

ΟΜΙΛΙΑ ΜΕ ΘΕΜΑ
ΠΡΟΚΗΡΥΞΕΙΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΚΑΙ ΣΥΝΑΦΕΙΣ ΣΤΡΕΒΛΩΣΕΙΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ
ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΗ ΗΜΕΡΙΔΑ ΕΜΕΔΙΤΕΚΑ-ΔΣΑ 17/12/2013

Ε.Κ. Σαββίδη, Δικηγόρος, Προϊσταμένη Δ/σης Νομικών Υπηρεσιών Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων

Η απάντηση στο ερώτημα “ποιοι όροι της διακήρυξης μπορούν να οδηγήσουν σε στρέβλωση του ανταγωνισμού” προϋποθέτει αναπόφευκτα το ερώτημα “τι είναι η στρέβλωση του ανταγωνισμού;”. Είναι ένα ερώτημα που θέτουν ή οφείλουν να θέτουν όλοι οι εφαρμοστές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, από το Δημόσιο και τις αναθέτουσες αρχές, κατά τη σύνταξη των διακηρύξεων και των συμβατικών τευχών, τους οικονομικούς φορείς κατά την προάσπιση των συμφερόντων τους ενώπιον των δικαστηρίων, τον δικαστή, κατά την κρίση επί της νομιμότητας των διακηρύξεων και διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, τα πολλαπλά όργανα ελέγχου, μέχρι τα ίδια τα θεσμικά όργανα του πρωταρχικού νομοθέτη του δικαίου αυτού, δηλ. της ΕΕ (όπως η Ε. Επιτροπή κατά την εφαρμογή της διαδικασίας επί παραβάσει και το Δ.Ε.Ε. κατά την εκδίκαση των υποθέσεων δημοσίων συμβάσεων που άγονται ενώπιόν του). Δυστυχώς η απάντηση στο ερώτημα αυτό, πέραν των προφανών νομικών ζητημάτων, εμπλέκει και -συχνά πολύπλοκα- θέματα λειτουργίας της ελεύθερης αγοράς σε συγκεκριμένους τομείς, τα οποία εκφεύγουν συχνά της καθαρά νομικής κρίσης. Θα προσπαθήσω να αποτυπώσω εν συντομία τα σχετικά θέματα όπως περιλαμβάνονται στο ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και έχουν απασχολήσει τη νομολογία των εθνικών και ευρωπαϊκών δικαστηρίων.

Είναι κοινή θέση ότι ο ανταγωνισμός αποτελεί γενική κατευθυντήρια αρχή και βάση στην οποία εδράζεται το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ισχύει τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής όσο και μεταξύ των συμμετεχουσών σε δημόσιο διαγωνισμό επιχειρήσεων. Συμπληρώνεται και ενισχύεται από την αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων και την αρχή της διαφάνειας. Η τελευταία απορρέει από την αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης.¹

Η κεντρική θέση που κατέχει η αρχή του πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στο ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων αποτυπώνεται καταρχήν στις αιτιολογικές σκέψεις των ίδιων των οδηγιών. Θα θυμίσω την αιτιολογική σκέψη (2) της Οδηγίας 2004/18 όπου αναφέρεται ότι “...για δημόσιες συμβάσεις που υπερβαίνουν κάποια αξία, είναι σκόπιμο να εκπονούνται διατάξεις κοινοτικού συντονισμού των εθνικών διαδικασιών για τη σύναψη αυτών των συμβάσεων, οι οποίες να βασίζονται σε αυτές τις αρχές [γενικές αρχές συνθήκης] προκειμένου να διασφαλίζουν τα αποτελέσματά τους και να εγγυώνται το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.” Ομοίως την αιτιολογική σκέψη (29) “Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του δημοσίου θα πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.” Επίσης την αιτιολογική σκέψη (36) “Η ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων απαιτεί τη δημοσιότητα σε κοινοτικό επίπεδο των σχετικών προκηρύξεων που συντάσσουν οι αναθέτουσες αρχές των κρατών μελών.” Και τέλος την αιτιολογική σκέψη (46) “Η ανάθεση της σύμβασης θα πρέπει να πραγματοποιείται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων που εξασφαλίζουν την τήρηση της αρχής της διαφάνειας, της αρχής της αποφυγής των διακρίσεων και της αρχής της ίσης μεταχείρισης και εγγυώνται την αξιολόγηση των προσφορών υπό συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού.”

Πέραν τούτων το Δ.Ε.Ε. (εφεξής Δικαστήριο) σε πολλές περιπτώσεις έχει υπογραμμίσει τον βαρύνοντα ρόλο της αρχής του πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στο δίκαιο των

¹ Βλ. ενδεικτικά Δ.Ε.Ε. απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2007, C-220/06, Asociaci3n Profesional, Συλλογή 2007 σ. I-12175, σκέψη 75, της 13ης Σεπτεμβρίου 2007, C-260/04, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, Συλλογή 2007 σ. I-07083, σκέψη 24 και της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, ANAV, Συλλογή 2006 σ. I-03303, σκέψη 21.

δημοσίων συμβάσεων².

Τέλος στην πρόταση των νέων οδηγιών ο πρωταρχικός αυτός ρόλος της έννοιας του ανταγωνισμού αποτυπώνεται πλέον ρητά στη διάταξη των γενικών αρχών: “Ο σχεδιασμός των συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι συμβάσεις έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αθέμιτη ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.”³

Μετά από αυτές τις εισαγωγικές παρατηρήσεις επιστρέφω στο αρχικό ερώτημα “τι συνιστά στρέβλωση του ανταγωνισμού;” Κάθε περίπτωση που δεν τηρούνται οι διαδικασίες και οι προϋποθέσεις ανάθεσης που προβλέπει το ενωσιακό δίκαιο; Κάθε φορά που η αναθέτουσα αρχή κινείται με κριτήρια διαφορετικά από ό,τι μια ιδιωτική επιχείριση, οπότε ο επιλεγείς οικονομικός φορέας αποκτά ένα αδικαιολόγητο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα; Το ενωσιακό δίκαιο αν και προβλέπει την απαγόρευση των περιορισμών του ανταγωνισμού, ουδόλως ορίζει σε τι συνίστανται οι “ιδεατές” συνθήκες πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού. Η προσέγγιση αυτή αποτυπώνεται και στη νομολογία του Δικαστηρίου.

Στη συνέχεια θα εισέλθω στην παράθεση κάποιων γενικών αρχών αλλά και ειδικότερων περιπτώσεων από τη νομολογία του Δικαστηρίου και των εθνικών δικαστηρίων σχετικά με το θέμα. Καταρχήν επιτρέψτε μου να υπενθυμίσω τη νομική φύση της διακήρυξης, που κατά πάγια νομολογία τόσο του Δικαστηρίου όσο και των εθνικών δικαστηρίων,⁴ αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη και ως εκ τούτου οι όροι της έχουν δεσμευτική ισχύ τόσο για την αναθέτουσα αρχή που διεξάγει το διαγωνισμό όσο και για τους υποψηφίους. Τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, είτε κατά το στάδιο εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα.

