



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Μιγάλης Π. Σειραδάκης
Α.Μ.: 251014773720

Η ΣΥΜΜΕΤΟΧΙΚΗ ΠΑΡΟΥΣΙΑ ΤΡΙΤΩΝ
ΣΤΟΥΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥΣ.
ΕΝΩΣΗ ΠΡΟΣΩΠΩΝ & ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ, ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ &
ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑ

ΔΙΔΑΚΤΟΡΙΚΗ ΔΙΑΤΡΙΒΗ
ΑΘΗΝΑ, 2024

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

**Η ΣΥΜΜΕΤΟΧΙΚΗ ΠΑΡΟΥΣΙΑ ΤΡΙΤΩΝ
ΣΤΟΥΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥΣ.
ΕΝΩΣΗ ΠΡΟΣΩΠΩΝ & ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ, ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ &
ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑ**

ΔΙΔΑΚΤΟΡΙΚΗ ΔΙΑΤΡΙΒΗ

ΕΠΙΒΛΕΠΩΝ: Βασίλειος Κονδύλης, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ	
ΤΡΙΜΕΛΗΣ ΣΥΜΒΟΥΛΕΥΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ: 1. Βασίλειος Κονδύλης, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ (Επιβλέπων), 2. Γεώργιος Δελλής, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ (Μέλος της Τριμελούς Συμβουλευτικής Επιτροπής), 3. Κωνσταντίνος Γιαννακόπουλος, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ (Μέλος της Τριμελούς Συμβουλευτικής Επιτροπής)	
ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ	
Βασίλειος Κονδύλης, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ (Επιβλέπων)	Σπυρίδων Βλαχόπουλος, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ
Γεώργιος Δελλής, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ (Μέλος της Τριμελούς Συμβουλευτικής Επιτροπής)	Παρασκευή Μουζουράκη, Καθηγήτρια Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ
Κωνσταντίνος Γιαννακόπουλος, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ (Μέλος της Τριμελούς Συμβουλευτικής Επιτροπής)	Αικατερίνη Ηλιάδου, Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ
Νικόλαος Σημαντήρας, Επίκουρος Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ	

Copyright © [Μιχάλης Π. Σειραδάκης, 2023]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

I. Ο ρόλος των δημοσίων συμβάσεων στη σύγχρονη οικονομία.....σελ. 12	σελ. 12
II. Οι βασικοί άξονες της νομοθετικής παραγωγής στους κόλπους της Ε.Ε...σελ. 12	σελ. 12
III. Ειδικά ο ρόλος των ΜΜΕ και η ανάπτυξη συνεργειών μεταξύ οικονομικών φορέων.....σελ. 14	σελ. 14
IV. Διάγραμμα ύλης.....σελ. 16	σελ. 16

ΜΕΡΟΣ Α΄

ΜΟΡΦΕΣ ΑΜΕΣΗΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΙΚΗΣ ΠΑΡΟΥΣΙΑΣ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Ι

«Η Ένωση Οικονομικών Φορέων»

1. Εισαγωγικά.....σελ. 18	σελ. 18
2. Η νομική φύση & η δικονομική υπόσταση της ένωσης προσώπων.	
<i>A. Νομική φύση.....σελ. 20</i>	σελ. 20
<i>B. Δικονομική υπόσταση.....σελ. 22</i>	σελ. 22
3. Η ένωση οικονομικών φορέων στο πλαίσιο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.....σελ. 25	σελ. 25
<i>i. Η σύσταση της ένωσης οικονομικών φορέων.....σελ. 27</i>	σελ. 27
<i>ii. Η υποβολή προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων.....σελ. 27</i>	σελ. 27
<i>iii. Η απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-360/89 και η απαγόρευση θέσπισης διακρίσεων, ανάλογα με τη μορφή που λαμβάνει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας.....σελ. 29</i>	σελ. 29
<i>iv. Η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής-Ειδικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή ενώσεων οικονομικών φορέων.....σελ. 31</i>	σελ. 31
<i>v. Τα υποβαλλόμενα δικαιολογητικά συμμετοχής-Η νόμιμη εκπροσώπηση της ένωσης.....σελ. 39</i>	σελ. 39
<i>vi. Η σχέση της ένωσης οικονομικών φορέων με άλλους θεσμούς lato sensu συμμετοχικής παρουσίας.....σελ. 47</i>	σελ. 47
4. Τελικές σκέψεις ως προς τον θεσμό της ένωσης οικονομικών φορέων.....σελ. 49	σελ. 49

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙ

«Η Κοινοπραξία»

1. Εισαγωγικά.....σελ. 51	σελ. 51
---------------------------	---------

2. Η νομική φύση και η δικονομική υπόσταση της κοινοπραξίας μέσα από την ιστορική διαδρομή της.

A. Ως προς τη νομική φύση της κοινοπραξίας.

i. Η πρόωμη θεωρητική και νομολογιακή αντιμετώπιση της νομικής φύσης της κοινοπραξίας.....σελ. 53

ii. Η *expressis verbis* αναγνώριση της κοινοπραξίας από το δίκαιο.....σελ. 59

B. Ως προς τη δικονομική υπόσταση της κοινοπραξίας.

i. Οι αρχικές προσεγγίσεις.....σελ. 61

ii. Η μεταστροφή της νομολογίας με την ΑΠ (Ολομ.) 22/1998.....σελ. 62

iii. Η αντίθετη ΑΠ (Ολομ.) 14/2007.....σελ. 64

iv. Η κοινοπραξία ως φορέας δικονομικών δικαιωμάτων στο δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων.....σελ. 66

3. Οι δικονομικές εξελίξεις για τη νομιμοποίηση της κοινοπραξίας στον τομέα των Δημοσίων Συμβάσεων σε εθνικό και ενωσιακό επίπεδο.

A. Εθνική νομολογία.

i. Η κρατούσα άποψη.....σελ. 67

ii. Η μεταστροφή της νομολογίας με τις ΣτΕ (Ολομ.) 605 και 606/2008.....σελ. 69

B. Η θέση του ΔΕΕ.

i. Οι αποφάσεις στις υποθέσεις C-129/04 και C-492/06 και ο τρόπος που επηρέασαν τα δικονομικά δικαιώματα μιας συμμετέχουσας σε δημόσιο διαγωνισμό, κοινοπραξίας.....σελ. 74

ii. Η απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα.....σελ. 79

iii. Η εφαρμογή της νομολογίας του ΔΕΕ στις αποφάσεις του ΣτΕ.....σελ. 82

iv. Η δικονομική θέση της κοινοπραξίας ως οριστικού αναδόχου.....σελ. 88

4. Η υποβολή προσφοράς και η συμμετοχή της κοινοπραξίας σε δημόσιο διαγωνισμό.....σελ. 89

i. Το θεσμικό πλαίσιο.....σελ. 90

ii. Η σύσταση της κοινοπραξίας. Η νόμιμη εκπροσώπηση αυτής και η ευθύνη των μελών της.....σελ. 91

iii. Η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από την κοινοπραξία.....σελ. 93

iv. Η υποβολή προσφοράς από κοινοπραξία σε δημόσιο διαγωνισμό. Τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής.....σελ. 96

v. Η σχέση της κοινοπραξίας με άλλους θεσμούς *latu sensu* συμμετοχικής παρουσίας.....σελ. 97

5. Μεταβολή στη σύνθεση της κοινοπραξίας – Ειδικά η περίπτωση της υποκατάστασης μέλους αυτής.

