

**Συνέδριο Ελεγκτικού Συνεδρίου  
Θεσσαλονίκη 9,10/ 12/2019  
Γ. Καρύδης  
Αν. Καθηγητής ενωσιακού δικαίου  
Οικονομικό Πανεπιστήμιο Αθηνών &  
Έδρα Jean Monnet**

**Διασφάλιση συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού στις  
διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων κατά την ενωσιακή  
νομολογία**

**Εισαγωγικές παρατηρήσεις: Ο ανταγωνισμός πρωταρχικός σκοπός και  
κατευθυντήρια γραμμή των ενωσιακών ρυθμίσεων περί δημοσίων συμβάσεων**

Ο ανταγωνισμός κατέχει κεντρική θέση στο σύστημα της ρύθμισης των δημόσιων συμβάσεων. Βρίσκεται στο προίμιο των Οδηγιών, στις επιμέρους διατάξεις τους<sup>1</sup>, αλλά και στη νομολογία του Δικαστηρίου. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον μάλιστα παρουσιάζει η επιλογή από τον ενωσιακό νομοθέτη του όρου πραγματικός ανταγωνισμός<sup>2</sup>, ενώ στη νομολογία χρησιμοποιούνται, τόσο ο όρος του πραγματικού, όσο και αυτός του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Ο ενωσιακός νομοθέτης, αλλά και η νομολογία, έχουν συνδέσει τον ανταγωνισμό με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου που εφαρμόζονται στις δημόσιες συμβάσεις, ήτοι την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Οι αρχές αυτές ερμηνεύονται υπό το φώς της αρχής του ανταγωνισμού και συμπληρώνονται από την αρχή αυτή, η οποία έχει δυναμική διάσταση (ήτοι σκοπεύει στο άνοιγμα της αγοράς) και δεν περιορίζεται απλώς στην διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. Αποτελεί συνεπώς η αρχή του ανταγωνισμού, ως “ratio” των σχετικών ενωσιακών ρυθμίσεων, το πρόσφορο κριτήριο ερμηνείας τους. Ταυτόχρονα λειτουργεί και πέραν των Οδηγιών υπαγορεύοντας το άνοιγμα των δημόσιων αγορών.

Η ρυθμιστική λειτουργία του ανταγωνισμού κατά το προσυμβατικό στάδιο συνίσταται στη διασφάλιση δύο όρων, που αντανακλούν στο διπλό ρόλο του κράτους στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Πρώτον, το κράτος, ως αναθέτουσα αρχή

---

<sup>1</sup> Βλ. ενδεικτικά σημεία 1, 50, 101 και άρθρα 24, 57 της Οδηγίας 2004/24 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, 26-2-2014, Ε.Ε. 28-3-2014, L 94/65.

<sup>2</sup> Βλ. για παράδειγμα την αναφορά στο άρθρο 65 παρ.2 της Οδηγίας 2004/24, όπου ο εκεί προβλεπόμενος ελάχιστος αριθμός υποψηφίων που πρέπει να κληθεί να υποβάλλει προσφορά στη κλειστή διαδικασία, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση και στη διαδικασία ανταγωνιστικού διαλόγου θεωρείται ότι διασφαλίζει τον πραγματικό ανταγωνισμό.

οφείλει να διασφαλίσει την ουδέτερη διεξαγωγή του διαγωνισμού, την κατά το δυνατόν ευρύτερη συμμετοχή υποψηφίων και τον πραγματικό ανταγωνισμό μεταξύ τους. Δεύτερον, ως εν δυνάμει συμβαλλόμενος, θα πρέπει να λαμβάνει τις αποφάσεις του με βάση το οικονομικό του συμφέρον. Το σύστημα των κανόνων των Οδηγιών εγγυάται δηλαδή ότι το κράτος στο πλαίσιο της συγκεκριμένης αγοράς των δημόσιων συμβάσεων πρέπει να λειτουργεί ως ιδιώτης αγοραστής-επενδυτής. Ταυτόχρονα, ο ανταγωνισμός (υπό την εκδοχή του ελεύθερου ανταγωνισμού) επιβάλλει στους οικονομικούς φορείς (που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης) την υποχρέωση αποχής από αντι-ανταγωνιστικές συμπράξεις ή πρακτικές, άλλως υπάρχει κίνδυνος αποκλεισμού τους από τις σχετικές διαδικασίες.

Μετασυμβατικά η αρχή του ανταγωνισμού αποκλείει την τροποποίηση στοιχείων της σύμβασης, κατά το στάδιο της εκτέλεσής της, σε σχέση με την περιγραφή στην προκήρυξη του έργου, της προμήθειας ή της υπηρεσίας. Η γενική εισαγγελέας Sharpston στις προτάσεις της στην υπόθεση Medipac-Καζαντζίδης αναφέρει ότι η αυθαίρετη μεταβολή όρων της σύμβασης δεν συνάδει προς την αρχή της «ασότητας των όρων του ανταγωνισμού» της οποίας απολαύουν οι διαγωνιζόμενοι δυνάμει των Συνθηκών<sup>3</sup>. Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου<sup>4</sup>, η κατά βούληση τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού κατά το στάδιο αυτό έχει ως αποτέλεσμα να παραβιάζεται το ενωσιακό δίκαιο, εφόσον δεν εξασφαλίζεται η ενιαία εφαρμογή των όρων του διαγωνισμού και η αντικειμενικότητα της διαδικασίας.

Η μονομερής τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων του διαγωνισμού εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αλλοιώνει τη γενική οικονομία του διαγωνισμού και προσκρούει στην αρχή του ανταγωνισμού. Η τροποποίηση κρίνεται ουσιώδης, όταν, αν είχε εξ αρχής γνωστοποιηθεί, θα μπορούσε να οδηγήσει σε επιλογή άλλου αναδόχου. Ως τέτοια νοείται για παράδειγμα η σημαντική διεύρυνση του αντικειμένου της σύμβασης, η μεταβολή της φύσης ή της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης υπέρ του μειοδότη, η αντικατάστασή του αντισυμβαλλόμενου, η εσωτερική αναδιοργάνωση του, καθώς και η τροποποίηση της τιμής της σύμβασης. Η προσαρμογή απλώς της αξίας της σύμβασης, εάν είναι ελάχιστη και οφείλεται σε αντικειμενικούς λόγους, δεν συνιστά ουσιώδη τροποποίηση<sup>5</sup>.

Με βάση τις ως άνω εισαγωγικές σκέψεις θα αναπτύξουμε την εισηγησή μας σε τρεις ενότητες. Πρώτα θα παρουσιάσουμε την παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού, ως δυνατικό λόγο αποκλεισμού από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης **(1)**. Στη συνέχεια θα εξετάσουμε τη θεμελιώδη υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να διασφαλίσει πραγματικό ανταγωνισμό μεταξύ των οικονομικών φορέων **(2)**, καθώς και το άνοιγμα των διαγωνισμών στον ανταγωνισμό με την κατά το δυνατόν ευρύτερη συμμετοχή προσφερόντων **(3)**.

<sup>3</sup> Σημείο 79 των προτάσεων, EU:C:2006:724.

<sup>4</sup> Βλ. ιδίως αποφάσεις ΔΕΚ, 29-4-2004 Cas Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψεις 116-121 και 19-6-2008, Pressetext, C-454/06, EU:C:2008:351, σκέψη 35.

<sup>5</sup> Απόφαση Pressetext, σκέψεις 57-61.

## **1. Παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού, ως δυνητικός λόγος αποκλεισμού από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης**

Το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24<sup>6</sup> απαριθμεί σειρά λόγων αποκλεισμού των οικονομικών φορέων από τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων. Στην παράγραφο 1 μνημονεύονται οι υποχρεωτικοί λόγοι («οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν») και στην παράγραφο 4 οι προαιρετικοί λόγοι («οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν»)<sup>7</sup>.

Όσον αφορά τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι η Οδηγία για τις δημόσιες συμβάσεις «δεν επιχειρεί να επιβάλει ομοιομορφία σε επίπεδο Ένωσης ως προς την εφαρμογή (των λόγων αυτών) (...), καθόσον τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να μην εφαρμόσουν καθόλου αυτούς τους λόγους αποκλεισμού ή, αντιθέτως, να τους ενσωματώσουν στην εθνική νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, αναλόγως εκτιμήσεων νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσεως που υπερισχύουν σε εθνικό επίπεδο»<sup>8</sup>.

Η παραβίαση των κανόνων περί ελεύθερου ανταγωνισμού (ήτοι των άρθρων 101, 102 ΣΛΕΕ και 1,2 του νόμου 3959/11 αντίστοιχα) συνιστά δυνητικό λόγο αποκλεισμού του εμπλεκόμενου οικονομικού φορέα, καθώς η συγκεκριμένη παράβαση, είτε εμπίπτει στην έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (άρθρο 57 παρ.4 στοιχείο γ της Οδηγίας 2014/24), είτε συνιστά ιδιαίτερο-επώνυμο λόγο αποκλεισμού, αν έχει τη μορφή συμμετοχής σε περιοριστική του ανταγωνισμού συμφωνία-σύμπραξη (άρθρο 57 παρ.4 , στοιχείο δ της ίδιας Οδηγίας).

