγορά πραγμάτων για να εκτελεστούν τα καθορισμένα κυβερνητικά καθήκοντα. Οι δημόσιες συμβάσεις πρέπει να συμμορφώνονται με τα βασικά πολιτικά ιδανικά και να παίζουν ρόλο στην κυβερνητική κοινωνική πολιτική επίσης.*»²⁰⁹ Σύμφωνα με τον ίδιο καθηγητή, η δυσπιστία στην δημόσια εξουσία έχει λάβει τον χαρακτήρα αστικής θρησκείας²¹⁰. Προς τούτο, προτείνεται ο παραμερισμός του φόβου προς την διακριτική ευχέρεια αλλά αντίθετα η ενίσχυσή της παράλληλα με την θέσπιση ενός συστήματος βασισμένου σε προστατευτικό πλέγμα γενικών αρχών ενάντια στην απάτη και την διαφθορά. Ένα σύστημα που θα προωθεί την λογοδοσία, αφού οι γραπτές αξιολογήσεις-απαντήσεις της κάθε αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να είναι πάντα αιτιολογημένες αναλυτικά και να παρουσιάζουν ένα *rationale*²¹¹ επαρκές και επαληθεύσιμο για κάθε διοικητική κρίση. Οι δημόσιες συμβάσεις είναι βασικός πυλώνας της χρηστής διακυβέρνησης. Με την επίρρωση της διαφάνειας και την συμπερίληψη της κοινωνίας των πολιτών στις διαδικασίες μπορεί να ενισχυθεί η αξιοπιστία του δημοσίου τομέα σε αυτό το κομμάτι, συναρτήσει πάντα και των

²⁰⁸ Client Earth, «*Distinguishing technical specifications and award criteria on the basis of role, not content*», Μάιος 2012, σελ. 2, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.clientearth.org/reports/role-not-content-distinguishing-technical-specifications-and-award-criteria.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²⁰⁹ J. Mashaw, «*The Fear of Discretion in Government Procurement*», Yale Journal on Regulation, 1991, σελ. 514, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2160&context=fss_papers, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²¹⁰ «*distrust of government operations that is so central to our constitutional heritage as to function almost as a civic religion.*» Αναφέρεται στο «*The Fear of Discretion in Government Procurement*», J. Mashaw, Yale Journal on Regulation, 1991, σελ. 514, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2160&context=fss_papers, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²¹¹ J. Mashaw, «*The Fear of Discretion in Government Procurement*», Yale Journal on Regulation, 1991, σελ. 515, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2160&context=fss_papers, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

επιμέρους ελεγκτικών μηχανισμών.²¹² Επίσης, το στοίχημα και η πρόκληση έγκειται στο να απολυτοποιήσουμε και να ποσοτικοποιήσουμε τα παράλληλα ή όπως τα ονομάσαμε οριζόντια κριτήρια (περιβαλλοντικά, κοινωνικά κ.ο.κ.) μέσα στο αξιολογικό πλαίσιο ώστε να μην υφίσταται καμμία υπόνοια ότι προσβάλλονται η ισότητα και η δικαιοσύνη στην επιλογή.²¹³

Το ζήτημα της διακριτικής ευχέρειας είναι πρωτίστως ένα ζήτημα συνταγματικής φύσης. Διότι η επιτασόμενη λειτουργικότητα της διαδικασίας ανάθεσης –και κατόπιν της εκτέλεσης– είναι απόρροια καταστατικών του δικαίου της Ε.Ε. προβλέψεων-λακτισμάτων που εγγυώνται την ισότητα, τον ανταγωνισμό και την αποτελεσματικότητα. Παρότι λοιπόν, δεν έχουμε μία συνταγματική διάταξη περί αρχής cost-effectiveness²¹⁴, όπως π.χ. η Νότιος Αφρική, είναι διάχυτος ο λειτουργισμός του συνόλου των κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις. Στην Αυστρία μάλιστα, προτείνεται προκειμένου τα ποιοτικά κριτήρια να μην καθίστανται φύλλα συκής (“fig-leaf”), τα κριτήρια τόσο της τιμής όσο και της ποιότητας να βαρύνουν τόσο ώστε να διασφαλίζεται η βέβαιη επιρροή των λειτουργικών χαρακτηριστικών για την εκτίμηση της πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφοράς (“MEAT”).²¹⁵