i. Εισαγωγικά.....σελ. 97

ii. Υποκατάσταση μέλους της κοινοπραξίας κατά το προσυμβατικό στάδιο...σελ. 100

iii. Η υποκατάσταση μέλους της οριστικής αναδόχου κοινοπραξίας.....σελ. 104

- iv. *Ειδικά οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 για την υποκατάσταση αναδόχου κοινοπραξίας στις δημόσιες συμβάσεις έργων και μελετών και συναφών υπηρεσιών.....σελ. 107*
- v. *Οι περιπτώσεις πτώχευσης και θανάτου μέλους αναδόχου κοινοπραξίας..σελ.109*
- vi. *Η απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-57/01 και η κρίση για το κατά πόσο η επιγενόμενη μεταβολή στη σύνθεση μιας κοινοπραξίας που υποβάλλει προσφορά σε διαγωνισμό μεταβάλλει και τη δικονομική της θέση.....σελ. 110*
- vii. *Συμπερασματικά.....σελ. 113*
- 6. Επιμέρους ζητήματα από την παρουσία της κοινοπραξίας σε μία δημόσια διαγωνιστική διαδικασία.....σελ. 116**
- 7. Η σχέση των κοινοπρακτούντων μερών και ο αντίκτυπος της συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο μεμονωμένων μελών στις υπόλοιπες συμπράττουσες επιχειρήσεις.....σελ. 121**
- 8. Συγκριτική επισκόπηση των θεσμών της κοινοπραξίας και της ένωσης οικονομικών φορέων ως προς την πρακτική λειτουργία τους.....σελ. 127**

ΜΕΡΟΣ Β΄

ΜΟΡΦΕΣ ΕΜΜΕΣΗΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΙΚΗΣ ΠΑΡΟΥΣΙΑΣ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙΙ

«Δάνεια Εμπειρία»

- 1. Εισαγωγικά.....σελ. 131**
- 2. Ιστορική αναδρομή της καθιέρωσης του θεσμού της δάνειας εμπειρίας.**
- i. *Η εμφάνισή της στην πράξη.....σελ. 134*
- ii. *Η νομοθετική αναγνώριση της δάνειας εμπειρίας.....σελ. 134*
- 3. Η θεσμοθέτηση της «δάνειας εμπειρίας» μέσα από τις πρώιμες αποφάσεις του ΔΕΕ.**
- i. *Η αφετηρία με την αναγνώριση της δυνατότητας επίκλησης μέσων που διαθέτουν τρίτες οντότητες, ενταγμένες στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων.....σελ. 144*
- ii. *Η διαφαινόμενη εδραίωση του θεσμού με την αναγνώριση της υποχρεωτικότητας του κανόνα να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές τα επικαλούμενα μέσα τρίτων για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από έναν προσφέροντα.....σελ. 149*
- iii. *Η διεύρυνση των ορίων του νέου θεσμού και η αποκρυστάλλωση ενός αρχικού δεσμευτικού πυρήνα κανόνων ορθής εφαρμογής του.....σελ. 150*
- 4. Η εδραίωση της διαμορφωθείσας νομολογίας του ΔΕΕ.....σελ. 154**
- i. *Οι αποφάσεις του ΔΕΕ στα χρόνια ισχύος της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.*

- a. Ο έλεγχος της πλήρωσης του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας και η αυτοτέλεια της δάνειας εμπειρίας ως μέσο κάλυψης του εν λόγω κριτηρίου.....σελ. 154
- b. Η αναγνώριση της δυνατότητας σωρευτικής επίκλησης των δυνάμεων περισσοτέρων τρίτων και η εισαγωγή των πρώτων περιορισμών ως προς την τεκμηρίωση της απαιτούμενης ποιοτικής στάθμης σε δημόσιο διαγωνισμό μέσω αλλότριων πόρων.....σελ. 158
- c. Η απόλυτη ελευθερία επιλογής της νομικής φύσης των δεσμών που συνδέουν τον υποψήφιο ανάδοχο με την υποστηρικτική αυτού επιχείρηση, αλλά και του τρόπου απόδειξης της ύπαρξης των δεσμών αυτών ενώπιον της αναθέτουσας αρχής.....σελ. 161
- ii. *Οι αποφάσεις του ΔΕΕ μετά τη θέσπιση των νέων οδηγιών και η ερμηνεία των διατάξεων της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ υπό το φως των διατάξεων και των αιτιολογικών σκέψεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.*
- a. Η πραγματική διάθεση των πόρων του τρίτου ως αναγκαία προϋπόθεση χρήσης της δάνειας εμπειρίας και θεμιτοί περιορισμοί στην άσκηση του δικαιώματος επίκλησης μέσω τρίτων, εξαιτίας ιδιαιτεροτήτων που πηγάζουν από τη φύση του δημοπρατούμενου αντικειμένου.....σελ. 166
- b. Η εισαγωγή θεμιτών περιορισμών για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επάρκειας μέσω των ικανοτήτων τρίτων, εφόσον τελούν σε σύνδεση με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογοι προς αυτό.....σελ. 175
- c. Η διαφορετική αντιμετώπιση της επιβολής περιορισμών στον δανεισμό μέσω τρίτων, αναλόγως του αν αφορούν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα ή την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια.....σελ. 182
- d. Η πρώιμη αρνητική αντιμετώπιση της αρχικά αρρυθμιστής περίπτωσης αντικατάστασης του τρίτου δανείζοντος εμπειρία, φορέα.....σελ. 186
- 5. Η αποκρυσταλλωμένη εικόνα της «δάνειας εμπειρίας» λίγο πριν τη θέση σε εφαρμογή της δέσμης Οδηγιών του 2014.....σελ. 191**
- 6. Η θέση της ελληνικής νομολογίας.....σελ. 194**
I. Συμβούλιο της Επικρατείας, Διοικητικά Εφετεία & Α.Ε.Π.Π/Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.....σελ. 195
II. Ελεγκτικό Συνέδριο.....σελ. 204
- 7. Η διαμόρφωση των νέων διατάξεων μέσα από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, όπως ενσωμάτωσε το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.....σελ. 207**
- i. *Η τριμερής διάκριση των κριτηρίων επιλογής.....σελ. 207*
- ii. *Ειδικότερα η προτεινόμενη ομάδα έργου ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.....σελ. 210*

iii.	Διάκριση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και κριτηρίων ανάθεσης της σύμβασης. Η κατ' εξαίρεση δυνατότητα αξιολόγησης κριτηρίου ποιοτικής επιλογής κατά το στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς βάσει του κριτηρίου ανάθεσης...σελ.	215
iv.	Η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου για την κάλυψη συγκεκριμένων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.....σελ.	220
v.	Περαιτέρω προϋποθέσεις προσφυγής στη δάνεια εμπειρία.....σελ.	228
vi.	Η υποχρεωτική υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ. και για τον τρίτο φορέα.....σελ.	230
vii.	Δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου φορέα.....σελ.	237
viii.	Λοιποί, εκ του νόμου προβλεπόμενοι, περιορισμοί στη δυνατότητα επίκλησης της ικανότητας τρίτων φορέων.....σελ.	242
ix.	Η ειδική εξαίρεση του άρθρου 74 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 91 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.....σελ.	247
8.	Η πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ για την υποχρέωση αντικατάστασης του τρίτου φορέα.....σελ.	249
i.	Η υπόθεση C-210/20.....σελ.	249
ii.	Η υπόθεση C-927/19.....σελ.	253
9.	Τελικές παρατηρήσεις.....σελ.	255

ΚΕΦΑΛΑΙΟ IV

«Υπεργολαβία»