Από τη νομολογία του Δικαστηρίου:

Οι υποψήφιοι δεν μπορούν να αποκλειστούν από τις αναθέτουσες αρχές για το λόγο ότι η νομική μορφή τους δεν αντιστοιχεί σε συγκεκριμένη κατηγορία νομικών προσώπων.⁵

Ομοίως δεν επιτρέπεται ο περιορισμός των αναδόχων δημόσιας σύμβασης σε εξαντλητικώς απαριθμούμενα νομικά πρόσωπα του εθνικού δικαίου.⁶

Μέτρα αυτόματου αποκλεισμού των υποψηφίων δεν μπορούν να βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του σκοπού προάσπισης των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου (αρχή αναλογικότητας)⁷

Το ελάχιστο επίπεδο ικανότητας που ορίζει η διακήρυξη πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία του ισολογισμού που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να καθορίσει το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η

2 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 2008, **C-450/06**, Varec, Συλλογή 2008 σ. I-00581, σκέψη 34, της 20ης Οκτωβρίου 2005, **C-264/03**, Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, Συλλογή 2005 σ. I 8852, σκ. 60, της 17ης Αυγούστου 2002, **C-513/99**, Concordia Bus, Συλλογή 2005 σ. I 8852, σκέψη 81, της 7ης Δεκεμβρίου 2000, **C-324/98**, Telaustria και Telefonadress, Συλλογή 2000 σ. I 10745, σκέψη 62, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, **C-470/99**, Universal Bau Συλλογή 2002 σ. I-11617, σκέψεις 89 επ., ιδίως 92 και προαναφερθείσα Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, σκέψη 24, της 19ης Μαΐου 2009, **C-538/07**, Assitur, Συλλογή 2009 σ. I-04219 σκέψη 26, της 7ης Οκτωβρίου 2004, **C-247/02**, Sintesi SpA, Συλλογή 2004 σ. I-9231, σκέψεις 40-42.

3 Άρθρο 15 Πρότασης Οδηγίας ΕΚ και Συμβουλίου για τις δημόσιες συμβάσεις (κείμενο Ιουλίου 2013).

4 πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, **C-496/99P** Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά CAS Succhi di Fruta SpA, Συλλογή 2004 σ. I-03801, σκέψεις 108 επ. και ενδεικτικά ΕΣ VI Τμ. 2779/2009, ΕΣ IV Τμ. 63/2008, 105/2009, ΕΣ Στ' Κλιμ. 88, 169/2009, ΕΣ Τμ. VI 2045/2010, ΕΣ Τμ. VI 137/2007 και 78/2007, ΕΣ Τμ. VI 119/2007.

5 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2007, **C-357/06**, Frigerio Luigi & C. Snc, Συλλογή 2007, σ. I 12313, σκέψεις 21-23.

6 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, σκέψεις 64-70.

7 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 12ης Νοεμβρίου 2009, **C-199/07**, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή 2009 σ. I-10669, σκέψεις 40-45, της 16ης Δεκεμβρίου 2008., **C-213/07**, Μηχανική, Συλλογή 2008 σ. I-09999, σκέψεις 44, 48, 56, 61 και 67 και της 23ης Δεκεμβρίου 2009, **C-376/08**, Serrantoni και Consorzio stabile edili, Συλλογή 2009 σ. I-12169, σκέψεις 31-33 και 37-40, της 14ης Δεκεμβρίου 2004, **C-210/03**, Swedish Match, Συλλογή 2004 σ. I-11893, σκέψη 47, και προαναφερθείσα Assitur σκέψεις 24 και 26-30.

σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και, δεύτερον, το κατώτατο όριο που έχει καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της συμβάσεως, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό⁸.

Ο καθορισμός απαιτήσεως περί ορισμένου ελαχίστου επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν μπορεί καταρχήν να αποκλείεται για τον λόγο και μόνο ότι το επίπεδο αυτό πρέπει να αποδεικνύεται με βάση συγκεκριμένο στοιχείο του ισολογισμού σε σχέση με το οποίο ενδέχεται να υφίστανται διαφορές μεταξύ των νομοθεσιών των κρατών μελών⁹.

Ελλείψει περιορισμών της ελευθερίας εγκαταστάσεως, το στοιχείο της υπάρξεως γραφείου εξυπηρετήσεως του κοινού στην πρωτεύουσα της επαρχίας στην οποία θα παρέχεται η υπηρεσία δεν αποτελεί σοβαρό κώλυμα για τους αλλοδαπούς επιχειρηματίες. Το Δικαστήριο δέχθηκε μεν ότι τα συγκεκριμένα στοιχεία της προκήρυξης σκοπούν στην προστασία της ζωής και της υγείας των ασθενών, αλλά έκρινε ότι η προϋπόθεση ύπαρξης του γραφείου αυτού κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς είναι προδήλως δυσανάλογη προς τον προαναφερθέντα σκοπό και επεσήμανε την ύπαρξη του ελάχιστου προαπαιτούμενου για παροχή υπηρεσίας τεχνικής υποστήριξης διαθέσιμης 24 ώρες το 24ωρο και 7 ημέρες την εβδομάδα, η οποία θα συμβάλλει με μέσα που περιορίζουν λιγότερο την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στην εκπλήρωση του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι στην αποτροπή του κινδύνου για τη ζωή και την υγεία των ασθενών σε περίπτωση προβλήματος στη λειτουργία ή χρήση του εξοπλισμού¹⁰.

Επιτρεπτή η σώρευση ικανοτήτων τρίτων για την πλήρωση των ελάχιστων ικανοτήτων που θέτει η προκήρυξη (δάνεια εμπειρία)¹¹.

Η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση να αναφέρει στην προκήρυξη, όλα τα κριτήρια για την ανάθεση του έργου καθώς και τη σχετική τους σημασία¹².

Η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να εφαρμόζει υποκριτήρια για τα κριτήρια αναθέσεως που δεν είχαν προηγουμένως γνωστοποιηθεί στους υποψηφίους¹³.

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη συνεκτίμηση κριτηρίων συνδεόμενων με την προστασία του περιβάλλοντος για το λόγο και μόνο ότι η ανήκουσα στον αναθέτοντα φορέα επιχείρηση μεταφορών συγκαταλέγεται μεταξύ των ελάχιστων επιχειρήσεων που έχουν τη δυνατότητα να προτείνουν υλικό που πληροί τα εν λόγω κριτήρια¹⁴.

Τα προσδιοριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή κριτήρια συνάψεως πρέπει να συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως και να εφαρμόζονται αδιακρίτως σε όλες τις προσφορές¹⁵.

Τα κριτήρια ανάθεσης είναι αντικειμενικά ώστε να διασφαλίζεται η αντικειμενική σύγκριση και αξιολόγηση των προσφορών υπό συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού. Τέτοια περίπτωση δεν συντρέχει όταν τα κριτήρια παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής¹⁶.

Ένα κριτήριο ανάθεσης που αφορά αποκλειστικά την ποσότητα ηλεκτρικής ενέργειας από

8 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, C-218/11, Edukönvizig και Hochtief Construction, αδημοσίευτη, σκέψεις 27-29.

9 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα (18) Edukönvizig και Hochtief Construction, σκέψεις 30-31.

10 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-299/02, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, Συλλογή 2004 σ. I-09761, σκέψη 15, και της 9ης Νοεμβρίου 2006, C-433/04, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 2006 σ. I-10653 σκέψη 28, προαναφερθείσα Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψεις 42-45, της 27ης Οκτωβρίου 2005 και C-234/03, Contse κλπ., Συλλογή 2005 σ. I 9317, σκέψεις 25,49.