### **1.1 Επαρκώς εύλογες ενδείξεις περί συμμετοχής του υποψηφίου οικονομικού φορέα σε περιοριστικές του ανταγωνισμού συμφωνίες-συμπράξεις**

Το άρθρο 57 παρ.4, στοιχείο δ της Οδηγίας 2014/24 προβλέπει ότι «εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη

---

<sup>6</sup> Αντίστοιχο και άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ, Ε.Ε 28-3-2014, L 94/243.

<sup>7</sup> Με το άρθρο 73 παρ.4 του νόμου 4412/16 ενσωματώνεται η συγκεκριμένη ρύθμιση στην ελληνική έννομη τάξη και εισάγεται μια σειρά λόγων αποκλεισμού τους οποίους επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης τηρουμένων των αρχών του ενωσιακού δικαίου , ιδίως δε της αρχής της αναλογικότητας. Σημειωτέον ότι μόνο σε λίγες περιπτώσεις παρατυπίες ελάσσοнос σημασίας μπορούν να οδηγήσουν στον αποκλεισμό.

<sup>8</sup> Πρβλ. απόφαση ΔΕΕ, 20-12- 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani και Guerrato,C-178/16, EU:C:2017:1000, σκέψη 31.

στρέβλωση του ανταγωνισμού», μπορεί να αρνηθεί τη συμμετοχή του σε κάποια από τις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης<sup>9</sup>.

Η αναθέτουσα Αρχή δύναται για το σκοπό αυτό να χρησιμοποιήσει οποιοδήποτε πρόσφορο αποδεικτικό στοιχείο, αρκεί να τηρούνται οι γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου, ήτοι, μεταξύ άλλων, να μην προστίθεται δυσανάλογο βάρος στον οικονομικό φορέα και να διασφαλίζεται η δυνατότητα ανταπόδειξης. Στο πλαίσιο αυτό είναι δυνατόν, για παράδειγμα, να ζητείται από τον οικονομικό φορέα η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης περί μη συμμετοχής του σε περιοριστική σύμπραξη στο πλαίσιο του τρέχοντος διαγωνισμού ή στο παρελθόν ή σε αντίθετη περίπτωση περί λήψης εκ μέρους του των προβλεπόμενων μέτρων αυτοκάθαρσης<sup>10</sup>.

Η περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος<sup>11</sup>. Ως ημερομηνία δε του σχετικού γεγονότος νοείται όχι ο χρόνος συμμετοχής στην περιοριστική του ανταγωνισμού πρακτική, αλλά ο χρόνος έκδοσης της απόφασης της αρμόδιας αρχής ανταγωνισμού που διαπιστώνει τη παράβαση, αν υπάρχει τέτοια απόφαση<sup>12</sup>. Οίκοθεν νοείται ότι αν δεν έχει προηγηθεί δικαστική απόφαση ή απόφαση της Επιτροπής ανταγωνισμού (εν προκειμένω) που να διαπιστώνει τη παράβαση, τότε ο μέγιστος χρόνος αποκλεισμού πρέπει να αρχίζει από τον φερόμενο χρόνο τέλεσης της παράβασης (κάτι που δημιουργεί ανασφάλεια δικαίου).

Ο θιγόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που του παρέχει το άρθρο 57, παράγραφος 6, της οδηγίας 2014/24, προκειμένου να θέσει τέλος στην κανονική περίοδο αποκλεισμού προ της λήξεώς της, αποδεικνύοντας τη λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης. Για το σκοπό αυτό οφείλει να αποδείξει ότι, «παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού» η μεταγενέστερη συμπεριφορά του τον έχει καταστήσει «αξιόπιστο». Η αξιοπιστία, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 57, παράγραφος 6, δεύτερο εδάφιο της οδηγίας, αποδεικνύεται μόνο εάν ο οικονομικός φορέας: α) έχει καταβάλει-ή δεσμευθεί να καταβάλει-αποζημίωση για τις ζημίες που προκλήθηκαν από το αδίκημα που οδήγησε στον αποκλεισμό του· β) έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο· και γ) έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω αδικημάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη

<sup>9</sup> Βλ. αντιστοίχως άρθρο 73 παρ.4 στοιχείο γ του ν. 4412/16.

<sup>10</sup> Πρβλ. την απόφαση του Δικαστηρίου, 22-10-2015, Impresa Edilux, C-425/14, EU:C:2015:721, σκέψεις 37,38. Από την απόφαση αυτή εξ αντιδιαστολής συνάγεται ότι είναι νόμιμη η επί ποινή αποκλεισμού δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα ότι δεν έχει ούτε πρόκειται να καταρτίσει με άλλους μετέχοντες στη διαδικασία του διαγωνισμού συμφωνία με σκοπό τον περιορισμό ή την αποφυγή του ανταγωνισμού.

<sup>11</sup> Άρθρο 57 παράγραφος 7 της Οδηγίας και άρθρο 73 παρ.10 του ν. 4412/16.

<sup>12</sup> Βλ. σχετικά, απόφαση ΔΕΕ 14-12-2018, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, EU:C:2018:855, σκέψη 38: «Σε αυτή την περίπτωση, για λόγους συνοχής με τον τρόπο υπολογισμού της χρονικής περιόδου η οποία προβλέπεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά επίσης για λόγους προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως της αρμόδιας αρχής, με την οποία επιβλήθηκε κύρωση στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου αυτής» και σκέψη 41, « (...) η διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία όχι τη συμμετοχή στη σύμπραξη, αλλά την ημερομηνία κατά την οποία η αρμόδια αρχή διαπίστωσε ότι η επίμαχη συμπεριφορά είναι παραβατική».

σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος. Σε περίπτωση που τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής.

Ο προαναφερόμενος προαιρετικός λόγος αποκλεισμού προβλέπεται από τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο γ του νόμου 4412/2016, που μεταφέρει τη σχετική ρύθμιση της Οδηγίας στην ελληνική έννομη τάξη. Σημειώνεται όμως ότι στο πλαίσιο της διακριτικής του ευχέρειας ο έλληνας νομοθέτης, με πρόσφατη τροποποίηση της σχετικής διάταξης, δυνάμει του άρθρου 235 του ν. 4635/2019, εξαιρεί από τη διαδικασία αποκλεισμού τις περιπτώσεις που ο οικείος οικονομικός φορέας έχει υπαχθεί στο πρόγραμμα επιείκειας (με πλήρη ή μερική απαλλαγή του προστίμου και ολοσχερή εξόφλησή του) ή στη διαδικασία διευθέτησης και έχει ολοσχερώς εξοφλήσει το επιβληθέν πρόστιμο ή έχει προβεί σε ρύθμιση της καταβολής του, την οποία τηρεί με συνέπεια. Στις περιπτώσεις αυτές δηλαδή η διαπίστωση της σχετικής παράβασης (από την αρμόδια αρχή ανταγωνισμού) δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης, εκτός αν πρόκειται περί επαναλαμβανόμενης παράβασης του άρθρου 1 του ν. 3959/11 ή του 101 ΣΛΕΕ. Συντρέχει δε επανάληψη της παράβασης, όταν εκδίδεται σχετική απόφαση που τη διαπιστώνει εντός έξι (6) ετών από την έκδοση της προηγούμενης διαπιστωτικής απόφασης που αφορά προηγούμενη παράβαση. Αμφότερες οι παραβάσεις θα πρέπει βέβαια να είναι ικανές να προκαλέσουν αποκλεισμό.

Όσον αφορά τη διαδικασία αποκλεισμού προβλέπεται ότι ο αποκλεισμός από τον τρέχοντα διαγωνισμό αποφασίζεται από την αναθέτουσα αρχή<sup>13</sup>, ενώ θεσπίζεται και διαδικασία διοικητικού αποκλεισμού από εν εξελίξει και μέλλοντες διαγωνισμούς με Κ.Υ.Α όλων των συναρμόδιων Υπουργών ύστερα από αιτιολογημένη εισήγηση της αναθέτουσας αρχής που διαπιστώνει τους λόγους αποκλεισμού και προηγούμενη ακρόαση του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Η Κ.Υ.Α κοινοποιείται στην αναθέτουσα αρχή και στο θιγόμενο οικονομικό φορέα, γνωστοποιείται στην Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, στη Γενική γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας του Καταναλωτή και στους λοιπούς φορείς που αναφέρονται στην παράγραφο 6 του άρθρου 74. Ο αποκλεισμένος οικονομικός φορέας καταχωρείται στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων<sup>14</sup>.

Τέλος, η μέγιστη διάρκεια του διοικητικού αποκλεισμού στην εξεταζόμενη περίπτωση, όπου δεν προβλέπεται τελεσίδικη δικαστική απόφαση ή απόφαση της αρμόδιας αρχής που να την ορίζει, είναι τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος<sup>15</sup>, ήτοι από την έκδοση της σχετικής απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (αν υπάρχει τέτοια απόφαση), όπως κρίθηκε από τη νομολογία του Δικαστηρίου.

---

<sup>13</sup> Βλ. άρθρο 73 παρ.8 του ν. 4412/2016.

<sup>14</sup> Βλ. σχετικά με τον διοικητικό αποκλεισμό, άρθρο 74 του ν. 4412/2016, που ενσωματώνει την παράγραφο 7 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24.

<sup>15</sup> Άρθρο 74 παρ.2 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχα και άρθρο 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016).