1.	Εισαγωγικά.....σελ.	261
2.	Η έννοια και η νομική φύση της υπεργολαβίας.....σελ.	265
3.	Διάκριση της υπεργολαβίας από «συγγενείς» έννοιες.	
i.	Υπεργολάβος και Προμηθευτής.....σελ.	271
ii.	Υπεργολαβία και υποκατάσταση ή εκχώρηση του έργου.....σελ.	272
4.	Όροι και προϋποθέσεις χρήσης του θεσμού της «υπεργολαβίας».....σελ.	273
i.	Οι θεμελιώδεις αρχές που διέπουν την ανάθεση συγκεκριμένου τμήματος της σύμβασης σε υπεργολάβο.....σελ.	274
ii.	Η υποχρέωση τήρησης των υποχρεώσεων της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας εκ μέρους του υπεργολάβου.....σελ.	277
iii.	Η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής για απευθείας καταβολή της αμοιβής στον ίδιο τον υπεργολάβο, για το τμήμα της σύμβασης που εκτέλεσε.....σελ.	278
iv.	Ο ανάδοχος μοναδικός υπεύθυνος έναντι της αναθέτουσας αρχής.....σελ.	279
v.	Η διασφάλιση της διαφάνειας στην αλυσίδα της υπεργολαβίας.....σελ.	279
vi.	Προαιρετική και υποχρεωτική επαλήθευση των λόγων αποκλεισμού για τον υπεργολάβο – Υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του.....σελ.	284

5. Η υπεργολαβία στο στάδιο της εκτέλεσης ως προς τις δημόσιες συμβάσεις έργων.....σελ.	291
6. Η υπεργολαβία μέσα από τη νομολογία του ΔΕΕ.....σελ.	295
a. Η πρώτη αποτύπωση των όρων και των προϋποθέσεων χρήσης της δυνατότητας υπεργολαβικής ανάθεσης και η συγγενής φύση της με τη δάνεια εμπειρία.....σελ.	295
b. Επιγενόμενες μεταβολές στο πρόσωπο του αρχικού υπεργολάβου και το ενδεχόμενο αυτές να συνιστούν τροποποίηση ουσιωδών όρων της δημοπρατούμενης σύμβασης.....σελ.	298
c. Όροι και προϋποθέσεις εισαγωγής θεμιτών περιορισμών στη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της διεκδικούμενης σύμβασης.....σελ.	303
d. Η έκταση των θεμιτών περιορισμών της υπεργολαβίας στο πλαίσιο διαγωνισμών που διέπονται από ειδικό νομοθετικό καθεστώς.....σελ.	306
e. Περιορισμοί στη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης στις δημόσιες συμβάσεις που εμπίπτουν στους πρώην εξαιρούμενους τομείς (<i>essential facilities</i>).....σελ.	311
f. Η ασυμβατότητα με το ενωσιακό δίκαιο της πρόβλεψης ενός γενικού κανόνα που περιορίζει το ύψος του ποσοστού υπεργολαβικής ανάθεσης σε τρίτη οντότητα στο 30%.....σελ.	314
g. Η αυτοτέλεια της συνδρομής λόγων αποκλεισμού ως προς δηλωθέντες υπεργολάβους συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και η ανάγκη για απόλυτα εξειδικευμένη κρίση της αναθέτουσας αρχής εκάστης διαγωνιστικής διαδικασίας ως προς σταθμίσεις σοβαρής και επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας εκ μέρους του, μέσω της εκτίμησης και των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων.....σελ.	316
h. Συμβατότητα με το δίκαιο της Ε.Ε. περιορισμών του ανώτατου ορίου ανάθεσης σε υπεργολάβο ποσοστού της σύμβασης σε 30% και υποχρέωση του αναδόχου για διατήρηση τιμών μονάδος των παροχών που ανατέθηκαν σε υπεργολάβους, με μείωση όχι μεγαλύτερη το 20%.....σελ.	320
7. Η σχέση υπεργολαβίας και δάνειας εμπειρίας.....σελ.	322
ΕΠΙΛΟΓΟΣ.....σελ.	334
ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ/ΠΕΡΙΟΔΙΚΑ.....σελ.	336
ΙΣΤΟΣΕΛΙΔΕΣ.....σελ.	337
ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΕΙΣ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ.....σελ.	337
ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΕΣ ΟΔΗΓΙΕΣ (ΠΡΩΗΝ) ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).....σελ.	338

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΠΡΟΕΔΡΟΥ ΤΗΣ (ΠΡΩΗΝ) Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.....	σελ. 338
--	-----------------

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ - ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

Ελληνική.....	σελ. 338
Ξενόγλωσση.....	σελ. 346
Ανεξάρτητες δημοσιεύσεις.....	σελ. 354

ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ

Νόμοι.....	σελ. 354
Προεδρικά Διατάγματα.....	σελ. 355
Νομοθετικά Διατάγματα.....	σελ. 355
Υπουργικές Αποφάσεις.....	σελ. 356
Κανονισμοί.....	σελ. 356
Οδηγίες.....	σελ. 356

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

Συμβούλιο της Επικρατείας.....	σελ. 356
Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας.....	σελ. 359

Διοικητικά Εφετεία

<i>Αθηνών.....</i>	<i>σελ. 362</i>
<i>Θεσσαλονίκης.....</i>	<i>σελ. 364</i>
<i>Κομοτηνής.....</i>	<i>σελ. 364</i>
<i>Λάρισας.....</i>	<i>σελ. 364</i>
<i>Πατρών.....</i>	<i>σελ. 364</i>
<i>Πειραιώς.....</i>	<i>σελ. 365</i>
<i>Τριπόλεως.....</i>	<i>σελ. 365</i>
<i>Χανίων.....</i>	<i>σελ. 365</i>

Διοικητικά Πρωτοδικεία

<i>Αθηνών.....</i>	<i>σελ. 365</i>
Άρειος Πάγος.....	σελ. 365

Εφετεία (πολιτικά)

<i>Αθηνών.....</i>	<i>σελ. 366</i>
<i>Δυτικής Μακεδονίας.....</i>	<i>σελ. 367</i>
<i>Θεσσαλονίκης.....</i>	<i>σελ. 367</i>
<i>Θράκης.....</i>	<i>σελ. 367</i>
<i>Λάρισας.....</i>	<i>σελ. 367</i>
<i>Πατρών.....</i>	<i>σελ. 367</i>
<i>Πειραιώς.....</i>	<i>σελ. 367</i>

Πρωτοδικεία Πολιτικά (Μονομελή και Πολυμελή)

<i>Αθηνών.....</i>	<i>σελ. 368</i>
<i>Βόλου.....</i>	<i>σελ. 368</i>
<i>Θεσσαλονίκης.....</i>	<i>σελ. 368</i>
<i>Καλαμάτας.....</i>	<i>σελ. 368</i>

Ελεγκτικό Συνέδριο (Κλιμάκια και Τμήματα)

<i>Τμήματα</i>σελ. 368
<i>Μείζων 7μελής Σύνθεση</i>σελ. 369
<i>Ολομέλεια</i>σελ. 370
<i>Κλιμάκια</i>σελ. 370
Νομικό Συμβούλιο του Κράτουςσελ. 370
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)σελ. 371
Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.)σελ. 373
Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσηςσελ. 374
Πρωτοδικείο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΠΕΕ)σελ. 377