11 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, αδημοσίευτη, σκέψεις 29 επ.

12 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα Universale-Bau κ.λπ., σκέψεις 97 και 98.

13 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2008, C- 532/06, Lianakis κ.λπ., Συλλογή 2008 σ. I-00251, σκέψεις 34 έως 38 και ΣτΕ 798/2009, 4024, 1794/2008, 3497/2006.

14 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα Concordia Bus Finland, σκέψεις 85,86.

15 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα Concordia Bus Finland, σκέψη 83 και της 24ης Νοεμβρίου 2005 C-331/04, ATI EAC κ.λπ., Συλλογή 2005 σ. I-10109, σκέψεις 21-23.

16 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα Concordia Bus Finland, σκέψη 61 και της 10ης Μαΐου 2012 C-368/10, Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, αδημοσίευτη, σκέψη 87.

ανανεώσιμες πηγές που υπερβαίνει την αναμενόμενη στο πλαίσιο της υπό ανάθεση σύμβασης ετήσια κατανάλωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνδέεται με το αντικείμενο της συμβάσεως¹⁷.

Τα κριτήρια ανάθεσης πρέπει να έχουν διατυπωθεί κατά τρόπο που να παρέχει σε όλους τους διαγωνιζομένους που είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια τη δυνατότητα να γνωρίζουν το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων και επομένως να τα ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο¹⁸.

Ένα κριτήριο ανάθεσης που δεν συνοδεύεται από επιταγές καθιστώσες δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο της ακρίβειας των στοιχείων που προσκομίζουν οι προσφέροντες αντίκειται στις αρχές του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων (ίση μεταχείριση, διαφάνεια, αντικειμενικότητα)¹⁹.

Όσον αφορά κριτήριο ανάθεσης που ευνοεί προσφορές εταιρειών που διαθέτουν ιδιόκτητες εγκαταστάσεις παραγωγής, συσκευασίας και εμφιαλώσεως εντός ακτίνας 1.000 χλμ από την πρωτεύουσα της επαρχίας το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι μολονότι η γεωγραφική ζώνη βρίσκεται σε ακτίνα 1000 χιλιομέτρων από τις επίμαχες επαρχίες και περιλαμβάνει, πέραν του ισπανικού εδάφους, ολόκληρο το πορτογαλικό έδαφος, ωστόσο καλύπτει μέρος μόνον του γαλλικού εδάφους και αποκλείει το σύνολο σχεδόν των κρατών μελών, οπότε οι εγκαταστάσεις που, όπως εν προκειμένω, βρίσκονται στο Βέλγιο ή στην Ιταλία δεν εμπίπτουν στη συγκεκριμένη περιοχή. Επίσης διαπίστωσε ότι το κριτήριο των 1.000 χλμ δεν αποδείχθηκε ότι μπορεί να διασφαλίσει την εκπλήρωση του σκοπού της ασφάλειας εφοδιασμού επισημαίνοντας ότι αφενός, ότι το οξυγόνο που παράγεται στις εγκαταστάσεις παραγωγής παραδίδεται στα κέντρα εξαερίωσης για να εμφιαλωθεί, και, αφετέρου, ότι στα κέντρα αυτά υπάρχει επαρκές απόθεμα ασφαλείας πλήρων φιαλών προς αντιμετώπιση περιπτώσεων βλάβης, παύσεως της λειτουργίας για τεχνικούς λόγους ή επείγουσας ανάγκης, προκειμένου να εξασφαλίζεται η προμήθεια οξυγόνου για δεκαπέντε τουλάχιστον ημέρες²⁰.

Απαγόρευση συμπερίληψης προδιαγραφών που έχουν ως αποτέλεσμα να ευνοούνται συγκεκριμένα προϊόντα^{21,22}.

Όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής του διαγωνισμού πρέπει να είναι διατυπωμένοι με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ώστε, αφενός, να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, 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 σύμβαση²³.

Πρόταση νέων οδηγιών:

Στην πρόταση των νέων οδηγιών²⁴ η αθέτηση υποχρεώσεων καταβολής φόρων και κοινωνικής

17 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003 σ. I-14527, σκέψεις 68, 70 και προαναφερθείσα (22) Contse κλπ., σκέψη 71.

18 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα EVN και Wienstrom, σκέψεις 56-58 και προαναφερθείσα Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκέψη 88.

19 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα EVN και Wienstrom, σκέψεις 56-58 και προαναφερθείσα Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκέψη 52.

20 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα Contse κλπ., σκέψεις 59, 61, 65.

21 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-328/96, Επιτροπή κατά Αυστρίας, Συλλογή 1999 σ. I 7503, σκέψη 68.

22 Η απαγόρευση χρήσης τεχνικών προδιαγραφών που εισάγουν διακρίσεις και αναφοράς σε συγκεκριμένα προϊόντα, η οποία θεσπίζεται ρητά στα σχετικά άρθρα των Οδηγιών (αρ. 23 Οδηγίας 2004/18 -αρ. 53 πδ 60/2007- και αρ. 34 Οδηγίας 2004/17 -αρ. 26 π.δ. 59/2007), αναφέρεται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην πρόσφατη έκθεση αξιολόγησης της ευρωπαϊκής νομοθεσίας των δημοσίων συμβάσεων ως μία από τις τρεις θεμελιώδεις αρχές αυτής της νομοθεσίας (μαζί με την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης).

23 βλ., ιδίως, Δ.Ε.Ε., προαναφερθείσες Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά CAS Succhi di Fruta SpA, σκέψη 111 και Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκέψη 109.

24 Άρθρο 55 παρ. 2 Πρότασης Οδηγίας ΕΚ και Συμβουλίου για τις δημόσιες συμβάσεις (κείμενο Ιουλίου 2013).

ασφάλισης καθίστανται υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού (με κάποιες δυνατότητες απόκλισης). Επίσης η νομολογία για την αναλογικότητα τόσο των ελάχιστων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής όσο και των κριτηρίων ανάθεσης (και η στάθμιση αυτών) με το αντικείμενο της σύμβασης αποτυπώθηκε και στην πρόταση των νέων οδηγιών²⁵. Ομοίως προβλέφθηκε ανώτατο όριο απαιτούμενου κύκλου εργασιών το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης²⁶.