### **α) Ποιες παραβάσεις εμπίπτουν στον προκείμενο λόγο αποκλεισμού;**

Η διατύπωση της διάταξης του άρθρου 57 παρ.4, στοιχείο δ της Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται σε περιοριστικές του ανταγωνισμού συμφωνίες με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου θεωρούμε ότι καταλαμβάνει και την εναρμονισμένη πρακτική. Ως συμπράξεις που έχουν στόχο τον περιορισμό του ανταγωνισμού νοούνται αυτές που, κατά το γράμμα των σχετικών περί ανταγωνισμού διατάξεων των άρθρων 1 του ν. 3959/11 και 101 ΣΛΕΕ, έχουν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Πράγματι, κατά την ενωσιακή νομολογία και πρακτική, μια σύμπραξη θεωρείται ότι έχει περιοριστικό αντικείμενο όταν έχει ως στόχο, λαμβανομένων υπόψη των οικονομικών και νομικών συνθηκών εντός των οποίων εντάσσεται, τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Πέραν τούτου, η έννοια του περιορισμού του ανταγωνισμού, κατ' αντικείμενο, συνδέεται με την ίδια τη φύση της σύμπραξης, η οποία από μόνη της («per se») και λόγω του περιεχομένου της καθιστά σφόδρα αναμενόμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού<sup>16</sup>. Πρόκειται δηλαδή για περιορισμούς οι οποίοι, ενόψει των στόχων που επιδιώκουν οι εθνικοί και ενωσιακοί κανόνες ανταγωνισμού, είναι τόσο πιθανό να επηρεάσουν δυσμενώς τον ανταγωνισμό, ώστε δεν είναι ανάγκη, στο πλαίσιο της εφαρμογής των άρθρων 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 και 101 της ΣΛΕΕ, να αποδειχθούν οι συγκεκριμένες επιπτώσεις τους στην αγορά.

Στη κατηγορία των κατ' αντικείμενο περιοριστικών του ανταγωνισμού συμπράξεων εντάσσονται οι αποκαλούμενοι “hard core” περιορισμοί στις οριζόντιες και στις κάθετες συμφωνίες-συμπράξεις, ήτοι οι συμφωνίες τιμών, εδαφικής κατανομής, ανταλλαγής πληροφοριών, περιορισμού πωλήσεων. Οι συμφωνίες αυτές χαρακτηρίζονται ως σοβαροί ή πολύ σοβαροί περιορισμοί του ανταγωνισμού και στο πλαίσιο της επιμέτρησης των επιβαλλόμενων προστίμων.

Με τα δεδομένα αυτά μπορεί να υποστηριχθεί ότι η συμφωνία που έχει ως αποτέλεσμα μόνο (και όχι ως αντικείμενο) τον περιορισμό του ανταγωνισμού και για την οποία δεν επιβλήθηκαν κυρώσεις-πρόστιμα στον οικονομικό φορέα, αλλά απλώς διαπιστώθηκε από την αρμόδια αρχή η παράβαση και διατάχθηκε η άρση της και η παράλειψή της στο μέλλον δεν στοιχειοθετεί τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού. Η θέση μας αυτή συνάδει με το γράμμα της διάταξης του άρθρου 57 παρ.4, στοιχείο δ της οδηγίας 2014/24, αλλά και την αρχή της αναλογικότητας, η οποία σύμφωνα και με όσα αναφέρονται στο σημείο 101 της Οδηγίας, μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις θα δικαιολογούσε τον αποκλεισμό όταν συντρέχουν ελάχιστονες μόνο παρατυπίες. Παρόμοιες εξαιρετικές περιστάσεις θα μπορούσε να θεωρηθεί για παράδειγμα ότι συντρέχουν επί συρροής τέτοιων ελασσόνων παρατυπιών.

---

<sup>16</sup> Βλ. ενδεικτικά, Α. Μικρουλέα, σε Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, (επ. Δημ. Τζουγανάτος), Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 252,253 και Γ. Καρύδης, Ευρωπαϊκό Δίκαιο Συναλλαγών, Νομική Βιβλιοθήκη 2012, σελ. 129.

## **β) Ειδική αναφορά στις συμφωνίες χειραγώγησης των διαγωνισμών**

Στις οριζόντιες συμφωνίες / εναρμονισμένες πρακτικές που έχουν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού συμπεριλαμβάνονται και οι συμφωνίες νόθευσης των διαγωνισμών, μέσω της χειραγώγησης προσφορών με σκοπό τον καθορισμό των τιμών και την κατανομή των αγορών<sup>17</sup>.

Νόθευση διαγωνισμών μέσω χειραγώγησης προσφορών προκύπτει όταν επιχειρήσεις οι οποίες, υπό κανονικές συνθήκες αναμένεται να δρουν ανταγωνιστικά μεταξύ τους, συνάπτουν μυστική συμφωνία ή εναρμονίζουν την συμπεριφορά τους ως προς την υποβολή προσφοράς σε διαγωνιστική διαδικασία, με στόχο την αύξηση των τιμών ή την υποβάθμιση της ποιότητας των αγαθών ή υπηρεσιών για αγοραστές / αναθέτουσες αρχές που προμηθεύονται τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες μέσω διαδικασίας (μειοδοτικών) διαγωνισμών. Οι ανταγωνιστές έρχονται εκ των προτέρων σε συμφωνία καθορίζοντας τον προμηθευτή που θα υποβάλει την επιτυχούσα προσφορά σε σύμβαση, η οποία θα κατακυρωθεί σε αυτόν μετά από μια φαινομενικά ανταγωνιστική διαδικασία υποβολής προσφορών<sup>18</sup>.

Οι πλέον συνήθεις τρόποι χειραγώγησης-νόθευσης διαγωνισμών, οι οποίοι δύνανται να εμφανίζονται και συνδυαστικά, είναι οι ακόλουθοι:

- (α) εικονική προσφορά ή προσφορά κάλυψης (cover bidding / pricing),
- (β) καταστολή προσφοράς (bid suppression),
- (γ) υποβολή προσφορών εκ περιτροπής (bid rotation) και
- (δ) κατανομή αγορών (market allocation).<sup>19</sup>

Η υποβολή προσφορών κάλυψης (η οποία εναλλακτικά καλείται συμπληρωματική, κατά παραχώρηση, ενδεικτική, συμβολική, εικονική, τυπική ή βοηθητική, όροι ισοδύναμοι κατά το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού) λαμβάνει

---

<sup>17</sup> Για τις συμφωνίες καθορισμού τιμών, βλ. εντελώς ενδεικτικά ΠΕΚ T-374/94, T-375/94, T-384/94 και T-388/94 *European Night Services* κ.λπ. κατά Επιτροπής, EU:T:1998:198, σκ. 136. Για την κατανομή αγοράς/ πελατείας βλ. ΔΕΚ 41/69 *ACF Chemiefarma NV* κατά Επιτροπής, EU:C:1970:71, / επίσης ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΚ C-411/04P *Mannesmannrohren-Werke* κατά Επιτροπής, EU:C:2007:54, ΔΕΚ C-407/04P *Dalmine* κατά Επιτροπής, EU:C:2007:53, ΠΕΚ T-48/00 *Corus UK* κατά Επιτροπής, EU:T:2004:219, ΠΕΚ T-50/00 *Dalmine* κατά Επιτροπής, EU:T:2004:220, ΠΕΚ T-33/02 *Brittania Alloys & Chemicals* κατά Επιτροπής, EU:T:2005:428, ΠΕΚ. T-64/02 *Heubach* κατά Επιτροπής EU:T:2005:431, καθώς και απόφαση Επιτροπής της 9.12.2004, COMP/37.533 *Χλωριούχος Χολίνη* (επιβεβαιώθηκε ως προς το αντικείμενο της παράβασης σε ΠΕΚ συνεκδ. υποθ. T-101/05, T-111/05 *BASF, UCB* κατά Επιτροπής, EU:T:2007:380).

<sup>18</sup> Βλ. Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής 1999/60/EK, Καρτέλ προμονωμένων σωλήνων, υπόθεση IV/35.691/E-4. Στην απόφαση Καρτέλ προμονωμένων σωλήνων, τα μέλη της οριζόντιας σύμπραξης είχαν συστήσει ένα σύστημα, μέσω του οποίου μπορούσαν να κατανεύμουν μεταξύ τους μεμονωμένα έργα και να χειραγωγήσουν τη διαδικασία υποβολής προσφορών, έτσι ώστε να μπορούν να αποφασίζουν εκ των προτέρων σε ποιον κατασκευαστή θα κατακυρωνόταν ο διαγωνισμός. Τα μέλη της σύμπραξης είχαν συμφωνήσει ότι κάποιος κατασκευαστής θα υπέβαλαν υψηλότερες προσφορές στη διαγωνιστική διαδικασία και σε αντάλλαγμα, οι μη επιτυγχόντες υποψήφιοι θα είχαν τη δυνατότητα να συμμετέχουν ως υπεργολάβοι στο εν λόγω έργο.

<sup>19</sup> Βλ. την απόφαση της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού (Ολομέλεια) , 642/2017, σημεία 93-97.