Τέλος, μεγάλη είναι η συζήτηση για την παραδοσιακή κερκόπορτα του δημοσίου δικαίου και εν προκειμένω της διακριτικής ευχέρειας, που δεν είναι άλλη από την πρόβλεψη εξαιρέσεων για «*επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος*»²¹⁶. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση του μοναδικού προμηθευτή ενός κρίσιμης σημασίας για την ανθρώπινη ζωή φαρμακευτικού σκευάσματος, ο οποίος τυγχάνει να έχει καταδικαστεί για πράξεις διαφθοράς. Οι αναθέτουσες αρχές διατηρούν την ευχέρεια να μην τον αποκλείσουν και να του αναθέσουν την σύμβαση επιτυγχάνοντας μία εξισορρόπηση μεταξύ της καταπολέμησης της διαφθοράς και του πραγματιστικού οράματος της δημόσιας ωφέλειας. Αυτές οι παρεκκλίσεις με τον τρόπο που εισάγονται δικαιολογούν την υπο-αιρετική τους φύση, αφού όλα κρίνονται από τις αξίες στις οποίες προσβλέπουν.²¹⁷ Για του λόγου το αληθές, η Δικαιοσύνη που γνωρίζει το δίκαιο καλείται να επισφραγίσει πάντα την ενασκούμενη διακριτική ευχέρεια.²¹⁸

²¹² J. Gutman, “Is there room for Discretion? Reforming public procurement in a Compliance-oriented World”, The Brookings Institution, 2014, σελ. 22, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Room-for-Discretion_Gutman_FINAL.pdf, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²¹³ J. Gutman, “Is there room for Discretion? Reforming public procurement in a Compliance-oriented World”, The Brookings Institution, 2014, σελ. 10-11, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Room-for-Discretion_Gutman_FINAL.pdf, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²¹⁴ G. Quinot, “The Role of Quality in the Adjudication of Public Tenders”, Potchefstroom Electronic Law Journal, 2014, σελ. 1129, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://scholar.sun.ac.za/handle/10019.1/99898>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²¹⁵ J. Stalzer, “Austria: “Fair procurement”-initiative requires MEAT as sole award criterion for construction contracts”, 17 Φεβρουαρίου 2015, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.schoenherr.eu/publications/publications-detail/austria-fair-procurement-initiative-requires-meat-as-sole-award-criterion-for-construction-cont/>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²¹⁶ Άρθρο 57 παρ. 3 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

²¹⁷ T. M. Arnaiz, “The exclusion of Tenderers in Public Procurement as an anti-corruption mean”, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://www.nispa.org/files/conferences/2008/papers/200804200047500.Medina_exclusion.pdf, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

²¹⁸ E. Manunza-J. Telgen, “Relative scoring mechanisms and the limits of the principles of equal treatment and transparency”, 2017, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3WXnc2x_2QsJ:www.pprc.eu/wp-content/uploads/Manunza-Nottingham-12-june-2017.pptx+&cd=1&hl=el&ct=clnk&gl=gr, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