Από τη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων:

Προκειμένου για έργα με ιδιαίτερο χαρακτήρα, δηλαδή με μη σύνηθες είδος και πολυπλοκότητα, είναι, κατά νόμο, δυνατόν να προστίθενται, κατ' εξαίρεση, στην οικεία διακήρυξη και ιδιαίτεροι όροι, προσαρμοσμένοι στην ιδιαιτερότητα του έργου. Η προσθήκη, όμως, των όρων αυτών πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς, με αναφορά των συγκεκριμένων λόγων για τους οποίους το έργο δεν μπορεί να αναληφθεί, εν όλω ή εν μέρει, από οποιαδήποτε εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη στην αντίστοιχη τάξη κατηγορία έργων του ΜΕΕΠ, αλλά πρέπει, κατ' εξαίρεση, να αναληφθεί από επιχείρηση με ιδιαίτερες τεχνικές ικανότητες ή συγκεκριμένη εμπειρία. Μόνο με την ειδική αυτή αιτιολόγηση μπορεί να δικαιολογηθεί ο περιορισμός του κύκλου των ανταγωνιζομένων επιχειρήσεων, τον οποίο συνεπάγεται η προσθήκη των εν λόγω ειδικών όρων, καθώς και οι εντεύθεν κίνδυνοι έμμεσου προσδιορισμού συγκεκριμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων, οι οποίες, μόνες αυτές, κατά περιορισμό του ανταγωνισμού στο οικείο πεδίο δύνανται να αναλάβουν το έργο. Με τον ίδιο τρόπο πρέπει, ειδικότερα, να αιτιολογείται και η προσθήκη απαιτήσεως συγκεκριμένης εμπειρίας, ως όρου για την ανάληψη παρόμοιου έργου, δεδομένου ότι η προσθήκη αυτή μπορεί να οδηγήσει στην δημιουργία περιορισμένου παγίου κύκλου εργοληπτών και την παρεμπόδιση της εισόδου νέων εργοληπτών στον κλάδο, κατά παραγνώριση θεμελιωδών αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού. Κρίση του δικαστηρίου ότι μη νομίμως με την διακήρυξη τέθηκαν οι επιπρόσθετες απαιτήσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό²⁷.

Η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και η υποβολή ψευδών δηλώσεων δύνανται να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου, εφόσον, κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, επηρεάζεται εξ αυτών η φερεγγυότητα και αξιοπιστία αυτού. Εν προκειμένω, ο Αντιπρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος της αιτούσας υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει διαπράξει επαγγελματικό παράπτωμα και δεν είναι ένοχος ψευδών δηλώσεων. Ωστόσο, περιήλθε εις γνώση της Επιτροπής του Διαγωνισμού ότι ο εν λόγω καταδικάσθηκε αμετακλήτως για το αδίκημα της συκοφαντικής δυσφήμισης, το οποίο διέπραξε στα πλαίσια ετέρου δημοσίου διαγωνισμού. Διέπραξε, δηλαδή, σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα συναφές με το αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού και σε άμεση σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα, το οποίο μάλιστα απέκρυψε στην δήλωσή του και, επομένως, επηρεάζεται εξ όλων αυτών η φερεγγυότητα και επαγγελματική αξιοπιστία της αιτούσας εταιρείας. Η κρίση, λοιπόν, της αναθέτουσας αρχής φαίνεται νομίμως και επαρκώς αιτιολογημένη, ενώ ευλόγως θεώρησε ότι η φερεγγυότητα και αξιοπιστία του υποψηφίου αναδόχου κρίνεται όχι μόνο κατά την εκτέλεση της συμβάσεως, αλλά και ενόψει της συμμετοχής του σε διαγωνιστικές διαδικασίες, που αποτελεί μέρος της επαγγελματικής του δραστηριότητας²⁸.

Σε έργο προϋπολογισμού 10.071.190,46 ευρώ ότι, ο όρος περί ύπαρξης πιστοληπτικής ικανότητας ύψους τουλάχιστον 3.000.000 ευρώ δεν εισάγει αδικαιολόγητο περιορισμό στην άσκηση του δικαιώματος συμμετοχής των προτιθέμενων να συμμετάσχουν στην υπό κρίση διαδικασία επιχειρήσεων, περιορίζοντας ούτως τον ανταγωνισμό, αφού αποσκοπεί στη συμμετοχή εύρωστων οικονομικά υποψηφίων αναδόχων, ικανών να αντεπεξέλθουν στις υποχρεώσεις της προς ανάθεση σύμβασης²⁹.

25 Άρθρο 56 παρ. 1, 66 παρ. 2α, 4 και 5 Πρότασης Οδηγίας ΕΚ και Συμβουλίου για τις δημόσιες συμβάσεις (κείμενο Ιουλίου 2013).

26 Άρθρο 56 παρ.3 Πρότασης Οδηγίας ΕΚ και Συμβουλίου για τις δημόσιες συμβάσεις (κείμενο Ιουλίου 2013).

27 ΣτΕ 408/2011 ΑΣΦ.

28 ΣτΕ ΕΑ 403/2010 πρβλ. ΣτΕ 3468/2008.

29 ΕΣ Τμήμα VI Πράξη 106/2007.

Νόμιμος ο όρος διακήρυξης για ύψος μέσου ετήσιου κύκλου εργασιών προς απόδειξη χρηματοοικονομικής επάρκειας περίπου 8.000.000 ευρώ (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 4.756.772 ευρώ υπηρεσίες καθαριότητας). ο όρος αυτός δεν φαίνεται ασύνδετος και δυσανάλογος προς το αντικείμενο της προς ανάθεση συμβάσεως, αφ' ενός μεν εν όψει της εκτάσεως των εγκαταστάσεων που πρόκειται να καθαρίζονται, αφ' ετέρου δε εν όψει του ύψους του προϋπολογισμού της συμβάσεως. Δικαιολογείται δε και από λόγο δημοσίου συμφέροντος, συνισταμένου στην απαίτηση να είναι εκ των προτέρων εξασφαλισμένη η δυνατότητα του μελλοντικού αναδόχου να διενεργεί εξ ιδίων, με τρόπο προσήκοντα και έγκαιρο, τις πληρωμές προς τρίτους -και ιδίως προς τους εργαζομένους- κατά τα χρονικά διαστήματα που μεσολαβούν μεταξύ των τμηματικών καταβολών της αμοιβής του από τον Οργανισμό³⁰.

Νόμιμος ο όρος διακήρυξης για την ελάχιστη τεχνική ικανότητα που απαιτούσε "Οι διαγωνιζόμενοι,θα πρέπει να διαθέτουν (επί ποινή αποκλεισμού) οι ίδιοι, εμπειρία στην εκτέλεση παρόμοιων έργων (έργα δικτύων πυρόσβεσης, σε Αρχαιολογικούς Χώρους, σε υπαίθριους χώρους συγκεντρώσεως κοινού, σε εγκαταστάσεις πετρελαιοειδών, που περιλαμβάνουν εκτοξευτήρες νερού, πυροσβεστικές φωλεές, πυροσβεστικούς κρουνοί και σύστημα αυτόματου ηλεκτρονικού ελέγχου), που έχουν περαιωθεί ή παραληφθεί προσωρινά ή οριστικά κατά την τελευταία πενταετία, συνολικού προϋπολογισμού ανά παρόμοιο έργο τουλάχιστον 500.000,00 ευρώ με Φ.Π.Α." (σε διακήρυξη προϋπολογισμού 2.000.000 με ΦΠΑ). Δεν προκύπτει ότι με τον όρο της διακήρυξης, περιορίζεται ανταγωνισμός ούτε η αιτούσα προσδιορίζει κατά τρόπο συγκεκριμένο σε συνίσταται ο περιορισμός του ανταγωνισμού στην περίπτωση αυτή. Αυτό δε λαμβανομένου υπόψη ότι το υπό εκτέλεση έργο - πυροπροστασία σε Αρχαιολογικό Χώρο παρουσιάζει ιδιομορφίες και απαιτεί ιδιαίτερη προσοχή και ότι με τη συμπερίληψη στη διακήρυξη όρων αναγκαίων, κατά την αιτιολογημένη εκτίμηση της υπηρεσίας, τους οποίους όμως είναι ενδεχόμενο να μην πληρούν ορισμένοι υποψήφιοι ανάδοχοι με συνέπεια να υπάρχει αδυναμία συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζονται από αυτό και μόνο, άνευ ετέρου, οι κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι πρόσθετοι όροι περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων³¹. Ο ισχυρισμός ότι ο ανωτέρω όρος είναι φωτογραφικός και ευνοούνται συγκεκριμένες εταιρείες, απορρίπτεται ως αόριστος αφού δεν κατονομάζονται αυτές³².