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

I. Ο ρόλος των δημοσίων συμβάσεων¹ στη σύγχρονη οικονομία.

Οι δημόσιες συμβάσεις αφορούν το πως οι φορείς του δημοσίου αναλώνουν το δημόσιο χρήμα, προκειμένου να καλύψουν τις ανάγκες τους αγοράζοντας αγαθά, έργα και υπηρεσίες. Το ανεξάντλητο εύρος και η έκταση των αντικειμένων που μπορούν καλυφθούν μέσω ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων αντανακλά και τη νευραλγική θέση που καταλαμβάνουν αυτές στις εθνικές οικονομίες. Με τον συνολικό όγκο συναλλαγών να ανέρχεται στο ποσό των 2,448 τρισεκατομμυρίων ευρώ και με την εκτίμηση ότι παράγουν περισσότερο από το 16% του Ακαθάριστου Εθνικού Προϊόντος (εφεξής «Α.Ε.Π.») της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «Ε.Ε.»), γίνεται εύκολα αντιληπτό γιατί οι δημόσιες συμβάσεις διαδραματίζουν έναν καθοριστικό ρόλο στις οικονομίες των κρατών μελών². Παράλληλα, στη χώρα μας, με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών – είτε βάσει του Ν. 4412/2016 για τις συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και του Ν. 4413/2016 για τις συμβάσεις παραχώρησης είτε του Ν. 3978/2011 για τις συμβάσεις στον τομέα της άμυνας και της ασφάλειας – να αποτελεί μονόδρομο για το σύνολο σχεδόν του δημόσιου τομέα (αναθέτουσες αρχές και αναθέτοντες φορείς) και από την άλλη πλευρά, απροσδιόριστο αριθμό εν δυνάμει οικονομικών φορέων να ασκεί την κύρια επιχειρηματική του δραστηριότητα, λαμβάνοντας μέρος στις προκηρυσσόμενες διαδικασίες επιδιώκοντας να του ανατεθεί μία δημόσια σύμβαση ή μέρος αυτής, δεν θα ήταν υπερβολή να ειπωθεί ότι οι δημόσιες συμβάσεις απασχολούν άμεσα ή έμμεσα, το σύνολο του επιχειρηματικού κόσμου τόσο πανευρωπαϊκά όσο και εντός των ελληνικών συνόρων.

Μάλιστα, εκτιμάται ότι η πλέον πρόσφατη δέσμη οδηγιών του 2014, οδήγησε σε αύξηση της τάξης των 2,88 δισεκατομμυρίων ευρώ ετησίως στο Α.Ε.Π. της Ε.Ε., ενώ σύμφωνα με πρόσφατες μελέτες, η εναρμόνιση των εθνικών νομοθεσιών με την παράλληλη εγκαθίδρυση ενός ενιαίου *level playing field* για τους συμμετέχοντες σε διαγωνισμούς οικονομικούς φορείς, εκτόξευσε τη συνολική αξία των αναθέσεων δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών από λιγότερα από 200 δισεκατομμύρια ευρώ πριν το 2014, σε περίπου 525 δισεκατομμύρια ευρώ, μετά την εισαγωγή του νέου κανονιστικού πλαισίου, με το ποσό αυτό να αναμένεται να αυξηθεί ακόμα περισσότερο τα επόμενα χρόνια.

II. Οι βασικοί άξονες της νομοθετικής παραγωγής στους κόλπους της Ε.Ε.

Ο συντονισμός των σχετικών εθνικών κανόνων για τη διεξαγωγή δημοσίων διαγωνισμών και την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αρχικά με τη δέσμη οδηγιών του 2004 και ακόμα περισσότερο η νομοθετική πρωτοβουλία του 2014, με γνώμονα την ενίσχυση του ανταγωνισμού εντός της Ε.Ε., επί τη βάση των αρχών της διαφάνειας,

¹ Για την έννοια και τη νομική φύση των δημοσίων συμβάσεων βλ. *Ε. Σπηλιωτόπουλο-Β. Κονδύλη*, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος Ι, 16^η Έκδοση, 2023, σελ. 244 επ. και *Α. Γέροντα*, σε Διοικητικό Δίκαιο, *Γέροντας Απόστολος, Παυλόπουλος Προκόπης, Σιούτη Γλυκερία, Φλογαίτης Σπυρίδων*, 5^η Έκδοση, 2022, σελ. 339 επ.

² Τα στοιχεία αντλήθηκαν από την ιστοσελίδα <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/el/home> του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, η οποία περιέχει θεματολογικά δελτία για την Ευρωπαϊκή Ένωση.

της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων, της αποφυγής διακρίσεων και της εξασφάλισης ισότιμης πρόσβασης στις αγορές των κρατών μελών για τους οικονομικούς φορείς, όχι μόνο αντιμετώπισαν αποτελεσματικά τα παρατηρούμενα κατά το παρελθόν φαινόμενα συμπαγνίας και διαφθοράς, αλλά άνοιξαν διάπλατα τον δρόμο για να αποκτήσουν ευρύτερη πρόσβαση στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων οι Μικρομεσαίες Επιχειρήσεις (εφεξής «ΜΜΕ»). Οι τελευταίες αποτελώντας τη συντριπτική πλειοψηφία ενεργών στον τομέα των δημόσιων διαγωνισμών, οικονομικών φορέων όχι μόνο στην Ελλάδα, αλλά και σε πανευρωπαϊκό επίπεδο, βρέθηκαν στο επίκεντρο του ενδιαφέροντος του ενωσιακού νομοθέτη και οι ανάγκες τους λήφθηκαν πολύ σοβαρά υπόψη για την κατάστρωση του νέου ρυθμιστικού πλαισίου.

Η απλοποίηση των διαδικασιών ανάθεσης με την περιστολή του διοικητικού φόρτου και της γραφειοκρατίας, η διεξαγωγή σχεδόν κατ' αποκλειστικότητα των δημόσιων διαγωνισμών ηλεκτρονικά³, η καθιέρωση του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (εφεξής «Ε.Ε.Ε.Σ.»)⁴ σε αντικατάσταση του όγκου έγχαρτων δικαιολογητικών, η συστηματοποίηση των απαιτούμενων κριτηρίων επαγγελματικής καταλληλότητας, των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με τα οποία προσδιορίζεται η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ή/και η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων, αλλά και η καθιέρωση ενός ενιαίου πλαισίου αξιολόγησης των λόγων αποκλεισμού διευκόλυναν την πρόσβαση για όλους τους εν δυνάμει ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσα από συνθήκες διαφάνειας, αμεροληψίας και ισότιμης, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις, μεταχείρισης.

Ταυτόχρονα, το νέο κανονιστικό πλαίσιο έχει λάβει υπόψη του και έχει προσαρμοστεί σε σύγχρονες απαιτήσεις, περιλαμβάνοντας περιβαλλοντικές διατάξεις για τις πράσινες συμβάσεις, μέσω της κοστολόγησης του κύκλου ζωής και τη δυνατότητα αναφοράς σε ειδικό σήμα ή σε οικολογικό σήμα, αλλά και διατάξεις του κοινωνικοασφαλιστικού δικαίου. Εξίσου σημαντικό ρόλο παίζουν οι εν γένει κοινωνικές πτυχές, με διατάξεις που σχετίζονται με την κοινωνική ένταξη και τα κοινωνικά κριτήρια, στοχεύοντας στην ανάδειξη αναδόχων, οικονομικών φορέων που είναι οικονομικά φερέγγυοι, τεχνικά και επαγγελματικά αξιόπιστοι και συνολικά κατάλληλοι για την άρτια, εμπρόθεσμη και έντεχνη εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης που τους ανατίθεται.