-κατά σειρά αναφοράς-

1. S. Kelman, “*Procurement and Public Management: The fear of Discretion and the Quality of Government Performance*”, Aei Press, 1990
2. D. Galligan, “*Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*”, Clarendon Press, Oxford, 1990
3. M. Forowicz, “*State Discretion as a Paradox of EU Evolution*”, European University Institute, Florence, Max Weber Programme, EUI Working Paper MWP 2011/27, διαθέσιμο ηλεκτρονικά
εδώ: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18835/MWP_Forowicz_2011_27.pdf?sequence=1&isAllowed=y , τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.
4. J. H. Grey, “*Discretion in Administrative Law*”, Osgoode Hall Law Journal, 17.1, 1979, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2069&context=ohlj>, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.
5. R. M. Levin, “*Administrative Discretion, Judicial Review, and the Gloomy World of Judge Smith*”, Duke Law Journal, 1986, διαθέσιμο εδώ: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.gr/&httpsredir=1&article=2942&context=dlj> , τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
6. G. A. Krause, “*A Positive Theory of Bureaucratic Discretion as Agency Choice*”, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://www.isr.umich.edu/cps/pewpa/archive/archive_00/20000006.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
7. J. Mendes, “*Law and administrative discretion in the EU: value of a comparative perspective*”, διαθέσιμο εδώ: https://law.yale.edu/system/files/area/conference/compadmin/compadmin16_mendes_law.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
8. Ε. Πρεβεδούρου, «*Δέσμια αρμοδιότητα και διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης (Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 28 και 30-3-2016)*», διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.prevedourou.gr> , τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.
9. P.L.M. Lucatuorto, “*Reasonableness in Administrative Discretion: a Formal Model*”, The Journal Jurisprudence, 2010, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.jurisprudence.com.au/juris8/L.pdf> , τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.
10. A. Haque, “*Ethics and Administrative Discretion in a Unified Administration-A Burkean Perspective*”, Administration & Society, τεύχος 35, νούμερο 6, Ιανουάριος 2004, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0095399703256775?journalCode=aasb>, τελευταία επίσκεψη 15/12/2017.
11. H.-S. Kang, “*Administrative Discretion in the Transparent Bureaucracy*”, Public Administration Quarterly, 2005, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.questia.com/library/journal/1P3-947389281/administrative-discretion-in-the-transparent-bureaucracy> , τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
12. Davis, “*Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*”, The University of Chicago Law Review, 1969, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3633&context=uclev>
13. H. L. Molot, “*Administrative Discretion and Current Judicial Activism*”, Ottawa Law Review, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/files/16_11ottawalrev3371979.pdf, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.

14. E. Chong, M. Klien, S. Saussier, “*The Use and Abuse of Discretionary Procurement Procedures: Evidence from the European Union*”, 28 Φεβρουαρίου 2016, Norton Rose Fulbright, διαθέσιμο εδώ: <http://chaire-eppp.org/wp-content/uploads/2016/05/Chong-Klien-Saussier-2016-the-use-and-abuse-of-discretionary-award-procedures.pdf>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
15. “*ECJ opens door to remedial possibilities when contracting authorities aim to exclude on the basis of shady participation requirements (C-27/15)*”, 2016, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/6/2/6e8u9eqwlrn1syez1hbp4dae5dzzex>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
16. “*Justifying the Chevron Doctrine: Insights from the Rule of Lenity*”, Harvard Law Review, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://harvardlawreview.org/2010/06/justifying-the-chevron-doctrine-insights-from-the-rule-of-lenity>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
17. A. Scalia, “*Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*”, Duke Law Journal, 1989, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:
18. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
19. C. Pereira, “*Law-Related Education in Elementary and Secondary Schools. ERIC Digest.*”, ERIC Clearinghouse for Social Studies/Social Science Education Bloomington IN, 1988, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.ericdigests.org/pre-929/law.htm>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
20. G. Ritzer, “*The Weberian Theory of Rationalization and the McDonaldization of Contemporary Society*”, 2007, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://pdfs.semanticscholar.org/3db2/43f52c96cdcf98f022349b35a9a14ffbe61.pdf>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
21. M. V. Kristjánssdóttir, “*Good Administration as a Fundamental Right*”, STJÓRNMÁL & STJÓRNSÝSLA, 2013, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://skemman.is/bitstream/1946/16071/1/a.2013.9.1.12.pdf>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
22. “*On the tricky issue of the interpretation of tender documents, the duty to seek clarification or, at least, allow for remediation of short-comings leading to exclusion of economic operators*” 2016, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/6/2/6e8u9eqwlrn1syez1hbp4dae5dzzex>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
23. Client Earth, “*Identifying Opportunities for Sustainable Public Procurement Briefing Series Briefing No. 3: The guiding principles of public procurement transparency, equal treatment and proportionality*”, Οκτώβριος 2011, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.clientearth.org/reports/procurement-briefing-no-3-guiding-principles-equal-treatment-transparency-proportionality.pdf>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
24. W. Kale, “*Limiting Lianakis: the selection/award dichotomy revisited*”, 27/02/2013, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://publicsectorblog.practicallaw.com/limiting-lianakis-the-selectionaward-dichotomy-revisited/>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
25. “*European Court of Justice case comment - Discriminatory selection criteria and the nature of award criteria - applying the Lianakis ruling in a utilities context: Commission v Greece (C-199/07)*”, Μάιος 2010, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/28364/european-court-of-justice-case-comment-discriminatory-selection-criteria-and-the-nature-of-award-criteria->, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
26. L. Besselink, “*Respecting Constitutional Identity in EU*”, Common Market Law Review, 2012, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/227431>, τελευταία επίσκεψη 16/12/2017.
27. Έγγραφο-απάντηση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 15/03/2016, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.kfst.dk/media/2330/160310-answer-dk-evaluation-methods-1390971.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