Όταν ως κριτήριο αναθέσεως επιλέγεται το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, η προσφορά αξιολογείται επί τη βάση επί μέρους κριτηρίων, τα οποία ποικίλλουν αναλόγως του αντικείμενου της συμβάσεως. Η σχετική απαρίθμηση των κριτηρίων στην οδηγία 2004/18/EK και το πδ 60/07 είναι ενδεικτική, καταλείπεται δε στην αναθέτουσα αρχή η ευχέρεια να επιλέγει τα ειδικότερα κριτήρια, τα οποία θα χρησιμοποιήσει για την αξιολόγηση των προσφορών. Η επιλογή, όμως, των επί μέρους κριτηρίων αναθέσεως δεν δύναται να αναφέρεται παρά μόνον εις τα κριτήρια, τα οποία είναι πρόσφορα προς εξεύρεση της πλέον συμφέρουσας προσφοράς. Όταν δια των τεχνικών προδιαγραφών διακηρύξεως διαγωνισμού προμήθειας ιατροτεχνολογικών ειδών ζητείται τα προς προμήθεια είδη να διαθέτουν τεχνικές εγκρίσεις και να ανταποκρίνονται σε τεχνικά συστήματα αναφοράς (πρότυπα), εκπονούμενα από οργανισμούς τυποποιήσεως, δια των οποίων τίθενται τα ελάχιστα αναγκαία χαρακτηριστικά των υπό προμήθεια ειδών, η περαιτέρω απαίτηση της διακηρύξεως να κατατεθεί επί ποινή αποκλεισμού για το προσφερόμενο είδος πελατολόγιο και μάλιστα δημοσίων νοσοκομείων υπό μορφή καταλόγου των πελατών του διαγωνιζομένου, αποτελεί όρο, ο οποίος θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό, εφόσον οδηγεί σε αποκλεισμό ειδών, τα οποία, καίτοι πληρούν όλες τις τεχνικές προδιαγραφές και διαθέτουν τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις των αρμοδίων οργανισμών, δεν διαθέτουν ακόμη πελατολόγιο και μάλιστα με δημόσια νοσοκομεία³³. Η επίδικη ρύθμιση της διακήρυξης, η οποία απαιτεί να έχει

30 ΣτΕ ΕΑ 260/2011.

31 πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 303/2007, 927/2008.

32 ΔΕΦ ΑΘ ΑΝΑΣΤ 318/2011.

33 ΣτΕ ΕΑ 573/2009.

καταστεί το προσφερόμενο μηχάνημα αντικείμενο προμήθειας σε δημόσια ή πανεπιστημιακά νοσοκομεία και, περαιτέρω, καθιστά το πελατολόγιο κριτήριο εξεύρεσης της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό και αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης. Η απαίτηση υποβολής τέτοιου πελατολογίου δεν βρίσκει έρεισμα ούτε στο άρθρο 46 του ΠΔ 60/2007, το οποίο ρυθμίζει τα σχετικά με τις απαιτούμενες τεχνικές ικανότητες των υποψηφίων και τον τρόπο απόδειξής τους. Οι δύο ανωτέρω όροι της επίδικης διακήρυξης είναι παράνομοι και πρέπει να ακυρωθούν. Ακύρωση διακήρυξης σύμφωνα με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων προμηθειών³⁴.

Όταν οι προδιαγραφές παραπέμπουν σε επίσημα πρότυπα η επιπρόσθετη απαίτηση πελατολογίου μόνο με δημόσια νοσοκομεία πλήττει τον ανταγωνισμό³⁵.

Επειδή, σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας, οι οποίες διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και κατοχυρώνονται ήδη ρητώς στο άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, όταν η αναθέτουσα αρχή επιλέγει ως κριτήριο αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως το προβλεπόμενο στο άρθρο 53 της αυτής οδηγίας κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, οφείλει, προκειμένου να διασφαλισθούν συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού, να οργανώσει κατά τέτοιο τρόπο τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να καταστεί απολύτως αδύνατος ο επηρεασμός της αξιολογήσεως των τεχνικών προσφορών από το ύψος των οικονομικών προσφορών³⁶.

Κατά συνέπεια, διατάξεις Διακηρύξεως, οι οποίες δεν διασφαλίζουν πλήρως ότι η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών διενεργείται και περατώνεται σε χρόνο κατά τον οποίον δεν έχουν ακόμη αποσφραγισθεί οι οικονομικές προσφορές ή διατάξεις Διακηρύξεως, οι οποίες επιτρέπουν έστω και τον έμμεσο ή κατά προσέγγιση προσδιορισμό του ύψους των οικονομικών προσφορών προ της αποσφραγίσεώς τους, είναι ανίσχυρες ως αντικείμενες στις ανωτέρω θεμελιώδεις αρχές³⁷.

Η θέσπιση στη διακήρυξη προδιαγραφών αναγκαίων κατά την εκτίμηση της υπηρεσίας, τις οποίες, είναι ενδεχόμενο να μην πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών, δεν παραβιάζει, αυτή και μόνη, τους κανόνες του ανταγωνισμού, αφού από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων³⁸.

Μη νόμιμη διαδικασία ανάθεσης δημοσίου έργου, καθόσον μη νομίμως περιλήφθηκε στη διακήρυξη όρος, με τον οποίο προσδιορίζεται και κατονομάζεται συγκεκριμένος τύπος προϊόντος, του οποίου η χρήση απαιτείται για τις εργασίες μόνωσης, που αποτελούν το κύριο αντικείμενο του ελεγχόμενου έργου, χωρίς έστω να χρησιμοποιηθεί ο όρος «ή ισοδύναμο», λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι πρόκειται για είδος το οποίο υπόκειται σε ανταγωνισμό στην αγορά, αποτρέποντας έτσι υποψηφίους από την υποβολή προσφορών, οι οποίοι θα χρησιμοποιούσαν ισοδύναμα υλικά και περιορίζοντας έτσι τον ανταγωνισμό³⁹.

Περαιτέρω τα εθνικά δικαστήρια έχουν αποφανθεί ότι δεν αρκεί μόνο η ύπαρξη αντίφασης μεταξύ των όρων του διαγωνισμού και του ισχύοντος νομικού καθεστώτος, για την επιτρεπτή ματαίωση αυτού, αλλά απαιτείται και η επέλευση εν τοις πράγμασι αποτελεσμάτων περιορισμού ή επηρεασμού του ανταγωνισμού από την αντίφαση αυτή. Στην υπό κρίση υπόθεση δεν περιορίσθηκε ή επηρεάσθηκε ο ανταγωνισμός για τους κάτωθι λόγους: α. όσοι από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό αποκλείσθηκαν, αυτό συνέβη για λόγους άσχετους με την επίμαχη αντίφαση, β. οι υποβληθείσες προσφορές από τις αιτούσες εταιρίες ήταν σύμφωνες με τις τεχνικές προδιαγραφές τόσο της Διακήρυξης του διαγωνισμού, όσο και της εφαρμοστέας υπουργικής απόφασης, γ. προ της

34 ΣτΕ 1135/2010.