κατά κανόνα τις ακόλουθες μορφές: (α) οι συμπράττοντες ανταγωνιστές συμφωνούν να υποβάλουν προσφορές, οι οποίες είναι υψηλότερες από την προσφορά που θα υποβάλλει ο προσυμφωνηθείς από τις συμπράττουσες ως επιτυχών μειοδότης, (β) οι συμπράττοντες ανταγωνιστές υποβάλλουν προσφορές, οι οποίες είναι πολύ υψηλές και ως εκ τούτου είναι σαφές ότι δεν μπορεί να γίνουν αποδεκτές και (γ) οι συμπράττοντες ανταγωνιστές υποβάλλουν προσφορές, οι οποίες περιλαμβάνουν ειδικούς όρους, οι οποίοι δεν θα γίνουν αποδεκτοί από τον αγοραστή. Η υποβολή εικονικής προσφοράς είναι σχεδιασμένη έτσι, ώστε να δίνει την εντύπωση ότι επικρατούν συνθήκες γνήσιου ανταγωνισμού<sup>20</sup>.

Περιοριστική σύμπραξη καταστολής προσφοράς υφίσταται όταν οι υποψήφιοι προσφέροντες συμφωνούν να απέχουν από τη διαδικασία υποβολής προσφορών ή να αποσύρουν μια ήδη υποβληθείσα προσφορά, ούτως ώστε να γίνει δεκτή από την αναθέτουσα αρχή η προσφορά του προσυμφωνηθέντος αναδόχου. Στην ουσία, η καταστολή προσφοράς ισοδυναμεί με μη υποβολή προσφοράς για τελική αξιολόγηση. Στο πλαίσιο μιας διαγωνιστικής διαδικασίας, οι συμπράττουσες επιχειρήσεις μπορεί να μετέλθουν συνδυαστικά των ανωτέρω μορφών υποβολής προσφορών κάλυψης ή / και καταστολής.

Στην περίπτωση υποβολής προσφορών εκ περιτροπής, οι συμμετέχουσες στην σύμπραξη επιχειρήσεις συμφωνούν να καθίστανται εκ περιτροπής μειοδότες, υποβάλλοντας εκ περιτροπής την πλέον συμφέρουσα ή την χαμηλότερη προσφορά. Οι τρόποι εφαρμογής των συμφωνιών υποβολής προσφορών εκ περιτροπής, ποικίλουν. Για παράδειγμα, οι συμμετέχοντες στη σύμπραξη μπορεί να επιλέξουν να καταναείμουν σε κάθε εταιρία ίση χρηματική αξία από μία συγκεκριμένη ομάδα συμβάσεων ή να καταναείμουν ποσότητες που αντιστοιχούν στο μέγεθος της κάθε εταιρίας.

Τέλος, οι ανταγωνιστές δύνανται να νοθεύουν τους διαγωνισμούς κατανέμοντας την αγορά και συμφωνώντας να απέχουν από την ανταγωνιστική διαδικασία σε σχέση με ορισμένους πελάτες ή ορισμένες γεωγραφικές περιοχές<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Βλ. Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 11 Μαρτίου 2008, Υπηρεσίες διεθνών μετακομίσεων, υπόθεση 38.543, στην οποία διαπιστώθηκε ότι στόχος του καρτέλ ήταν η διατήρηση υψηλών τιμών, μέσω καθορισμού τιμών και το μοίρασμα των αγορών, μέσω κατανομής των έργων και δυνάμει συμφωνιών που θέσπιζαν ένα σύστημα οικονομικής ανταμοιβής για τις προσφορές που θα απορρίπτονταν. Τα μέλη του καρτέλ συνεργάστηκαν για την υποβολή πλασματικών προσφορών (επονομαζόμενων «προσφορών διευκολύνσεως») οι οποίες προετοιμάστηκαν από επιχειρήσεις που δεν είχαν πρόθεση να αναλάβουν το έργο.

<sup>21</sup> Στην υπόθεση *Ανελκυστήρες και κυλιόμενες κλίμακες*, (Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 21 Φεβρουαρίου 2007, *Ανελκυστήρες και κυλιόμενες κλίμακες* υπόθεση COMP/E-1/38.823/ Βλ. και Jonathan Faull and Ali Nikpay, “The EU Law of Competition”, Third Edition, Oxford, 2014, σημείο 8.451), οι εταιρίες συμφώνησαν να καταναείμουν μεταξύ τους τις δημόσιες προσφορές και άλλα συμβόλαια για την πώληση, εγκατάσταση και συντήρηση των ανελκυστήρων και κυλιόμενων σκάλων και να μην ανταγωνίζονται μεταξύ τους. Οι εταιρίες πληροφόρησαν η μία την άλλη για τις προσκλήσεις υποβολής προσφορών και συντόνισαν τις προσφορές σύμφωνα με τα προσυμφωνημένα ποσοστά. Στην απόφαση *Marine Hoses* (Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 28.1.2009, *Θαλάσσιοι σωλήνες*, Υπόθεση COMP/39.406) διαπιστώθηκε ότι τουλάχιστον 1986 μέλη της σύμπραξης εφήρμοζαν σύστημα μέσω του οποίου κατένειμαν μεταξύ τους τις προσφορές των πελατών τους. Μέσα στο πλαίσιο του συστήματος αυτού, ο συντονιστής του καρτέλ θα κατένειμε τον πελάτη στον «νικητή», δηλαδή στο μέλος του καρτέλ που επρόκειτο να νικήσει στον διαγωνισμό. Προκειμένου να διασφαλιστεί ότι ο διαγωνισμός θα καταμεριζόταν στον «νικητή», τα μέλη του καρτέλ υιοθέτησαν ένα πίνακα τιμών αναφοράς και συμφωνούσαν στις τιμές που θα προσέφερε ο καθένας από



Τα σχέδια νόθευσης των διαγωνισμών συνήθως περιλαμβάνουν και μηχανισμούς που έχουν ως στόχο τον καταμερισμό και τη διανομή μεταξύ των εμπλεκόμενων των πρόσθετων κερδών που αποκτώνται ως αποτέλεσμα της υψηλότερης τελικής συμβατικής τιμής. Για παράδειγμα, ανταγωνιστές που συμφωνούν να μην υποβάλλουν προσφορά ή να υποβάλλουν εικονική (υψηλότερη) προσφορά, μπορούν να λάβουν σε αντάλλαγμα, υπεργολαβίες ή συμβάσεις προμηθειών από τον ορισθέντα υποψήφιο νικητή μειοδότη, προκειμένου να μοιράσουν μεταξύ τους τα έσοδα από την παράνομα αποκτηθείσα ακριβότερη προσφορά. Η νόθευση διαγωνισμών μπορεί ακόμα να περιλαμβάνει και χρηματικές πληρωμές από τον ορισθέντα νικητή μειοδότη σε έναν ή και σε περισσότερους εμπλεκόμενους στη συμφωνία<sup>22</sup>.

**γ) Η διάταξη του άρθρου 57 παρ.4, στοιχείο δ της οδηγίας 2014/24 καλύπτει μόνο παρελθούσα παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού ή και παράβαση που διαπιστώνεται στο πλαίσιο του τρέχοντος-εκκρεμούς διαγωνισμού;/ Απαιτείται διαπιστωτική απόφαση της Επιτροπής ανταγωνισμού για την ενεργοποίηση του παρόντος λόγου αποκλεισμού;**

Από το σύστημα των ρυθμίσεων της Οδηγίας και το προϊμίό της<sup>23</sup> συνάγεται ότι ο σκοπός των δυνατικών λόγων αποκλεισμού (μεταξύ των οποίων και ο εδώ εξεταζόμενος) είναι η αποτροπή της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων σε φορείς αμφιβόλου ακεραιότητας και αξιοπιστίας. Συνεπώς, ο συγκεκριμένος λόγος καταλαμβάνει οπωσδήποτε διαχρονικές παραβάσεις του ανταγωνισμού, που έχουν λάβει χώρα στο παρελθόν, είτε στο πλαίσιο κάποιου προηγούμενου δημόσιου διαγωνισμού, είτε ασύνδετα προς οποιοδήποτε διαγωνισμό. Αυτό συνάγεται, εμμέσως πλην σαφώς, και από την απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Vossloh Laeis GmbH*<sup>24</sup>, όπου ο προκείμενος λόγος αποκλεισμού στηρίχθηκε στη διαπίστωση της συμμετοχής του αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα σε στρεβλωτικές του ανταγωνισμού συμφωνίες, προγενέστερες του τρέχοντος διαγωνισμού. Δεν απαιτείται όμως κατά την άποψή μας να έχει προηγηθεί καταδίκη ή άλλη δικαστική ή διοικητική απόφαση σχετικά με την παραβίαση, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση σχετική διαπιστωτική της παράβασης απόφαση της αρμόδιας αρχής ανταγωνισμού. Αυτό γιατί αρκεί η συνδρομή επαρκώς εύλογων ενδείξεων και όχι απόδειξη της παραβατικής συμπεριφοράς. Αν υπάρχει βέβαια παρόμοια απόφαση οφείλει η αναθέτουσα Αρχή να την σεβαστεί. Ενδεχομένως μάλιστα αν η υπόθεση είναι εκκρεμής στην Επιτροπή Ανταγωνισμού να συντρέχει και λόγος αναβολής της λήψης της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας Αρχής μέχρι την έκδοση απόφασης από την Επιτροπή ανταγωνισμού.

---

αυτούς, έτσι ώστε όλες οι προσφορές να είναι υψηλότερες από αυτή που θα προσέφερε ο «νικητής». Βλ. Jonathan Faull and Ali Nikpay, “The EU Law of Competition”, op.cit, σημείο 8.36.