28. J. Lavér & O. Larsberger, “*The Art of Identifying “The Most Economically Advantageous Tender” - The Use of Relative Evaluation Models in Public and Utilities Procurement*”, Ιούλιος 2011, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:
<http://whoswholegal.com/news/features/article/29137/the-art-identifying-the-economically-advantageous-tender-use-relative-evaluation-models-public-utilities-procurement/>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
29. J Beresford-Jones, “*New case on award criteria - good news for contracting authorities?*”, Issue 7 / Public Procurement Newsbites, Ιούλιος 2010, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: https://www.mills-reeve.com/files/Publication/98c6f07a-a680-4f83-8a95-5c4faa61280b/Presentation/PublicationAttachment/01edf59f-abd3-4d2a-9388-5cfa4ce45976/Public_Procurement_Newsbits_July_2010_FINAL.pdf, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
30. I. Georgieva, “*Using Transparency Against Corruption in Public Procurement*”, Springer International Publishing AG, 2017, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:i4TLEut-848J:www.springer.com/cda/content/document/cda_downloaddocument/9783319513034-c2.pdf%3FSGWID%3D0-0-45-1603870-p180514619+&cd=1&hl=el&ct=clnk&gl=gr, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
31. “*European Court of Justice case comment - The nature of award criteria and the subsequent stipulation of weightings and sub-criteria: Lianakis v Dimos Alexandroupolis (C-532/06)*”, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:
<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/28949/european-court-of-justice-case-comment-the-nature-of-award-criteria-and-the-subsequent-stipulation-of-weight>, τελευταία επίσκεψη 23/10/2017, άρθρο δημοσιευθέν στην Public Procurement Law Review 2008, 4, NA 128-134.
32. J. Beresford-Jones & R. Smith, “*Northern Ireland Court decides that Lianakis case on selection/award criteria does not apply to the utilities procurement regime*”, 24 Μαΐου 2013, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.mills-reeve.com/lianakis-case>, τελευταία επίσκεψη 23/10/2017.
33. V. Moorcroft, “*Evaluating capability: some bidders are simply more able than others*”, 26 Φεβρουαρίου 2015, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:
<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2015/global/evaluating-capability-some-bidders-are-simply-more-able-than-others>, τελευταία επίσκεψη 23/10/2017.
34. [COM(98) 143 τελικό] της 11ης Μαρτίου 1998.
35. Client Earth, “*Identifying Opportunities for Sustainable Public Procurement Briefing Series Briefing No. 4: Clarifying the Link to the Subject Matter for Sustainable Procurement Criteria*”, Οκτώβριος 2011, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:
<https://www.clientearth.org/reports/procurement-briefing-no-4-clarifying-link-to-the-subject-matter.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
36. P. Kunzlik, “*International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement*”, OECD Journal on Budgeting – Volume 3 – No. 4, 2003, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:
<https://www.oecd.org/gov/budgeting/43494573.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
37. Ph. Van den Biesen, “*Opinion on: Social Criteria in EU Procurement Directives and Dutch Procurement Policy*”, 24 Φεβρουαρίου 2006, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ:
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2s8MaWWUHbcJ:www.fern.org/site/s/fern.org/files/Social%2520criteria%2520in%2520EU%2520Procurement%2520Directives.doc+&cd=1&hl=el&ct=clnk&gl=gr>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
38. Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις και τις δυνατότητες ενσωμάτωσης των κοινωνικών πτυχών στις δημόσιες συμβάσεις (15.10.2001), COM / 2001/0566 &
39. Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις και τις δυνατότητες ενσωμάτωσης των περιβαλλοντικών πτυχών στις δημόσιες συμβάσεις (05.07.2001), COM / 2001/0274