35 ΣτΕ ΕΑ 491/2009.

36 ΣτΕ 2283/2006, 1452/2000, 2478/1997, ΣτΕ ΕΑ 1234/2007, 599/2007, 374/2007, 21/2006, 44/2005, 51/2002.

37 ΣτΕ 326/2008.

38 ΣτΕ ΕΑ 691/2009, ΣτΕ ΕΑ 829/2009, ΣτΕ 1105/2010, ΣτΕ ΑΣΦ 2/2011.

39 ΕΣ Κλ. Ε 64/2010.

διεξαγωγής του διαγωνισμού δεν ζητήθηκαν από τους ενδιαφερόμενους διευκρινήσεις σχετικά με το εξεταζόμενο ζήτημα, δ. στον επίδικο διαγωνισμό έλαβαν μέρος σχεδόν όλες οι δραστηριοποιούμενες στην Ελλάδα στον αντίστοιχο τομέα επιχειρήσεις, ε. η αντίφαση μπορούσε ευχερώς να αρθεί με τη χρήση των συνήθων ερμηνευτικών των κανόνων δικαίου μεθόδων, δηλαδή εν προκειμένω με τον παραμερισμό των προβλέψεων των πινάκων της διακήρυξης του διαγωνισμού, δεδομένου ότι αυτές ήταν αντίθετες τόσο προς τις σαφώς διατυπωμένες τεχνικές προδιαγραφές της διακηρύξεως, όσο και προς τη σχετική κανονιστική υπουργική απόφαση⁴⁰.

Η διακήρυξη δεν μπορεί να περιέχει όρους αντίθετους με άλλους κανόνες δικαίου ή με γενικές αρχές όπως αυτή του ανταγωνισμού και της διαφάνειας στην ανάληψη και εκτέλεση των δημοσίων υπηρεσιών. Κριτήρια, προκειμένου να θεωρηθεί νόμιμος ο όρος περί παρατάσεως της συμβάσεως είναι: α) να αναφέρεται σε υπηρεσίες ίδιες με αυτές της αρχικής συμβάσεως, των οποίων η παροχή γίνεται υπό τους ίδιους ακριβώς με της αρχικής συμβάσεως, όρους -συμπεριλαμβανομένου του τιμήματος, χωρίς δυνατότητα προσαυξήσεων- και β) η διάρκειά της να μην εκτείνεται σε τέτοιο βαθμό ώστε, λαμβανομένου υπόψη του χρόνου ισχύος της αρχικής συμβάσεως, αλλά και του είδους των εκάστοτε παρεχομένων υπηρεσιών, να οδηγεί σε καταστρατήγηση της δυνατότητας διενέργειας δημόσιου διαγωνισμού και ανάπτυξης ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων του οικείου κλάδου παροχής υπηρεσιών. Προκειμένου δε περί βραχύβιων συμβάσεων μονοετούς ή διετούς διάρκειας, η παράταση δεν δύναται να υπερβαίνει το χρονικό όριο ισχύος των αρχικών συμβάσεων⁴¹. Σε κάθε περίπτωση που δεν είναι δυνατή η χρηματική αποτίμηση του δικαιώματος παρατάσεως προσβάλλεται ο ανταγωνισμός (ανεξαρτήτως του αν τηρήθηκαν οι διατυπώσεις δημοσιότητας της οικείας διακηρύξεως) αφενός διότι η χρηματική αποτίμηση προβλέπεται ρητά στις διατάξεις του άρθρου 8 παρ.1 του Π.Δ/τος 60/2007 και συνυπολογίζεται για την εξεύρεση της προϋπολογιστέας δαπάνης, αφετέρου διότι η εκδήλωση ενδιαφέροντος σε συγκεκριμένο διεθνή διαγωνισμό επηρεάζεται τόσο από τη διάρκεια της συμβάσεως όσο και από το ύψος του τιμήματος. Η παράταση δημιουργεί δαπάνη πέραν του αρχικού προϋπολογισμού και πρέπει να συνυπολογίζεται για την υπαγωγή της συμβάσεως στους κανόνες του κοινοτικού δικαίου⁴². Η μη τήρηση ορισμένων κριτηρίων (όπως ο σαφής προσδιορισμός του χρόνου της παρατάσεως και του τιμήματος) καθιστά μη νόμιμο τον οικείο όρο διότι κατ' ουσίαν δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να αναθέσει απευθείας τις υπηρεσίες στην αρχική ανάδοχο⁴³.

Η δημοσιευθείσα περίληψη πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα ουσιώδη στοιχεία της διακήρυξης. Η μη τήρηση της νομιμότητας των κανόνων δημοσιότητας και η συνεπεία αυτής μη επίτευξη της μέγιστης δημοσιότητας του διαγωνισμού είναι ανεπίτρεπτη διότι πλήττει τις αρχές του ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας και αποτελεί παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που καθιστά μη νόμιμη όλη τη διαδικασία του διαγωνισμού⁴⁴.

Δύο αφορμές για περαιτέρω προβληματισμό

Τελειώνοντας θα ήθελα να θέσω ενώπιόν σας δύο ειδικότερες περιπτώσεις που, αν και εμπερικλείουν πολλά και διαφορετικά νομικά θέματα, σχετίζονται και με τις στρεβλώσεις του ανταγωνισμού κατά τη σύνταξη των διακηρύξεων. Πρόθεσή μου είναι απλά να παραθέσω επιγραμματικά τον προβληματισμό, χωρίς σε καμία περίπτωση να εισέλθω στη δέουσα νομική ανάλυση και εκτίμηση που θέτουν και οι δύο αυτές περιπτώσεις.

Η πρώτη αφορά την τροποποίηση των συμβάσεων. Το ενωσιακό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις είναι καταρχήν δίκαιο ανάθεσης και ελάχιστα ρυθμίζει το δίκαιο της εκτέλεσης της σύμβασης. Ωστόσο από νωρίς έγινε αντιληπτό ότι οι ειδικότεροι όροι της εκτέλεσης μιας σύμβασης συχνά

40 ΣτΕ 203/2011.

41 ΕΣ Τμ. IV 15/2008, 1/2008, 162/2007.

42 ΕΣ Τμ. IV 162/2007.

43 ΕΣ Τμ. VI 270/2011.

44 ΕΣ Κλ. ΣΤ 20/2009.