<sup>22</sup> Βλ. Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 11 Μαρτίου 2018, Υπηρεσίες διεθνών μετακομίσεων, υπόθεση 38.543. Στην εν λόγω απόφαση η Επιτροπή διαπίστωσε ότι το καρτέλ είχε ιδρύσει ένα σύστημα οικονομικής αποζημίωσης για τις προσφορές που θα απορρίπτονταν ή για την αποχή από την υποβολή προσφοράς (προμήθειες), σε συνδυασμό με τον καθορισμό τιμών. Η προμήθεια ήταν ένα κρυφό στοιχείο στην τελική τιμή, η οποία πληρωνόταν από τον πελάτη χωρίς όμως να λαμβάνει και την αντίστοιχη υπηρεσία και συνιστούσε οικονομική αποζημίωση που καταβαλλόταν στις επιχειρήσεις στις οποίες δεν κατακυρωνόταν ο διαγωνισμός.

<sup>23</sup> Ιδίως σημεία 101,102.

<sup>24</sup> Απόφαση ΔΕΕ, C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH*, op.cit.

Το ερώτημα που τίθεται είναι αν εμπίπτει στο πεδίο του παρόντος λόγου αποκλεισμού και η εμπλοκή του οικονομικού φορέα σε περιοριστική του ανταγωνισμού πρακτική χειραγώγησης του τρέχοντος διαγωνισμού.

Στο ερώτημα αυτό η Επιτροπή αναστολών του Στε σε μια αποστροφή του σκεπτικού της<sup>25</sup> μάλλον απαντά αρνητικά με το επιχείρημα ότι αντίθετη εκδοχή θα υπολάμβανε το άτοπο ότι δηλαδή ο υποβαλόν προσφορά καλείται να παραδεχθεί ταυτόχρονα ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού και μάλιστα ανεπίδεκτος θεραπείας, αφού δεν νοείται η επίκληση των περιστάσεων άρσης του αποκλεισμού του άρθρου 57 της Οδηγίας (λ. χ λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης). Αντίθετη ερμηνεία υιοθετεί η ΑΕΠΠ (Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών), η οποία υποστηρίζει ότι ο εξεταζόμενος λόγος αποκλεισμού δεν καταλαμβάνει συμφωνίες του παρελθόντος, αλλά αναφέρεται μόνο σε συμφωνίες περιοριστικές του ανταγωνισμού κατά την τρέχουσα διαδικασία.

Κατ' αρχήν, κατά το γράμμα του άρθρου 57 παρ.4 στοιχείο δ της Οδηγίας, δεν αποκλείεται ο παρών λόγος αποκλεισμού να καταλαμβάνει και την περίπτωση συμμετοχής σε περιοριστική του ανταγωνισμού σύμπραξη στο πλαίσιο του τρέχοντος διαγωνισμού. Πέραν αυτού, από την παράγραφο 5 του άρθρου 57 της Οδηγίας συνάγεται εμμέσως πλην σαφώς ότι η αναθέτουσα Αρχή μπορεί να αποκλείει ένα οικονομικό φορέα λόγω πράξεων ή παραλείψεων που εμπίπτουν στην παράγραφο 4 της ίδιας διάταξης, που έλαβαν χώρα πριν ή κατά τη διαδικασία.

Ταυτόχρονα όμως είναι αληθές ότι το σύστημα των ρυθμίσεων του άρθρου 57 της Οδηγίας στηρίζεται στη δυνατότητα των εμπλεκόμενων οικονομικών φορέων, στο πρόσωπο των οποίων συντρέχει ένας λόγος δυνητικού αποκλεισμού, όχι μόνο να αποδείξουν ότι δεν συντρέχει παρόμοιος λόγος, αλλά σε περίπτωση που συντρέχει να επικαλεστούν τα στοιχεία που μνημονεύονται στην Οδηγία για να αποδείξουν την αξιοπιστία τους<sup>26</sup>. Όταν δε τίθεται ζήτημα χειραγώγησης του τρέχοντος διαγωνισμού, είναι μάλλον δύσκολο να προσκομιστούν παρόμοια στοιχεία λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης ή πολύ περισσότερο ότι έχει παρέλθει ο μέγιστος χρόνος αποκλεισμού. Συνεπώς τυχόν εφαρμογή του συγκεκριμένου δυνητικού λόγου αποκλεισμού θα είχε ως συνέπεια να περιέρχονται οι εν λόγω οικονομικοί φορείς σε δυσμενέστερη θέση, σε σχέση με άλλους στους οποίους καταλογίζεται προγενέστερη (και ενδεχομένως διαπιστωμένη από την Επιτροπή ανταγωνισμού παράβαση) και οι οποίοι δύνανται να προσκομίσουν επαρκή στοιχεία αυτοκάθαρσης αποδεικτικά της αξιοπιστίας τους και έτσι να παραμείνουν στο διαγωνισμό ή ακόμα να επικαλεστούν την εκπνοή της μέγιστης διάρκειας αποκλεισμού<sup>27</sup>.

Σημειώνεται πάντως εν τέλει ότι η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να διασφαλίσει την ακεραιότητα του τρέχοντος διαγωνισμού και συνεπώς να αποκλείσει τον επηρεασμό του αποτελέσματος από πρακτικές χειραγώγησης. Οφείλει δηλαδή, με γνώμονα την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, να διασφαλίζει συνθήκες ανταγωνισμού και στο πλαίσιο του τρέχοντος διαγωνισμού, αποκλείοντας

---

<sup>25</sup> ΣτΕ-ΕΑ 40/2019, σκέψη 15.

<sup>26</sup> Βλ. σχετικά άρθρο 57 παρ.6 της Οδηγίας.

<sup>27</sup> Βλ. τη θέση της Ε.Α του Στε, *op.cit.*

τους εμπλεκόμενους σε περιοριστική του ανταγωνισμού σύμπραξη. Ο αποκλεισμός μάλιστα στη περίπτωση αυτή είναι, κατά την άποψή μας, υποχρεωτικός και όχι απλώς δυνητικός, καθώς επιβάλλεται από το σκοπό της Οδηγίας και τις θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τη διαδικασία των δημόσιων διαγωνισμών.

**δ) Μέτρα αυτοκάθαρσης/Δυνατότητα-υποχρέωση συνεργασίας του οικονομικού φορέα με την αναθέτουσα Αρχή προς απόδειξη της αξιοπιστίας του/ Οριοθέτηση αρμοδιοτήτων αναθέτουσας Αρχής και Επιτροπής Ανταγωνισμού**

Η Οδηγία προβλέπει την παρέκκλιση από τον αποκλεισμό, αν ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα «αυτοκάθαρσης» (self cleaning measures). Κατά το γράμμα της παραγράφου 6, δεύτερο εδάφιο, του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24, ο οικονομικός φορέας που επιθυμεί να αποδείξει την αξιοπιστία του, παρά τη συνδρομή σχετικού λόγου αποκλεισμού διαλαμβανόμενου στις παραγράφους 1 και 4 του άρθρου αυτού, πρέπει να αποδείξει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων.

Η Οδηγία καταλείπει στα κράτη μέλη τη διακριτική ευχέρεια να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύουν ως προς την εκτίμηση της συνδρομής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού και των περιστάσεων απόδειξης της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα. Συνεπώς τα κράτη μέλη έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο.

Όταν τα κράτη μέλη επιτρέπουν στην αναθέτουσα Αρχή να προβαίνει η ίδια στις σχετικές αξιολογήσεις, στην Αρχή αυτή εναπόκειται να εκτιμά, όχι μόνο αν συντρέχει λόγος αποκλεισμού ορισμένου οικονομικού φορέα, αλλά και αν ο οικονομικός φορέας αυτός έχει πράγματι αποκαταστήσει την αξιοπιστία του. Οίκοθεν νοείται ότι στη περίπτωση της παράβασης των κανόνων του ανταγωνισμού όπου (κατά το ενωσιακό αλλά και κατά το εθνικό δίκαιο) συγκεκριμένοι φορείς είναι αρμόδιοι για τη διεξαγωγή των σχετικών ερευνών, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει, στο πλαίσιο της εκτιμήσεως των προσκομιζόμενων αποδεικτικών στοιχείων, να στηρίζεται καταρχήν στα πορίσματα μιας τέτοιας διαδικασίας<sup>28</sup>.

Στο πλαίσιο αυτό και λαμβάνοντας υπόψη τις διακριτές αρμοδιότητες και την διαφορετική αποστολή της αρχής ανταγωνισμού (ερευνητική αρχή που επιβάλλει κυρώσεις –πρόστιμα) και της αναθέτουσας Αρχής (η οποία ελέγχει την αξιοπιστία και την ακεραιότητα του προσφέροντος), ο οικονομικός φορέας ο οποίος επιθυμεί να αποδείξει την αξιοπιστία του, παρά τη συνδρομή σχετικού λόγου αποκλεισμού, οφείλει (μεταξύ άλλων) να διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις

<sup>28</sup> Βλ. απόφαση ΔΕΕ, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, op.cit, σκέψη 25.

περιστάσεις που συνδέονται με την παράβαση, συνεργαζόμενος ενεργά όχι μόνο με την ερευνητική αρχή, αλλά και με την αναθέτουσα Αρχή. Η συνεργασία με την αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει να περιορίζεται στα μέτρα που είναι απολύτως αναγκαία για την εξέταση της αξιοπιστίας του. Συνεπώς ενδεχομένως να εξαντλείται με την προσκόμιση της σχετικής απόφασης της Επιτροπής ανταγωνισμού<sup>29</sup>.