40. A. B. Nielsen, “*EU Public Procurement Law 2011 – Chapter 4, Incorporation and application of non-economic criteria*”, , διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:g7QRglU7u2AJ:www.bechbruun.com/da/Karriere/Studerende/Studierum/~media/Files/Studierum/Anders%2520Birkelund%2520Nielsen/KUPublicProcurementLaw2011Noneconomiccriteriatende.ppt+&cd=1&hl=el&ct=clnk&gl=gr> , τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
41. X. Groussot, “*Social and Green Clauses in EU Public Procurement Law: The Scope of Discretion*”, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/forskning/projekt/2015/social-and-green-clauses.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
42. R. Nielsen, “*Discrimination and equality in public procurement*”, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/filer/pdf/klaw46/discrimination.procurement.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
43. Client Earth, «*Distinguishing technical specifications and award criteria on the basis of role, not content*”, Μάιος 2012, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.clientearth.org/reports/role-not-content-distinguishing-technical-specifications-and-award-criteria.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
44. J. Mashaw, “*The Fear of Discretion in Government Procurement*”, Yale Journal on Regulation, 1991, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2160&context=fss_papers , τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
45. J. Gutman, “*Is there room for Discretion? Reforming public procurement in a Compliance-oriented World*”, The Brookings Institution, 2014, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Room-for-Discretion-Gutman-FINAL.pdf>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
46. G. Quinot, “*The Role of Quality in the Adjudication of Public Tenders*”, Potchefstroom Electronic Law Journal, 2014, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <http://scholar.sun.ac.za/handle/10019.1/99898>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
47. J. Stalzer, “*Austria: “Fair procurement”-initiative requires MEAT as sole award criterion for construction contracts*”, 17 Φεβρουαρίου 2015, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: <https://www.schoenherr.eu/publications/publications-detail/austria-fair-procurement-initiative-requires-meat-as-sole-award-criterion-for-construction-cont/>, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
48. T. M. Arnaiz, “*The exclusion of Tenderers in Public Procurement as an anti-corruption mean*”, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://www.nispa.org/files/conferences/2008/papers/200804200047500.Medina_exclusion.pdf, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.
49. E. Manunza-J. Telgen, “*Relative scoring mechanisms and the limits of the principles of equal treatment and transparency*”, 2017, διαθέσιμο ηλεκτρονικά εδώ: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3WXnc2x_2QsJ:www.pprc.eu/wp-content/uploads/Manunza-Nottingham-12-june-2017.pptx+&cd=1&hl=el&ct=clnk&gl=gr, τελευταία επίσκεψη 17/12/2017.