μπορούσαν να ανατρέψουν εκ των υστέρων τους όρους με τους οποίους ανατέθηκε και να θέσουν εν αμφιβόλω όλο το οικοδόμημα του ενωσιακού δικαίου περί ανάθεσης συμπεριλαμβανομένων των αρχών της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Πράγματι το Δικαστήριο στην απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* (Συλλογή 2008 σ. I-04401, σκέψη 34) επεσήμανε ότι “Προς διασφάλιση της διαφάνειας των διαδικασιών και της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορές, οι τροποποιήσεις διατάξεων δημοσίας συμβάσεως κατά τη διάρκεια της ισχύος της συνιστούν σύναψη νέας συμβάσεως κατά την έννοια της οδηγίας 92/50, όταν οι όροι που προβλέπουν διαφοροποιούνται ουσιαστικά από εκείνους της αρχικής συμβάσεως υποδηλώνοντας τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής (βλ., υπ’ αυτή την έννοια, απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, Συλλογή 2000, σ. I-8377, σκέψεις 44 και 46)”. Περαιτέρω διευκρίνισε τις τροποποιήσεις που θεωρούνται ουσιώδεις (σκ. 35-37): “35. Η τροποποίηση μιας δημόσιας συμβάσεως κατά τη διάρκεια της ισχύος της μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης όταν προστίθενται όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της αρχικής συμβάσεως, θα είχαν ίσως ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί μια προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη. 36. Ομοίως, τροποποίηση της αρχικής συμβάσεως μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιαστική όταν διευρύνει σημαντικώς το αντικείμενο της συμβάσεως, περιλαμβάνοντας υπηρεσίες που δεν είχαν αρχικώς προβλεφθεί. Την ερμηνεία αυτή επιβεβαιώνει το άρθρο 11, παράγραφος 3, στοιχείο ε’ και στ’, της οδηγίας 92/50, που επιβάλλει για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που έχουν ως αντικείμενο την παροχή, αποκλειστικώς ή κυρίως, υπηρεσιών εκ των περιλαμβανομένων στο παράρτημα I Α της οδηγίας αυτής, περιορισμούς στη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να προσφύγουν στη διαδικασία των διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμβάσεων που αφορούν υπηρεσίες συμπληρωματικές εκείνων που αποτελούν το αντικείμενο της αρχικής συμβάσεως. 37. Μια τροποποίηση μπορεί, επίσης, να θεωρηθεί ως ουσιώδης όταν μεταβάλλει την οικονομική ισορροπία της συμβάσεως υπέρ του επιλεγέντος μειοδότη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική σύμβαση.”

Σε συνέχεια της νομολογίας αυτής ακολούθησε -προ διετίας περίπου- η πρόταση της Επιτροπής για τις νέες οδηγίες όπου προβλέφθηκε η εισαγωγή ειδικού κεφαλαίου για την εκτέλεση της σύμβασης στο οποίο συμπεριλήφθηκε άρθρο για την τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους⁴⁵. Ωστόσο στην οριστική έκδοση της πρότασης αυτής όπως πρόκειται να υιοθετηθεί από το Κοινοβούλιο στις αρχές του νέου έτους, υπήρξε σημαντική διαφοροποίηση, η οποία, κατά τη γνώμη μου, ενδέχεται να προκαλέσει ρήγμα στις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και κατ' επέκταση του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι φαίνεται να επιτρέπει -ευκολότερα κατά τη γνώμη μου από ό,τι το ισχύον πλαίσιο- τροποποιήσεις της σύμβασης με σημαντική αύξηση του οικονομικού αντικείμενου οι οποίες δεν είχαν αποτελέσει αντικείμενο της προκήρυξης ούτε βέβαια της δημοσιότητας και ως εκ τούτου ούτε εκτέθηκαν στον ανταγωνισμό.

Το δεύτερο θέμα αφορά την περίπτωση συμπερίληψης στη διακήρυξη όρων υποχρεωτικών εκ του (εθνικού) νόμου, πλην όμως που ελέγχονται για τη συμβατότητά τους με το ενωσιακό δίκαιο, με αναφορά το παράδειγμα του Μ.Ε.ΕΠ. Ο ΚΔΕ (αρ. 92 επ.) θεσπίζει ένα σύστημα εγγραφής σε μητρώο για όλες τις εγκεκριμένες ελληνικές τεχνικές εταιρείες, οι οποίες κατατάσσονται σε επτά τάξεις, ανάλογα με την τεχνική τους ικανότητα και τη χρηματοοικονομική τους επάρκεια· κάθε τάξη αντιστοιχεί σε συγκεκριμένα κατώτατα και ανώτατα όρια προϋπολογισμού των έργων που μπορούν να αναληφθούν από την τάξη αυτή και εισάγει λόγο αποκλεισμού από συμμετοχή στην ανάθεση έργου, επιχειρήσεων που έχουν εγγραφεί σε υψηλότερες τάξεις και αντιστρόφως. Το άρθρο 42 παρ. 2 του ΠΔ 60/2007 δίνει στις αναθέτουσες αρχές το δικαίωμα να επιβάλουν ελάχιστα, αλλά όχι μέγιστα επίπεδα ικανοτήτων. Επιπλέον σύμφωνα με το παραπάνω άρθρο όλες οι απαιτήσεις που μπορούν να επιβληθούν στους υποψηφίους πρέπει να είναι συνδεδεμένες και ανάλογες προς το

⁴⁵ Άρθρο 72 Πρότασης Οδηγίας ΕΚ και Συμβουλίου για τις δημόσιες συμβάσεις (κείμενο Ιουλίου 2013).

αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης για την οποία προκηρύσσεται ο διαγωνισμός. Αντικείμενο της διάταξης αυτής, όπως έχει αποσαφηνισθεί από το Δικαστήριο «δεν είναι η οριοθέτηση της αρμοδιότητας των κρατών μελών όσον αφορά τον προσδιορισμό του επιπέδου οικονομικής και χρηματοδοτικής ικανότητας που απαιτείται για τη συμμετοχή στα διάφορα δημόσια έργα, αλλά ο καθορισμός των δικαιολογητικών ή αποδεικτικών στοιχείων που μπορούν να προσκομίζονται για να δικαιολογηθεί η χρηματοδοτική και οικονομική ικανότητα του εργολήπτη»⁴⁶. Εξάλλου το Δικαστήριο έχει επίσης αποφανθεί ότι «η αρχή απαγορεύσεως των διακρίσεων έχει εφαρμογή σε όλες τις φάσεις της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως και όχι μόνον από την στιγμή που ένας επιχειρηματίας έχει υποβάλει προσφορά»⁴⁷. Πέραν των ανωτέρω το άρθρο 43 παρ. 2 του ΠΔ 60/2007 ορίζει εξαντλητικά τους λόγους αποκλεισμού (προαιρετικούς) μεταξύ των οποίων και οι απτόμενοι των επαγγελματικών ιδιοτήτων των υποψηφίων⁴⁸. Ωστόσο το Δικαστήριο έκρινε ότι η οδηγία δεν κωλύει ένα κράτος μέλος να προβλέψει και άλλους λόγους αποκλεισμού εκτός από εκείνους που αναφέρονται στο άρθρο 43 παρ. 2 και συνεπώς δεν άπτονται των επαγγελματικών ιδιοτήτων, οι οποίοι θα είναι αποδεκτοί μόνο εάν αποσκοπούν στην εξασφάλιση της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και εφόσον είναι ανάλογοι προς τον επιδιωκόμενο στόχο⁴⁹. Η δυνατότητα που παρέχεται στα ΚΜ από το άρθρο 52 της οδηγίας 2004/18ν να προβλέπουν σύστημα πιστοποίησης ή εγγραφής σε καταλόγους μπορεί να τύχει εφαρμογής μόνο υπό τον όρο της τήρησης των άλλων διατάξεων της οδηγίας αυτής και ιδίως των άρθρων 44 παρ.1, 47 παρ.2 και 48 παρ.3 αυτής⁵⁰.