Στο πλαίσιο δε αυτό, θα πρέπει να γίνει ειδική μνεία στην ολοκληρωμένη πλέον ρύθμιση ζητημάτων συμμετοχικής παρουσίας πλειόνων του ενός φορέα στους διεξαγόμενους διαγωνισμούς, καθώς μέσα από διαφόρων μορφών πρόσκαιρες ή

³ Στη χώρα μας, μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής «Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.») ή άλλης ηλεκτρονικής πλατφόρμας.

⁴ Πρόκειται για το *European Single Procurement Document (ESPD)*, όπως είχε προβλεφθεί ως Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (Ε.Ε.Ε.Π.) στο Παράρτημα 1 του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5^{ης} Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕ L 3/16 της 06.01.2016), όπως τροποποιήθηκε σε Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) με το Παράρτημα 2 του διορθωτικού στον εκτελεστικό κανονισμό (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής, της 5^{ης} Ιανουαρίου 2016, για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕ L 17/65 της 23.01.2018).

διαρκείς συνεργασίες (ενώσεις και κοινοπραξίες) ή άλλους, επιτρεπτούς από το δίκαιο, συνδυασμούς δυνάμεων (δάνεια εμπειρία, υπεργολαβία), παρέχονται κίνητρα για την ανάπτυξη συμπράξεων μεταξύ οικονομικών φορέων, ενισχύοντας έτσι την ανταγωνιστικότητά τους.

Σαφώς, κινούμενο στον ίδιο άξονα, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο έχει αναλάβει δράσεις μέσα από τη σύναψη διμερών ή πολυμερών συμφωνιών της Ε.Ε. με τρίτα κράτη ή περιφερειακές ενώσεις κρατών, προκειμένου να επιτευχθεί με όρους ισοτιμίας και αμοιβαιότητας το άνοιγμα και η παροχή ίσης πρόσβασης στην αγορά δημοσίων συμβάσεων της Ε.Ε. και σε τρίτες χώρες, αλλά και αντίστροφα⁵. Υπό το ίδιο πρίσμα, εκδόθηκε πρόσφατα ο Κανονισμός (ΕΕ) 2022/1031⁶, με τον οποίο τέθηκαν σε εφαρμογή μέτρα IPI (*International Procurement Instrument*).

Παράλληλα, η εξασφάλιση παροχής αποτελεσματικής έννομης προστασίας μέσα από την άσκηση προσφυγών και ενδίκων βοηθημάτων σε σύντομες προθεσμίες, σε συνδυασμό με την ερμηνευτική προσέγγιση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων μέσα από τις αποφάσεις του εθνικών δικαστηρίων, αλλά και του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «ΔΕΕ»), ενίσχυσε την αξιοπιστία του συστήματος απονομής δικαιοσύνης και επίλυσης των αναφυόμενων διαφορών, συμβάλλοντας στην αμεσότερη συμβασιοποίηση των αντικειμένων των προκηρυσσόμενων διαγωνιστικών διαδικασιών.

III. Ειδικά ο ρόλος των ΜΜΕ και η ανάπτυξη συνεργειών μεταξύ οικονομικών φορέων.

Σε συνέχεια των ως άνω εισαγωγικών παρατηρήσεων, αποτελεί κοινό τόπο ότι στα πλαίσια μιας προϊούσας πορείας προς την ευρωπαϊκή ολοκλήρωση, βασικό όχημα για την οικονομική σύγκλιση των χωρών μελών της Ε.Ε. αποτελεί η εναρμόνιση των κανόνων που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Ταυτόχρονα, θεωρείται επίσης δεδομένο ότι για τη βέλτιστη λειτουργία και την πραγμάτωση των επιδιωκόμενων σκοπών των συμβάσεων του ευρύτερου δημόσιου τομέα σε πανευρωπαϊκό επίπεδο, είναι επιβεβλημένη ανάγκη το άνοιγμα της αγοράς των τελευταίων σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, ανεξαρτήτως της

⁵ Βλ. σχετικά την Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Να γίνουν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών αποτελεσματικές μέσα στην Ευρώπη και για την Ευρώπη*», 03.10.2017, COM(2017) 572 τελικό, την Ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «*Κατευθυντήριες γραμμές για τη συμμετοχή προσφερόντων και αγαθών από τρίτες χώρες στην αγορά δημοσίων συμβάσεων της ΕΕ*», 27.07.2019, C(2019), 5494 τελικό, την Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Ευρωπαϊκή στρατηγική για τα δεδομένα*», 19.02.2020, COM(2020) 66 τελικό, αλλά και τα Συμπεράσματα της Συνόδου του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου (21 και 22 Μαρτίου 2019), 22 Μαρτίου 2019.

⁶ Κανονισμός (ΕΕ) 2022/1031 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23^{ης} Ιουνίου 2022 σχετικά με την πρόσβαση των οικονομικών φορέων, αγαθών και υπηρεσιών τρίτων χωρών στις αγορές της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης και τις διαδικασίες που υποστηρίζουν τις διαπραγματεύσεις σχετικά με την πρόσβαση των οικονομικών φορέων, αγαθών και υπηρεσιών της Ένωσης στις αγορές δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχώρησης τρίτων χωρών (μέσο για τις διεθνείς δημόσιες συμβάσεις — IPI) (ΕΕ L 173/1 της 30.06.2022).

σύνθεσης αυτών ή του μεγέθους τους⁷. Ιδιαίτερη μέριμνα δε λαμβάνεται, όπως ήδη ειπώθηκε, για τη στήριξη και την ενίσχυση της συμμετοχής στους δημόσιους διαγωνισμούς των ΜΜΕ⁸. Συγκεκριμένα, όπως έχει διαπιστωθεί⁹, οι ΜΜΕ αποτελούν τη «ραχοκοκαλιά» της οικονομίας της Ε.Ε. και κατά συνέπεια είναι κρίσιμο να ενθαρρύνεται και να ενισχύεται η συμμετοχή τους, στις προκηρυσσόμενες διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών, υπηρεσιών και μελετών.

Στο ανωτέρω πλαίσιο αναπτύχθηκε η πρωτοβουλία «Small Business Act» (εφεξής «SBA»)¹⁰, με σκοπό την προώθηση της επιχειρηματικότητας και την τόνωση της ανταγωνιστικότητας των ΜΜΕ, μέσω της χάραξης ενιαίας πολιτικής πανευρωπαϊκά και ανάληψης νομοθετικής δράσης, αμφοτέρων στηριζόμενων στην αρχή «*προτεραιότητα στις μικρές επιχειρήσεις*»¹¹. Η πρωτοβουλία SBA με γνώμονα την επίτευξη των στόχων της νέας μεταρρυθμιστικής ατζέντας της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, ήτοι της στρατηγικής «Ευρώπη 2020»¹², περιλαμβάνει δράσεις που σχετίζονται με την ενδυνάμωση της επιχειρηματικής δράσης των ΜΜΕ, κεντρικός πυρήνας της οποίας είναι η δυναμική παρουσία τους στους δημόσιους διαγωνισμούς. Αποτελεί δε χαρακτηριστικό ότι η πρωτοβουλία SBA στηρίζεται στην υιοθέτηση δέκα βασικών αρχών και στην προώθηση συγκεκριμένων ενεργειών, μία από τις οποίες αφορά τη βελτίωση της πρόσβασης στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων για τις ΜΜΕ.