ΕΥΡΕΤΗΡΙΟ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ

-κατά σειρά αναφοράς-

1. Απόφαση Secretary of State for Educ. And Science v. Tameside Metropolitan Borough Council, (U.K.)
2. Απόφαση Bracherie du Pecheur, C-46/93
3. απόφαση Factortame, C-48/93
4. Απόφαση Raija-Liisa Jokela, C-9/97
5. Απόφαση Laura Pitkaranta, C-118/97
6. Απόφαση Pizzo, C-27/15
7. Pizzo, C-27/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez-Bordona της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016
8. Απόφαση La Cascina, C-226/04
9. Απόφαση Cartiera dell'Adda, C-42/13
10. Απόφαση Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P
11. Απόφαση Manova, C-336/12
12. Απόφαση Επιτροπή κατά CAS Succhi di Fruta, C-496/99 P
13. Απόφαση Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, C-199/07
14. Απόφαση Fabricom, C-21/03 και C-34/03
15. Απόφαση SAG ELV Slovensko, C-599/10
16. Απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας, C-16/98
17. Απόφαση Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά EFSA, T-457/07
18. Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, C-199/07, Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα Eleanor Sharpston της 9^{ης} Ιουλίου 2009
19. Απόφαση Μηχανική ΑΕ, C-213/07
20. Απόφαση Swedish Match, C-210/03
21. Μηχανική ΑΕ, C-213/07, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα M. Poiares Maduro της 8^{ης} Οκτωβρίου 2008
22. Απόφαση Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου, C-473/93
23. Απόφαση Omega, C-36/02
24. Απόφαση Unitron Scandinavia, C-275/98
25. Απόφαση Internationale Handelsgesellschaft, 11/70
26. Απόφαση Medipac -Καζαντζίδης ΑΕ κατά Βενιζέλειου-Πανάνειου (ΠΕ.Σ.Υ. ΚΡΗΤΗΣ), C-6/05
27. Dimarso, C-6/15, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Paolo Mengozzi της 10^{ης} Μαρτίου 2016
28. Απόφαση Dimarso, C-6/15
29. απόφαση eVigilo, C-538/13
30. Απόφαση EVN AG, C-448/01
31. Απόφαση Λιανάκης, C-532/06
32. Απόφαση Varney v. Herfordshire County Council (U.K.)
33. Απόφαση Universale-Bau, C-470/99
34. Απόφαση ΑΤΙ ΕΑC, C-331/04
35. Απόφαση University of Cambridge, C-380/98
36. Απόφαση Renco, T-4/01
37. Αποφάσεις Strabag v Österreichische Bundesbahnen(C-462/03 & C-463/03)
38. Απόφαση Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT) v Österreichische Autobahnen und Schnellstrassen AG, C-315/01
39. Απόφαση Northern Irish Waste Services Ltd v. Northern Ireland Water Ltd & Ors, (U.K.)
40. Απόφαση Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T-387/08

41. Απόφαση Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΚΠΙΝΤ, T-63/06
42. Απόφαση Ambisig, C-601/13
43. Απόφαση Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C-368/10
44. Απόφαση Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά EMSA, C-252/10
45. Απόφαση Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, C-226/09
46. Απόφαση MT Hojgaard & Zublin, C-396/14
47. Απόφαση Concordia Bus Finland, C-513/99
48. Concordia Bus Finland, C-513/99, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2001
49. Απόφαση Beentjes, 31/87
50. Απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας, C-225/98
51. Απόφαση Επιτροπή κατά Δανίας, αποκαλούμενη «Storebaelt», C-243/89
52. Απόφαση Fracasso & Leitschutz, C-27/98
53. Απόφαση Ιταλία κατά Επιτροπής, 13/63
54. Απόφαση Sermide, 106/83
55. Απόφαση Ισπανία κατά Συμβουλίου, 203/86
56. Απόφαση SMW Winzersekt, C-306/93
57. Απόφαση Evans Medical & Macfarlan Smith, C-324/93
58. Απόφαση Ismeri Europa Srl κατά Ελεγκτικού Συνεδρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, C-315/99 P
59. Απόφαση Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94
60. Απόφαση SIAC Construction, C-19/00
61. EVN AG, C-448/01, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jean Mischo της 27^{ης} Φεβρουαρίου 2003
62. Απόφαση Preussen Elektra, C-379/98
63. Beentjes, 31/87, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Marco Darmon της 4^{ης} Μαΐου 1998
64. Απόφαση Transporoute, 76/81
65. Απόφαση Beentjes, 31/87
66. Απόφαση CEI, 27/86
67. Απόφαση Bellini, 29/86
68. απόφαση Rüffert, C-346/06
69. Απόφαση Bundesdruckerei, C-549/13

ΙΣΤΟΤΟΠΟΙ

Η νομοθεσία των Οδηγιών της Ε.Ε. για τις δημόσιες συμβάσεις που μελετήθηκε για την εκπόνηση της παρούσας εργασίας, αντλήθηκε από την ιστοσελίδα της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων:

- http://www.eaadhsy.gr/images/docs/20140226-OdigiaEE_2014_24.pdf

Οι αποφάσεις και οι Προτάσεις των Γενικών Εισαγγελέων του Δικαστηρίου της Ε.Ε. που μελετήθηκαν για την εκπόνηση της παρούσας εργασίας, αντλήθηκαν από την ιστοσελίδα του Δικαστηρίου:

- <https://curia.europa.eu/>