Με βάση τα ανωτέρω, οι διατάξεις των άρθρων 92 επ. του ν. 3669/2008 πράγματι ελέγχονται για τη συμμόρφωσή τους προς τις παραπάνω διατάξεις του άρθρου 42 και 43 του ΠΔ 60/2007 και προς τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας, δεδομένου ότι επιβάλλουν τον αποκλεισμό από τις διαγωνιστικές διαδικασίες κατάλληλων υποψηφίων, οι οποίοι διαθέτουν τα ίδια ή και υψηλότερα επαγγελματικά προσόντα και τεχνικές ικανότητες από εκείνα που απαιτούνται για την εκτέλεση των έργων από τις εταιρείες που γίνονται δεκτές. Πράγματι οι απαιτήσεις που καθορίζονται στο αρ.92 και 102 του ΚΔΕ δεν φαίνεται να απορρέουν από οιαδήποτε ιδιαιτερότητα που συνδέεται με το αντικείμενο των δημοπρατούμενων συμβάσεων, αλλά μάλλον αποσκοπούν σε άλλες πολιτικές (όπως για παράδειγμα η στήριξη των ΜΜΕ, για την οποία η πάγια άποψη Δικαστηρίου και Επιτροπής είναι ότι υπάρχουν προσφορότεροι τρόποι στήριξής τους σύμφωνα με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου -π.χ. υπεργολαβίες, δημοπράτηση σε τμήματα). Άλλωστε, παρά το γεγονός ότι το άρθρο 50 του ΠΔ 60/2007 ορίζει ότι τα ΚΜ μπορούν να καθιερώνουν επίσημους καταλόγους εγκεκριμένων οικονομικών φορέων (εργολάβων/ μελετητών/ προμηθευτών/ λοιπών παρόχων υπηρεσιών) και να απαιτούν -άρθρο 44 άνω ΠΔ- από τους υποψήφιους να είναι εγγεγραμμένοι σε αυτούς, δε φαίνεται να επιτρέπει περιορισμούς και εμπόδια, όπως οι υφιστάμενοι που απορρέουν από το σύστημα των Μητρώων όπως έχει θεσμοθετηθεί και λειτουργεί μέχρι σήμερα στην Ελλάδα.

Συναφώς επισημαίνεται ότι πρόσφατα (20/11/2013)⁵¹, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει κινήσει τη

46 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 9ης Ιουλίου 1987, **C-27/86**, CEI κατά Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes, Συλλογή 1987 σ. 03347, της 9ης Ιουλίου 1987, **C-29/86** Bellini, σκέψη 13 και της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, **C-31/87**, Beentjes κατά Ολλανδικού Δημοσίου, Συλλογή 1988 σ. 04635, σκέψη 17.

47 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, **C-16/98**, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2000 σ. I-08315, σκέψη 107.

48 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 9ης Φεβρουαρίου 2006, C-226/04 La Cascina κ.λπ., Συλλογή 2006 σ. I-01347, της 9ης Φεβρουαρίου 2006, C-228/04, Consorzio G.f.M., σκέψη 22, της προαναφερθείσας Μηχανική, σκέψη 43, της 15ης Ιουλίου 2010, C-74/09, Bâtiments και Ponts Construction και WISAG Produktionservice Συλλογή 2010 σ. I-07271, σκέψη 43, και της 13ης Δεκεμβρίου 2012, C-465/11, Forposta και ABC Direct Contact, αδημοσίευτη, σκέψη 38.

49 Δ.Ε.Ε. προαναφερθείσα Μηχανική, σκέψεις 44, 47 και 48.

50 Δ.Ε.Ε. απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, αδημοσίευτη, σκέψεις 37 επ. 51 Σύμφωνα με το από 20/11/2013 ενημερωτικό σημείωμα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και την σχετική δέσμη αποφάσεων για υποθέσεις παράβασης μηνός Νοεμβρίου 2013 όπου αναφέρονται τα ακόλουθα: «Η ελληνική νομοθεσία θεσπίζει ένα σύστημα υποχρεωτικής εγγραφής των εγχώριων τεχνικών εταιρειών σε μητρώο, το οποίο προκαθορίζει ποιες εργοληπτικές επιχειρήσεις μπορούν να συμμετάσχουν σε κάθε πρόσκληση υποβολής προσφορών. Οι όροι του μητρώου

διαδικασία του άρθρου 258 ΣΛΕΕ με την έκδοση αιτιολογημένης γνώμης απευθυνόμενης στην Ελληνική Δημοκρατία, λόγω των παραπάνω περιορισμών που προβλέπει ο ν. 3669/2008 όσον αφορά τη συμμετοχή των ελληνικών εργοληπτικών επιχειρήσεων σε ορισμένες διαδικασίες υποβολής προσφορών καλώντας την Ελλάδα να καταργήσει τις αντίστοιχες εθνικές διατάξεις εντός δύο μηνών (τέλη Ιανουαρίου).

Σας ευχαριστώ για την προσοχή σας.

[Κατά την ανάρτηση της παρούσας ομιλίας στην ιστοσελίδα www.emediteka.org, έχουν ήδη ψηφιστεί οι νέες οδηγίες από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο. Επομένως οποιαδήποτε αναφορά, στην παρούσα ομιλία, στην πρόταση των νέων οδηγιών νοείται εφεξής στις αντίστοιχες διατάξεις των νέων οδηγιών όπως υιοθετήθηκαν στις 15/1/2014]

δυνάμει των οποίων οι δυνητικοί υποψήφιοι μπορούν να συμμετάσχουν στους διαγωνισμούς παραβιάζουν τους κανόνες της ΕΕ σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις. Για τον λόγο αυτό, η Επιτροπή καλεί την Ελλάδα να καταργήσει τις αντίστοιχες εθνικές διατάξεις εντός δύο μηνών. Αν δεν ληφθούν τα ενδεικνυόμενα μέτρα, η Επιτροπή μπορεί να παραπέμψει το ζήτημα στο Δικαστήριο της ΕΕ. Η ελληνική νομοθεσία θεσπίζει ένα σύστημα εγγραφής σε μητρώο για όλες τις εγκεκριμένες εγχώριες τεχνικές εταιρείες, οι οποίες κατατάσσονται σε τάξεις· κάθε τάξη αντιστοιχεί σε συγκεκριμένα κατώτατα και ανώτατα όρια προϋπολογισμού. Αυτό το σύστημα υποχρεωτικής εγγραφής σε μητρώο έχει ως αποτέλεσμα να αποκλείονται εταιρείες που έχουν την οικονομική, δημοσιονομική, επαγγελματική και τεχνική επάρκεια ώστε να εκτελέσουν μια σύμβαση από τη διαδικασία υποβολής προσφορών, για τον μόνο λόγο ότι η χρηματοοικονομική τους επάρκεια είναι διαφορετική –συνήθως, μεγαλύτερη– από η συγκεκριμένη τάξη προϋπολογισμού που επιτρέπεται για τη διαδικασία. Αυτό το περιοριστικό καθεστώς παραβιάζει τους κανόνες της οδηγίας 2004/18/ΕΚ και τις θεμελιώδεις αρχές για ίση μεταχείριση και απαγόρευση των διακρίσεων στις οποίες στηρίζονται οι κανόνες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις.»