Ενόψει αυτών, καθίσταται καίριας σημασίας η διευκόλυνση συμμετοχής των ΜΜΕ σε δημόσιες διαδικασίες ανάθεσης, ακόμα και μεγάλου μεγέθους από άποψη αντικειμένου ή προϋπολογισμού, όχι ενδεχομένως αυτοτελώς, σε περίπτωση που δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα τεχνικά ή οικονομικά μέσα, ώστε να συμμετάσχουν ως αυτόνομοι προσφέροντες και να διεκδικήσουν να ανακηρυχθούν ανάδοχοι μιας προς ανάθεση σύμβασης, αλλά μέσω ποικίλης μορφής συνεργειών με τρίτους φορείς. Με γνώμονα αυτές τις επιταγές του δικαίου της Ένωσης, η διαμόρφωση ενός ασφαλούς πλαισίου συνεργασίας των ενδιαφερόμενων να μετάσχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς οικονομικών φορέων, φέρνει στο προσκήνιο την ανάγκη για ανάδειξη θεσμών συμμετοχικής παρουσίας τους και την παροχή σε αυτούς της δυνατότητας διεκδίκησης πλέον ανάδειξής τους ως τελικών αναδόχων μιας δημόσιας σύμβασης, μέσω ενώσεων

⁷ Βλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 2076/25.04.2016, Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 295/2015, με θέμα: «*Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων*»).

⁸ Όπως αυτές ορίζονται βάσει της 2003/361/ΕΚ Σύστασης της Επιτροπής της 6^{ης} Μαΐου 2003 (ΕΕ L 124/36 της 20.05.2003).

⁹ Έγγραφο εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής με τίτλο «*Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*», 25.06.2008, SEC(2008) 2193.

¹⁰ Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, στο Συμβούλιο, στην Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και στην Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Προτεραιότητα στις μικρές επιχειρήσεις-Μια "Small Business Act" για την Ευρώπη*», 25.06.2008, COM(2008) 394 τελικό.

¹¹ Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Ανασκόπηση της πρωτοβουλίας «Small Business Act» για την Ευρώπη*», 23.02.2011, COM(2011) 78 τελικό.

¹² Ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «*Ευρώπη 2020, Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη*», 03.03.2010, COM(2010) 2020 τελικό.

προσώπων, κοινοπρακτικών σχηματισμών, ανάθεσης υπεργολαβιών και εσχάτως μέσω της στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων.

«*Ní neart go cur le chéile*»¹³ και στην περίπτωση παροχής ουσιαστικών κινήτρων για την υποστήριξη της επιχειρηματικής δραστηριότητας των ΜΜΕ που είναι ενεργές στον τομέα των δημόσιων διαγωνισμών, αυτό έγινε από νωρίς αντιληπτό από τον ενωσιακό νομοθέτη. Οι κατά περίπτωση περιορισμένες οικονομικές και τεχνικές δυνατότητες, η έλλειψη πόρων, επαρκούς εξοπλισμού, ανθρώπινου δυναμικού, μηχανημάτων κλπ., η αδυναμία απόδειξης προηγούμενης εμπειρίας, κ.α., στοιχεία δηλαδή που κατά κανόνα χαρακτηρίζουν το συγκεκριμένων δυνατοτήτων όριο επιχειρήσεων μεσαίου ή μικρού μεγέθους, ήταν ικανά να θέσουν εν τοις πράγμασι το σύνολο των ΜΜΕ εκτός διαγωνιστικών διαδικασιών, περιορίζοντας την ανάπτυξη ικανού ανταγωνισμού κατά τη διενέργειά τους σε κρίσιμα χαμηλά επίπεδα, γεγονός που προφανώς δεν μπορούσε να γίνει ανεκτό εντός του πλέγματος των στόχων, την πραγμάτωση των οποίων (οφείλει να) υπηρετεί το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων σε επίπεδο Ε.Ε.

IV. Διάγραμμα ύλης.

Στο πλαίσιο της παρούσας διατριβής, επιχειρείται η αποτύπωση του υπάρχοντος νομοθετικού πλαισίου αναφορικά με τους θεσμούς της ένωσης προσώπων, της κοινοπραξίας, της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβίας, μέσα από τη διαδρομή τους στον χρόνο και την παρουσία τους ήδη σε παλαιότερα νομοθετικά κείμενα ή τη νομολογιακή τους διάπλαση μέσα από τις αποφάσεις του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ) και μετέπειτα ΔΕΕ, μέχρι την αποκρυστάλλωσή τους στις πλέον πρόσφατες οδηγίες. Παράλληλα, αναλύονται διεξοδικά οι επίμαχες διατάξεις του ισχύοντος ρυθμιστικού πλαισίου της Ένωσης, ως μεθοδολογικά εργαλεία κατάστρωσης και πρακτικής εφαρμογής των παρεχόμενων δυνατοτήτων συνεργασίας μεταξύ πλειόνων οικονομικών φορέων. Ιδιαίτερη βαρύτητα δίδεται σε ενδεχόμενες αστοχίες, σημεία ερμηνευτικής τριβής, ενώ προτείνονται στο μέτρο του εφικτού, πιθανές λύσεις και ενδεδειγμένες προσεγγίσεις, πάντοτε υπό το πρίσμα της περιπτωσιολογικής εξέτασης εκάστης κρινόμενης υπόθεσης.

Κατά συνέπεια, στο Α΄ μέρος της διατριβής και στα Κεφάλαια I & II γίνεται εκτενής αναφορά στους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος από κοινού στη διαγωνιστική διαδικασία, αναδεικνύονται ανάδοχοι ως τέτοιοι και ως εκ τούτου χαρακτηρίζονται ως φορείς άμεσης συμμετοχής στη τελική σύμβαση με την αναθέτουσα αρχή. Αντιθέτως, το Β΄ μέρος της διατριβής (Κεφάλαια III & IV) αφορά τους φορείς, οι οποίοι λαμβάνουν μέρος στον διαγωνισμό συμπράττοντας μεν, αλλά όχι ως ενιαίος προσφέρων και συνεπώς, στο στάδιο της κατακύρωσης πλέον, χαρακτηρίζονται ως φορείς έμμεσης ή οιονεί συμμετοχής κατά την υπογραφή της σύμβασης ανάθεσης. Συγχρόνως, επισκοπούνται οι εν λόγω θεσμοί συμμετοχικής παρουσίας με κριτικό πνεύμα, όπως προβλέπονται μέσα από τα αντίστοιχα άρθρα του δικαίου της Ένωσης και της εθνικής νομοθεσίας, αλλά και η διαμορφωθείσα νομολογία του ΔΕΕ και των εθνικών δικαστηρίων γύρω από αυτές, ενώ στο τέλος εκάστου

¹³ «*There's no strength without unity*», σύμφωνα με το παρατιθέμενο ιρλανδικό ρητό.

μέρους, παρατίθεται μία συγκριτική ανάλυση των συγγενών θεσμών, με σκοπό να αναδειχθούν τα αναφεύμενα σχετικά ζητήματα, οι ομοιότητες και οι διαφορές τους, τα σημεία αλληλοεπικάλυψης, καθώς και οι προοπτικές τους στο εγγύς μέλλον, μέσα από ενδεχόμενη ανάληψη σχετικής νομοθετικής πρωτοβουλίας.