Ταυτόχρονα οφείλει ο οικονομικός φορέας να προσκομίσει στοιχεία συνεργασίας με την Επιτροπή ανταγωνισμού, η οποία μάλιστα (συνεργασία) κατά την κρίση του ΔΕΕ τεκμαίρεται όταν έχει υπαχθεί σε καθεστώς επιείκειας. Αυτό αρκεί δηλαδή προκειμένου να αποδειχθεί στην αναθέτουσα Αρχή ότι ο οικονομικός φορέας διευκρίνισε με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις, συνεργαζόμενος με την Αρχή αυτή.

Πέραν των ανωτέρω οφείλει ο οικονομικός φορέας να αποδείξει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από την αντι-ανταγωνιστική πρακτική και ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων.

## **1.2 Η παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού ως μορφή σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος**

Η περίπτωση γ του άρθρου 57 παρ.4 της Οδηγίας 2014/24 αναφέρει ως δυνητικό λόγο αποκλεισμού υποψηφίου συμπεριφορά, η οποία συνιστά «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του». Η διάταξη αυτή καλύπτει τα επαγγελματικά παραπτώματα εξωσυμβατικής φύσης και αντιδιαστέλλεται από τη συμπεριφορά που αναφέρεται στο στοιχείο ζ' η οποία συνιστά χαρακτηριστική περίπτωση αθέτησης εκ μέρους του υποψηφίου συμβατικής υποχρέωσης.

Η έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δεν συνέχεια κατ' ανάγκη με την παραβίαση κανόνων δεοντολογίας με την στενή έννοια της επαγγελματικής δεοντολογίας. Υποδηλώνει συνήθως συμπεριφορά που ενέχει πρόθεση ή αμέλεια ορισμένου βαθμού<sup>30</sup>. Οι αναθέτουσες αρχές επιτρέπεται να διαπιστώσουν και να αποδείξουν το επαγγελματικό παράπτωμα με οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο διαθέτουν, χωρίς να απαιτείται απόφαση με ισχύ δεδικασμένου που να διαπιστώνει το επαγγελματικό παράπτωμα.

Στο πλαίσιο αυτό έχει κριθεί ότι η παράβαση εν γένει των κανόνων του ανταγωνισμού που έχει επισύρει την επιβολή κυρώσεων από την αρμόδια αρχή (ανταγωνισμού) αποτελεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που δικαιολογεί τον αποκλεισμό του υποψηφίου. Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα Αρχή στην Ουγγαρία απέκλεισε από τρέχοντα διαγωνισμό την Generali, καθώς με απόφαση της Ουγγρικής

<sup>29</sup> Ibid., σκέψεις 32,33.

<sup>30</sup> Απόφαση ΔΕΕ, 13-12-2012, C-465/11, Forposta, C-465/11, EU:C:2012:801 σκέψεις 27, 30 (επρόκειτο για περίπτωση λύσης προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, λόγω περιστάσεων για τις οποίες ευθύνεται ο οικονομικός φορέας).

Αρχής Ανταγωνισμού (που επικυρώθηκε τελεσίδικα) κρίθηκε ότι κάποιες κάθετες συμφωνίες μεταξύ της εταιρίας αυτής και ορισμένων εξουσιοδοτημένων αντιπροσωπειών αυτοκινήτων ήσαν αντίθετες προς τις εθνικές διατάξεις ανταγωνισμού και επιβλήθηκε πρόστιμο στην εν λόγω εταιρία<sup>31</sup>. Ο λόγος αυτός αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται μόνο επί δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας, αλλά πρέπει κατά μείζονα λόγο να θεωρείται δικαιολογημένος και όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις η αξία των οποίων υπολείπεται του κατώτατου ορίου των Οδηγιών, και, ως εκ τούτου, δεν υπόκεινται στις ειδικές και αυστηρές διαδικασίες που προβλέπουν οι Οδηγίες<sup>32</sup>.

Στην παρούσα περίπτωση η παράβαση δεν είναι απαραίτητο να είναι αντι ανταγωνιστική οριζόντια σύμπραξη, αλλά δύναται να έχει τη μορφή κάθετης συμφωνίας ή και κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης. Επίσης συνήθως θα ανάγεται στο παρελθόν, καθώς χρειάζεται να έχει αποδειχθεί με κατάλληλα αποδεικτικά μέσα και δεν αρκούν εύλογες ενδείξεις. Αυτό σημαίνει ότι για λόγους ασφάλειας δικαίου καλό θα είναι (όχι όμως και αναγκαίο) να έχει διαπιστωθεί αρμοδίως και μάλιστα να έχει επιβληθεί και η προβλεπόμενη κύρωση, η οποία επιβεβαιώνει τη συνδρομή υπαιτιότητας που αποτελεί συστατικό στοιχείο του επαγγελματικού παραπτώματος. Αν συντρέχουν οι περιστάσεις αυτές, τότε πράγματι η επαγγελματική αξιοπιστία του υποψηφίου θα τίθεται εν αμφιβόλω, γεγονός που δικαιολογεί υπό το πρίσμα και της αρχής της αναλογικότητας τον αποκλεισμό του από τον εκκρεμή διαγωνισμό.

Οίκοθεν νοείται ότι όσα προαναφέρθηκαν περί των μέτρων αυτοκάθαρσης και της μέγιστης διάρκειας αποκλεισμού ισχύουν *mutatis-mutandis* και στην παρούσα περίπτωση.

### **1.3 Στρέβλωση του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας της σύναψης της σύμβασης**

Ο αποκλεισμός από το διαγωνισμό για το λόγο αυτό κρίθηκε ότι είναι αντίθετος προς την αρχή της αναλογικότητας, αν ο επιδιωκόμενος σκοπός της ίσης μεταχείρισης μπορεί να διασφαλιστεί με πιο ήπια μέσα, ήτοι με την απόδειξη εκ μέρους του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα ότι από τη συμμετοχή του κατά την προετοιμασία της διαδικασίας της σύναψης της σύμβασης δεν υπήρξε κίνδυνος νόθευσης του ανταγωνισμού<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Βλ. απόφαση ΔΕΕ, 18-12-2014, C-470/13, Generali, EU:C:2014:2469 ιδίως σκέψεις 34- 39.

<sup>32</sup> Βλ., επ' αυτού, απόφαση ΔΕΕ, 10-7-2014, C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, EU:C:2014:2063, σκέψη 37.

<sup>33</sup> Βλ. σχετικά την απόφαση ΔΕΚ, 3-3-2005, Fabricom, C-21/03 & 34/03 EU:C:2005:127.

## **2. Η διασφάλιση πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων, θεμελιώδης υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής**

### **2.1 Αυτοτέλεια των προσφορών**

Στο πεδίο των διαγωνιστικών διαδικασιών, σκοπείται η προστασία του (πιο ειδικού) ανταγωνισμού, που πρέπει να διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων παρά του (γενικού) ανταγωνισμού μεταξύ ανεξάρτητων οικονομικών φορέων στην εσωτερική αγορά.

Υπό το πρίσμα αυτό σημασία έχει η αυτοτέλεια και ο πραγματικός διαχωρισμός μεταξύ των αντίστοιχων προσφορών (που θα επιτρέψουν στην αναθέτουσα αρχή να προβεί στην ευνοϊκότερη για το δημόσιο συμφέρον επιλογή), είτε πρόκειται για ανεξαρτήτως μετέχοντες οικονομικούς φορείς, είτε για φορείς που διατηρούν δεσμούς μεταξύ τους. Η διασφάλιση ανταγωνισμού μεταξύ των προσφερόντων αποτελεί έκφραση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι οποίες σημειωτέον τυγχάνουν εφαρμογής (όπως άλλωστε και οι θεμελιώδεις κανόνες της εσωτερικής αγοράς) και στις δημόσιες συμβάσεις των οποίων η αξία είναι χαμηλότερη από το κατώφλι των οδηγιών, υπό την προϋπόθεση ασφαλώς ότι η υπό εξέταση σύμβαση παρουσιάζει διασυνοριακό ενδιαφέρον <sup>34</sup>.

Από τη νομολογία προκύπτει ότι μπορεί να υπάρχει σχετική πρόβλεψη στη διακήρυξη ή στη συγγραφή υποχρεώσεων οι συνδεδεμένοι προσφέροντες οι οποίοι υποβάλλουν χωριστές προσφορές στην ίδια διαδικασία να υποχρεούνται να γνωστοποιούν τους δεσμούς τους στην αναθέτουσα αρχή. Ελλείψει σχετικής πρόβλεψης δεν υπάρχει η υποχρέωση αυτή για τις συνδεδεμένες επιχειρήσεις. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή, όταν έχει στη διάθεσή της στοιχεία που δημιουργούν αμφιβολίες ως προς τον αυτοτελή και ανεξάρτητο χαρακτήρα των υποβληθεισών από ορισμένους προσφέροντες προσφορών, υποχρεούται να εξακριβώσει, ενδεχομένως απαιτώντας συμπληρωματικές πληροφορίες από τους προσφέροντες αυτούς, αν οι προσφορές τους είναι πράγματι αυτοτελείς και ανεξάρτητες. Αν αποδειχθεί ότι οι προσφορές δεν είναι αυτοτελείς και ανεξάρτητες, τότε η Οδηγία (άρθρο 2) αντιτίθεται στην ανάθεση της σύμβασης σε προσφέροντες που υπέβαλαν τέτοιες προσφορές. Σε κάθε όμως περίπτωση η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προβαίνει σε «ad hoc» εκτίμηση των περιστάσεων και να τηρεί την αρχή της αναλογικότητας. Άλλως πλήττεται η άλλη διάσταση του πραγματικού ανταγωνισμού που απαιτεί τη συμμετοχή του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς.