Τα δύο κεφάλαια του Α΄ μέρους της παρούσας μελέτης αναφέρονται σε θεσμούς που θα μπορούσαν να χαρακτηριστούν *per se* συμμετοχικοί, δεδομένου ότι τόσο στην ένωση προσώπων όσο και στην κοινοπραξία, ουσιαστικά τα συμμετέχοντα σε αυτές μέλη, απεμπολούν μέρος της αυτοτέλειας και της αυτοδιάθεσής τους και συμπράττουν με άλλους οικονομικούς φορείς, σχηματίζοντας έναν ενιαίο φορέα, ο οποίος λαμβάνει μέρος στον δημόσιο διαγωνισμό ως προσφέρων, ανακηρύσσεται ανάδοχος και είναι φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων έναντι της αναθέτουσας αρχής τόσο στο προσυμβατικό στάδιο όσο και κατά το στάδιο εκτέλεσης της ανατεθείσας σύμβασης. Συμμετέχοντες στον διαγωνισμό και αντισυμβαλλόμενοι της αρχής, δεν είναι οι επιμέρους συμπράττουσες επιχειρήσεις, αλλά ο ενιαίος οικονομικός φορέας (ένωση, κοινοπραξία) υπό την σκέπη του οποίου, «*συστηγάζονται*» αυτόνομες οντότητες, νομικά ή φυσικά πρόσωπα.

Αντίθετα, στην περίπτωση της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβίας που αναλύονται ενδελεχώς στα αντίστοιχα δύο κεφάλαια του Β΄ μέρους, προκύπτει η έννοια του οιονεί συμμετέχοντος διαγωνιζόμενου, αφού «*συνδιαλεγόμενος*» φορέας της αναθέτουσας αρχής είτε κατά το διαγωνιστικό στάδιο είτε στο επιγενόμενο στάδιο ανάθεσης στον τελικό ανάδοχο της δημοπρατούμενης σύμβασης, παραμένει μόνο ο ίδιος ο προσφέρων. Αυτός ανακηρύσσεται (εν τέλει) και αντισυμβαλλόμενος ανάδοχος, ως αυτόνομος οικονομικός φορέας, ο οποίος απλά στηρίζεται στις τεχνικές και επαγγελματικές ή οικονομικές-χρηματοοικονομικές ικανότητες τρίτων ή αναθέτει υπεργολαβικά την εκτέλεση μέρους της αναληφθείσας σύμβασης σε έτερο φορέα. Κρίσιμο στοιχείο όμως και στις δύο τελευταίες περιπτώσεις, όπως καταδεικνύεται εναργώς, είναι ότι έναντι της αναθέτουσας αρχής, δικαιώματα και υποχρεώσεις έχει αποκλειστικά και μόνο ο συμμετέχων οικονομικός φορέας και όχι ο δανείζων εμπειρία ή ο υπεργολάβος, οι οποίοι αμφότεροι, είναι σαφές ότι παραμένουν καθ' όλη την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και εν συνεχεία στο συμβατικό στάδιο, τρίτοι.

ΜΕΡΟΣ Α΄
ΜΟΡΦΕΣ ΑΜΕΣΗΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΙΚΗΣ ΠΑΡΟΥΣΙΑΣ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Ι
«Η Ένωση Οικονομικών Φορέων»

1. Εισαγωγικά.

Όπως ήδη εκτέθηκε αναλυτικά στον Πρόλογο, η ένωση προσώπων συνιστά τη μία εκ των δύο μορφών *stricto sensu*, συμμετοχικής παρουσίας πλειόνων οικονομικών φορέων, που αναγνωρίζει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Και από ιστορικής άποψης, η δυνατότητα περισσότερων του ενός οικονομικών φορέων, να υποβάλλουν προσφορά και να συμμετάσχουν από κοινού σε μία δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, ουδέποτε διέλαθε της προσοχής του ενωσιακού νομοθέτη και αποτέλεσε βασική του μέριμνα ήδη από τα πρώτα βήματα της νομοθετικής πρωτοβουλίας που αναπτύχθηκε, στο πλαίσιο της προϊούσας πορείας προς την ευρωπαϊκή ολοκλήρωση και την εναρμόνιση των εθνικών νομοθεσιών των κρατών-μελών της Ένωσης, στον τομέα της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Έτσι, είναι διάχυτη, με ποικίλη κάθε φορά εννοιολογική προσέγγιση, η σαφής πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, ακόμα και στα κείμενα των πρώιμων οδηγιών, οι κανόνες, με τους οποίους θεσπίζονταν κοινές διατάξεις για την οικονομική σύγκλιση των χωρών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, να συμπεριλάβουν στο ρυθμιστικό τους πλαίσιο, ρητές προβλέψεις, παρέχοντας στους οικονομικούς φορείς τη δυνατότητα να λάβουν μέρος σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, με κάποιο είδος επιχειρηματικού συνασπισμού τους.

Μάλιστα, είναι εμφανές ότι κατά τα πρώτα στάδια αποτύπωσης κοινών διατάξεων για την καθιέρωση ενός ομοιόμορφου κανονιστικού πλαισίου διεξαγωγής δημοσίων διαγωνισμών, πανευρωπαϊκά, διαπιστώνεται μία εννοιολογική επικάλυψη διακριτών (στη σημερινή εποχή) εννοιών, οι οποίες όμως πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι επιδιώκουν να ρυθμίσουν ένα και το αυτό ζήτημα, ήτοι την από κοινού συμμετοχή περισσότερων του ενός οικονομικών φορέων. Υπό την έννοια αυτή, η εναλλαγή των όρων «κοινοπραξίες αναδόχων»¹⁴, «κοινοπραξίες προμηθευτών»¹⁵, «κοινοπραξίες»¹⁶, «ενώσεις προμηθευτών»¹⁷, «κοινοπραξίες εργοληπτών»¹⁸, ή ο πιο περιληπτικός όρος «κοινοπραξίες προμηθευτών, εργοληπτών ή παρεχόντων υπηρεσιών»¹⁹, όπως οι

¹⁴ Άρθρο 21 της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 26^{ης} Ιουλίου 1971 περί συντονισμού για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 185/5 της 16.08.1971).

¹⁵ Άρθρο 18 της Οδηγίας 77/62/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21^{ης} Δεκεμβρίου 1976 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών (ΕΕ L 13/1 της 15.01.1977).

¹⁶ Άρθρο 26 της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 18^{ης} Ιουνίου 1991 για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209/1 της 24.07.1992).

¹⁷ Άρθρο 18 της Οδηγίας 93/36/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14^{ης} Ιουνίου 1993 περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων προμηθειών (ΕΕ L 199/1 της 09.08.1993) που ουσιαστικά αποτελεί και την πρώτη αναφορά σε «ενώσεις προσώπων».

¹⁸ Άρθρο 21 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14^{ης} Ιουνίου 1993 περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199/54 της 09.08.1993), το οποίο ουσιαστικά αντικατέστησε το άρθρο 21 της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ.

¹⁹ Άρθρο 33 της Οδηγίας 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 14^{ης} Ιουνίου 1993 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 199/84 της 09.08.1993).

τελευταίοι τρεις όροι εισήχθησαν στη δέσμη οδηγιών του 1993, η οποία επιχείρησε για πρώτη φορά να ρυθμίσει συνολικά, καίτοι σαφέστατα βάσει απολύτως διακριτών νομοθετημάτων, τη διεξαγωγή διαγωνισμών που αφορούσαν δημόσιες προμήθειες, δημόσια έργα και τους πρώην εξαιρούμενους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, δεν αποτυπώνει κάποια ουσιαστική εννοιολογική διαφοροποίηση, αλλά οφείλεται απλώς και μόνο στο διαφορετικό ρυθμιστικό πεδίο που επιδιώκει να καλύψει εκάστη οδηγία.