---

<sup>34</sup> Βλ. ενδεικτικά απόφαση ΔΕΚ, 3-12-2009, C-376/08, 23-12-2009, Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl, EU:C:2009:808, σκέψεις 21-24.

## 2.2 Ειδικές εκφάνσεις της αρχής της αυτοτέλειας των προσφορών

### α) Σχέση ελέγχου μεταξύ των προσφερόντων

Όπως έκρινε το Δικαστήριο στην υπόθεση Assitur Srl <sup>35</sup>εθνική ρύθμιση, η οποία στηρίζεται στο αμάχητο τεκμήριο ότι οι προσφορές που υποβάλλουν δύο συνδεδεμένες επιχειρήσεις για την ίδια δημόσια σύμβαση έχουν κατ' ανάγκη αλληλοεπηρεαστεί (και συνεπώς πρέπει να αποκλειστούν a priori και εκ του λόγου αυτού και μόνο), αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, καθόσον δεν παρέχει στις επιχειρήσεις αυτές τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι στην περίπτωση τους δεν υπάρχει πραγματικός κίνδυνος εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν τη διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό.

Η σχέση σύνδεσης μεταξύ των επιχειρήσεων ενός Ομίλου δεν αποκλείει την διατήρηση της αυτονομίας της εμπορικής πολιτικής τους, ούτε συνεπάγεται αδυναμία διασφάλισης του απορρήτου κατά την εκπόνηση των προσφορών που πρόκειται να υποβληθούν ταυτόχρονα από τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις στον ίδιο διαγωνισμό. Η αυτοτέλεια των προσφορών μπορεί να διασφαλισθεί για παράδειγμα μέσω ιδιαίτερων συμβατικών σχέσεων ή με ειδικές νομοθετικές ρυθμίσεις. Συνεπώς η αναθέτουσα Αρχή πρέπει να διατηρεί την ευχέρεια “ad hoc” εκτίμησης της εκάστοτε περίπτωσης και να προβαίνει στον αποκλεισμό, μόνο αν διαπιστώσει ότι η επίμαχη σχέση ελέγχου, λόγω των συγκεκριμένων περιστάσεων, επηρέασε πράγματι το περιεχόμενο των προσφορών που υπέβαλαν οι ενδιαφερόμενες συνδεδεμένες επιχειρήσεις. Μόνο με τον τρόπο αυτό επιτυγχάνεται ο πραγματικός ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων τηρουμένης και της αρχής της αναλογικότητας.

Αντίθετα η συστηματική αποστέρηση των συνδεδεμένων επιχειρήσεων από το δικαίωμα συμμετοχής στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης και συγκεκριμένα ο αποκλεισμός τους ακόμα και στις περιπτώσεις που η σχέση ελέγχου δεν επηρεάζει (ή δεν έχει επηρεάσει) τη συμπεριφορά τους και συνακόλουθα και το περιεχόμενο της προσφοράς τους αντιβαίνει στην αποτελεσματική εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Ο αποκλεισμός υπό αυτές τις συνθήκες περιορίζει δυσανάλογα και σημαντικά τον ανταγωνισμό εντός της εσωτερικής αγοράς, καθώς βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ο οποίος συνίσταται στη διασφάλιση της εφαρμογής των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας <sup>36</sup>.

### β) Συμμετοχή στον ίδιο διαγωνισμό κοινοπραξίας και εταιρίας μέλους αυτής

Εθνική ρύθμιση που θεσπίζει αμάχητο τεκμήριο παρέμβασης στη διαμόρφωση των προσφορών (και συνεπώς προβλέπει τον αποκλεισμό) στην

<sup>35</sup> Απόφαση ΔΕΕ, 19-5-2009, C-538/07, 19-5-2019, Assitur Srl, EU:C:2009:317, σκέψη 30 και την απόφαση 3-3-2005, C-21/03 και C-34/03, Fabricom, op.cit, σκέψεις 33 και 35.

<sup>36</sup> Απόφαση C-538/07, 19-5-2019, Assitur Srl, op.cit, σκέψεις 28,29.

περίπτωση κατά την οποία μια κοινοπραξία και μία ή περισσότερες από τις επιχειρήσεις που την απαρτίζουν έχουν υποβάλει, στο πλαίσιο του ίδιου διαγωνισμού, ανταγωνιστικές προσφορές (καθώς η κοινοπραξία δεν έχει μετάσχει στη διαδικασία για λογαριασμό και προς το συμφέρον των εν λόγω επιχειρήσεων), χωρίς να παρέχεται η δυνατότητα είτε στην κοινοπραξία, είτε στις οικείες επιχειρήσεις να αποδείξουν ότι οι προσφορές τους καταρτίστηκαν εντελώς ανεξάρτητα και ότι, κατά συνέπεια, δεν υπάρχει κίνδυνος επηρεασμού του ανταγωνισμού μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά παραβιάζει δυσανάλογα την αρχή του πραγματικού ανταγωνισμού και του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Η ρύθμιση δηλαδή αυτή βαίνει πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ο οποίος συνίσταται στη διασφάλιση της εφαρμογής των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας<sup>37</sup>

Συνεπώς και στην περίπτωση αυτή ο συστηματικός αποκλεισμός μέσω της θέσπισης αμάχητου τεκμήριου επηρεασμού των προσφορών της κοινοπραξίας και του μέλους της όχι μόνο δεν διασφαλίζει τον πραγματικό ανταγωνισμό και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας αλλά υπονομεύει τις αρχές αυτές και παραβιάζει ευθέως και την αρχή της αναλογικότητας. Προς την κατεύθυνση αυτή κινείται το άρθρο 91 παρ.1 περίπτωση ε του ν. 4412/2016 κατά την ορθή ερμηνεία του οποίου δεν αρκεί για τον αποκλεισμό η συμμετοχή του ίδιου οικονομικού φορέα σε περισσότερες ενώσεις, αλλά πρέπει να στοιχειοθετείται ότι είχαν συναφθεί συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, γεγονός που κρίνεται “ad hoc”.

Το συμπέρασμα είναι ότι συστηματικοί αποκλεισμοί με την χρήση αμάχητων τεκμηρίων δεν συνάδουν με την αρχή της αναλογικότητας και είναι αντίθετοι προς το κοινοτικό συμφέρον, το οποίο έγκειται στη διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς σύμφωνα με τις επιταγές της αρχής του ανταγωνισμού που διέπει και την αγορά των δημόσιων συμβάσεων (είτε εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών, είτε όχι).

### **3. Άνοιγμα των διαγωνισμών στον ανταγωνισμό: Απαγόρευση της χρήσης υπεργολαβίας πέραν ενός συγκεκριμένου ποσοστού της αξίας της σύμβασης**

Σημειώνεται κατ’ αρχήν ότι Οδηγίες δεν απαγορεύουν στα κράτη μέλη να προβλέπουν, εκτός από τους λόγους αποκλεισμού που βασίζονται σε αντικειμενικά στοιχεία απτόμενα της επαγγελματικής ιδιότητας, οι οποίοι απαριθμούνται εξαντλητικά στις Οδηγίες (άρθρο 57 παρ.4 της Οδηγίας 2014/24), και άλλους, που δεν βασίζονται σε αντικειμενικές εκτιμήσεις για τα επαγγελματικά προσόντα των υποψηφίων και αποσκοπούν στη διασφάλιση της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορά και της διαφάνειας, υπό την προϋπόθεση της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Απόφαση ΔΕΚ, 23-12-2009, C-376/08, Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl, op.cit, σκέψεις 39,40.

<sup>38</sup> Υπό την έννοια αυτή και απόφαση ΔΕΚ, 16-12-2008, C-213/07, Μηχανική, EU:C:2008:731, σκέψεις 44,56. Επρόκειτο στην περίπτωση αυτή για ρύθμιση που καθιέρωνε αμάχητο τεκμήριο ασυμβιβάστου μεταξύ, αφενός, της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή



Με το πνεύμα αυτό το Δικαστήριο στην απόφασή του στην υπόθεση «Vitali» επαναλαμβάνει ότι μεταξύ των γενικών αρχών που κατά την Οδηγία 2014/24 διέπουν τη διαδικασία των δημοσίων συμβάσεων είναι και η διασφάλιση ανοικτού ανταγωνισμού στη συγκεκριμένη αγορά<sup>39</sup>. Η ανάθεση υπεργολαβίας η οποία μπορεί να ευνοήσει την πρόσβαση στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων σε ΜΜΕ συμβάλλει αναμφίβολα στην επίτευξη του στόχου αυτού<sup>40</sup>.

Δυνατότητα περιορισμού της δυνατότητας ανάθεσης εκτέλεσης εργασιών σε υπεργολάβους και συναφώς του ανταγωνισμού υφίσταται μόνο για λόγους δημοσίου-γενικού συμφέροντος, όπως είναι για παράδειγμα η ορθή εκτέλεση των εργασιών<sup>41</sup> ή η καταπολέμηση της διείσδυσης του οργανωμένου εγκλήματος στο χώρο των δημοσίων συμβάσεων, και υπό την προϋπόθεση της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας<sup>42</sup>. Εξάλλου η αιτιολογική σκέψη 41 της οδηγίας 2014/24 προβλέπει ότι καμία διάταξη της δεν θα πρέπει να απαγορεύει την επιβολή ή την εφαρμογή μέτρων απαραίτητων, μεταξύ άλλων, για την προστασία της δημόσιας τάξης και ασφάλειας και των χρηστών ηθών, υπό την προϋπόθεση ότι τα μέτρα αυτά είναι σύμφωνα προς τη ΣΛΕΕ.

Το Δικαστήριο έχει κρίνει σχετικά ότι η ρήτρα της συγγραφής υποχρεώσεων δημόσιας σύμβασης έργων που επιβάλλει περιορισμούς στη χρήση υπεργολαβιών ως προς ένα τμήμα της σύμβασης καθοριζόμενο με τρόπο αφηρημένο υπό τη μορφή ποσοστού αυτής, και μάλιστα ανεξαρτήτως της δυνατότητας ελέγχου των ικανοτήτων τυχόν υπεργολάβων και χωρίς καμία μνεία όσον αφορά τον ουσιώδη χαρακτήρα των σχετικών καθηκόντων, είναι ασύμβατη με την οδηγία αυτή, η οποία είχε εφαρμογή στο πλαίσιο της διαφοράς επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση εκείνη<sup>43</sup>.

Αντιστοίχως έχει κριθεί ότι εθνική ρύθμιση που απαγορεύει γενικά και αφηρημένα τη χρήση υπεργολαβίας που υπερβαίνει ένα σταθερό ποσοστό της οικείας δημόσιας σύμβασης, και η οποία εφαρμόζεται ανεξαρτήτως του οικονομικού τομέα τον οποίο αφορά η επίμαχη σύμβαση, της φύσεως των έργων ή της ταυτότητας και των προσόντων των υπεργολάβων και χωρίς να αφήνει περιθώριο για κατά περίπτωση εκτίμηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής των κινδύνων που

---

διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που ασκεί δραστηριότητα στον τομέα των μέσων ενημέρωσης και, αφετέρου, της ιδιότητας του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που αναλαμβάνει έναντι του Δημοσίου ή νομικού προσώπου του ευρύτερου δημόσιου τομέα την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών.

<sup>39</sup> Απόφαση ΔΕΕ , 26-9-2019 , C-63/18, Vitali Spa, EU:C:2019:787 , σκέψη 23

<sup>40</sup> Σκέψη 27 της απόφασης Vitali Sp, op.cit, και απόφαση ΔΕΕ 5-4-2017, Borta , C-298/15, EU:C:2017:266, σκέψη 28.

<sup>41</sup> Σκέψη 53 της απόφασης Borta.

<sup>42</sup> Σκέψεις 35 και επόμενες της απόφασης Vitali Spa.

<sup>43</sup> Απόφαση ΔΕΕ, 14-7- 2016, Wrocław- Miasto na prawach powiatu , C-406/14, EU:C:2016:562, σκέψη 35.

συνεπάγεται η υπό εξέταση υπεργολαβία, παραβιάζει την αρχή του ανταγωνισμού και δεν είναι συμβατή με την Οδηγία 2014/24<sup>44</sup>.

Η ορθότητα του παραπάνω συμπεράσματος δεν αναιρείται από το επιχείρημα ότι οι έλεγχοι επαλήθευσης που πρέπει κάθε φορά να διενεργεί η αναθέτουσα Αρχή δυνάμει του εθνικού δικαίου προκειμένου να κρίνει αν πράγματι στη συγκεκριμένη περίπτωση διακυβεύεται ο επιδιωκόμενος στόχος γενικού συμφέροντος είναι αναποτελεσματικοί. Η αναποτελεσματικότητα των σχετικών ελέγχων δεν αναιρεί τον περιοριστικό χαρακτήρα του μέτρου που τυχόν απαγορεύει γενικά και αφηρημένα τη χρήση υπεργολαβίας, η οποία υπερβαίνει ένα σταθερό ποσοστό της οικείας δημόσιας συμβάσεως<sup>45</sup>.

Προς την ίδια κατεύθυνση κινείται και η απόφαση “Borta”, όπου κρίθηκε αντίθετη με τους θεμελιώδεις κανόνες και τις γενικές αρχές της Συνθήκης ΛΕΕ, ιδίως τα άρθρα 49 και 56 της εν λόγω Συνθήκης και τις απορρέουσες εξ αυτών αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της διαφάνειας εθνική ρύθμιση κατά την οποία, στην περίπτωση που υπεργολάβοι καλούνται να εκτελέσουν σύμβαση δημοσίων έργων, οι κύριες εργασίες, όπως ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, πρέπει να εκτελεστούν από τον ανάδοχο<sup>46</sup>. Ο επιδιωκόμενος θεμιτός σκοπός γενικού συμφέροντος, ήτοι η ορθή εκτέλεση των εργασιών, θα μπορούσε να επιτευχθεί με λιγότερο περιοριστικά μέτρα, όπως η απαίτηση από τους προσφέροντες να προσδιορίζουν, με την προσφορά τους, το μέρος εκείνο της σύμβασης και τις εργασίες που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας, τους προτεινόμενους υπεργολάβους και τις ικανότητες των εν λόγω υπεργολάβων. Θα μπορούσε επίσης να προβλεφθεί, μεταξύ άλλων, η δυνατότητα της αναθέτουσας Αρχής να απαγορεύει στους προσφέροντες να προβαίνουν σε αλλαγή υπεργολάβων εάν η εν λόγω αρχή δεν έχει προηγουμένως επαληθεύσει την ταυτότητα και τις ικανότητες των υπεργολάβων αυτών<sup>47</sup>.

## **Συμπεράσματα**

Η διασφάλιση του ανταγωνισμού στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων αναδεικνύει τη δογματική σύνδεση των διατάξεων της ΣΛΕΕ περί εσωτερικής αγοράς και ανταγωνισμού, την οποία έχει δεχθεί η νομολογία, μέσω αφενός της «ιδιωτικοποίησης» των κανόνων της ελεύθερης κυκλοφορίας και αφετέρου της «κρατικοποίησης» των κανόνων του ανταγωνισμού (“state action doctrine”).

Πράγματι στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων η έννοια του ανταγωνισμού, αφενός μεν λειτουργεί ως δογματική βάση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, που έχουν ως κύριο αποδέκτη την αναθέτουσα αρχή και αφετέρου αφορά τη συμπεριφορά των επιχειρήσεων και συνακόλουθα τον έλεγχο των επιχειρηματικών πρακτικών που στρεβλώνουν τον ανταγωνισμό.

---

<sup>44</sup> Βλ., σκέψεις 40-43 της απόφασης *Vitali Spa*, *op.cit.*

<sup>45</sup> Σκέψη 44 της απόφασης *Vitali Spa*, *op.cit.*

<sup>46</sup> Σκέψεις 54 και 55 της απόφασης *Borta*, *op.cit.*

<sup>47</sup> Σκέψη 57 της απόφασης *Borta* *op.cit.*

Η παραβίαση των κανόνων περί ελεύθερου ανταγωνισμού (ήτοι των άρθρων 101, 102 ΣΛΕΕ και 1, 2 του νόμου 3959/11 αντίστοιχα) συνιστά δυνητικό λόγο αποκλεισμού του εμπλεκόμενου οικονομικού φορέα, καθώς η συγκεκριμένη παράβαση, είτε εμπίπτει στην έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (άρθρο 57 παρ.4 στοιχείο γ της Οδηγίας 2014/24), είτε συνιστά ιδιαίτερο επώνυμο λόγο αποκλεισμού, αν έχει τη μορφή συμμετοχής σε περιοριστική του ανταγωνισμού συμφωνία-σύμπραξη με στόχο τον περιορισμό του ανταγωνισμού (άρθρο 57 παρ.4 , στοιχείο δ της Οδηγίας).

Ο επώνυμος λόγος δυνητικού αποκλεισμού αναφέρεται σε σοβαρές παραβάσεις, είτε στο πλαίσιο του τρέχοντος διαγωνισμού (με τη δυσχέρεια εφαρμογής στη περίπτωση αυτή των ευεργετικών διατάξεων που ισχύουν επί λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης), είτε παρελθούσες, ακόμα και μη συνδεδεμένες με την αγορά των δημόσιων συμβάσεων. Αρκούν εύλογες ενδείξεις για την παράβαση και δεν απαιτείται προηγούμενη απόφαση της Επιτροπής ανταγωνισμού. Η έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος καλύπτει διαπιστωμένη παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού για την οποία έχει επιβληθεί πρόστιμο.

Τέλος, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα διασφάλισης του πραγματικού και ανοιχτού ανταγωνισμού στο πεδίο των δημόσιων συμβάσεων και να προβαίνουν στο αποκλεισμό των οικονομικών φορέων μόνο όταν, κατά την «ad hoc» εκτίμηση των περιστάσεων, διαπιστώνουν ότι αυτό είναι αναγκαίο για την διασφάλιση της αυτοτέλειας των προσφορών ή όταν συντρέχουν λόγοι γενικού συμφέροντος. Συστηματικοί αποκλεισμοί με την χρήση αμάχητων τεκμηρίων δεν συνάδουν με την αρχή της αναλογικότητας.