Αναμφίβολα, περισσότερο αποκρυσταλλωμένη, είναι η αντιμετώπιση που επεφύλαξε ο νομοθέτης στη συνδυασμένη δράση οικονομικών φορέων, οι οποίοι δεν μετέχουν μεμονωμένα σε έναν προκηρυσσόμενο δημόσιο διαγωνισμό, όπως ευχερώς διαπιστώνεται στις σχετικές ρυθμίσεις της πιο πρόσφατης νομοθεσίας²⁰, ενώ η κεκτημένη εμπειρία από τη μέχρι σήμερα διαδρομή των ανωτέρω διατάξεων, οδήγησε στην αναλυτικότερη και περιεκτικότερη διατύπωση των αντίστοιχων προβλέψεων των εν ισχύ οδηγιών, σχετικά με τη δυνατότητα συμμετοχικών σχημάτων²¹ να υποβάλλουν προσφορά ή αίτηση συμμετοχής σε έναν δημόσιο διαγωνισμό²². Με μικρές λεκτικές αποκλίσεις ενσωμάτωσε τις επίμαχες διατάξεις και ο εθνικός νομοθέτης²³. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 2 παρ. 1 περίπτωση 11) του Ν. 4412/2016, με πληρότητα και σαφήνεια ορίζεται η έννοια του «οικονομικού φορέα» που δύναται νομίμως να λάβει μέρος σε έναν διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, στην οποία αναμφισβήτητα

²⁰ Άρθρο 1 περίπτωση (7) και άρθρο 11 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/17/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31^{ης} Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ L 134/1 της 30.04.2004) και άρθρο 1 παρ. 8 και άρθρο 4 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31^{ης} Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134/114 της 30.04.2004).

²¹ Άρθρο 2 παρ. 1 περίπτωση 10) και άρθρο 19 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/EK (ΕΕ L 94/65 της 28.03.2014) και άρθρο 2 περίπτωση 6) και άρθρο 37 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014 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/EK (ΕΕ L 94/243 της 28.03.2014). Πρβλ. και τις αιτιολογικές σκέψεις 14, 15 και 21 της ίδιας οδηγίας. Την ίδια λογική ακολούθησε και η Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης (ΕΕ L 94/1 της 28.03.2014), στα άρθρα 5 περίπτωση 2) και 26 παρ. 2 αυτής, όπως οι συμβάσεις παραχώρησης αντιμετωπίστηκαν για πρώτη φορά με χωριστό νομοθέτημα. Παρεμφερής είναι και η διατύπωση του άρθρου 1 περίπτωση 13) και του άρθρου 5 παρ. 2 της Οδηγίας 2009/81/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13^{ης} Ιουλίου 2009 σχετικά με τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης ορισμένων συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας καθώς και την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/EK και 2004/18/EK (ΕΕ L 216/76 της 20.08.2009). Βλ. σχετικά και Κ. Γιαννακόπουλο, Δημόσιες Συμβάσεις και Συμβάσεις Παραχώρησης. Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2019, σελ. 100.

²² Αναλόγως αν πρόκειται για ανοιχτές διαδικασίες ή κλειστές κατά την έννοια των άρθρων 27 και 28 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 45 και 46 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αντίστοιχα.

²³ Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016), πρβλ. και Ε. Σπηλιωτόπουλο-Β. Κονδύλη, ό.π., σελ. 251-289.

εμπίπτει και η ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων μεταξύ επιχειρήσεων²⁴.

Καίτοι λοιπόν, κατόπιν των εισαγωγικών παρατηρήσεων που προηγήθηκαν, καθίσταται σαφές ότι η ένωση οικονομικών φορέων και η σύμπραξη οικονομικών φορέων, στον βαθμό που η τελευταία, κατά το μάλλον ή ήττον, αντανακλά τις σχετικές διατάξεις για την κοινοπραξία, ακολουθούν «*βίους παράλληλους*» και διέπονται κατά βάση από το ίδιο κανονιστικό πλαίσιο, είναι εξίσου σαφής η διαφορετική νομική φύση τους, αλλά και η διακριτή περιπτώσιολογική τους αντιμετώπιση μέσα, όχι μόνο από τις διατάξεις του ίδιου του Ν. 4412/2016, αλλά και από τη νομολογία του ΔΕΕ και των ελληνικών Δικαστηρίων. Τούτων δοθέντων, οι δύο έννοιες καθίστανται δύο απολύτως χωριστές μορφές συμμετοχικής παρουσίας σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες²⁵ και με αυτή τη λογική θα επιχειρηθεί διαδοχικά, η συστηματική προσέγγιση και παρουσίασή τους.

2. Η νομική φύση & η δικονομική υπόσταση της ένωσης προσώπων.

A. Νομική φύση.

Πριν προβούμε στην ενδελεχή ανάλυση της ένωσης, ως μορφής «*εν στενή εννοία*» συμμετοχικής παρουσίας πλειόνων οικονομικών φορέων, υπό το πρίσμα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και της υποβολής προσφοράς εκ μέρους της για την ανάδειξή της σε ανάδοχο μιας διεκδικούμενης σύμβασης, η οποία αποτελεί και το κύριο αντικείμενο του παρόντος κεφαλαίου, κρίνεται σκόπιμη μια σύντομη επισκόπηση του χαρακτήρα και της φύσης του συναλλακτικού αυτού μορφώματος, με όρους ιδιωτικού δικαίου. Υπό την ανωτέρω έννοια, είναι σαφές και γίνεται δεκτό και από τη θεωρία²⁶ ότι στην έννοια της ένωσης προσώπων με ευρεία έννοια, υπάγεται κάθε μορφή δικαιοπρακτικής σύμπραξης, η οποία συνάπτεται μεταξύ τουλάχιστον δύο προσώπων, φυσικών ή νομικών, με σκοπό την επιδίωξη κοινού σκοπού, για όλα τα μέλη της ένωσης, χωρίς να απαιτείται να έχει κατ' ανάγκη και μόνιμο χαρακτήρα²⁷. Κατά συνέπεια, τα εννοιολογικά στοιχεία της ένωσης, τα οποία τη χαρακτηρίζουν, αλλά και την προσδιορίζουν έναντι άλλων μορφωμάτων με συμμετοχή περισσοτέρων του ενός προσώπων είναι κατά σειρά: α) Η δικαιοπρακτική (συμβατική κατά κανόνα) φύση της ιδρυτικής πράξης της ένωσης, β) η σύμπραξη δύο τουλάχιστον προσώπων και γ) η επιδίωξη επίτευξης ενός κοινού σκοπού.

Παρά το γεγονός ότι το άρθρο 107 του Αστικού Κώδικα (εφεξής «ΑΚ»), αναφέρεται σε ενώσεις που δεν αποτελούν σωματεία, είναι σαφές ότι εάν δεν ορίζεται

²⁴ Στην ίδια έννοια, περιλαμβάνεται με βάση το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης 11) και η «*εργοληπτική επιχείρηση*» του Τίτλου 1 του Κεφαλαίου II του Μέρους Β' του Βιβλίου I του Ν. 4412/2016.

²⁵ Για την οικονομία της παρούσης μελέτης, όπου γίνεται αναφορά σε «*δημόσιες συμβάσεις*», «*δημόσιους διαγωνισμούς*» ή «*δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες*», νοούνται οι συμβάσεις που συνάπτουν όχι μόνο αναθέτουσες αρχές του Βιβλίου I του Ν. 4412/2016, αλλά και οι συμβάσεις που ανατίθενται από αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου II του Ν. 4412/2016 και οι συμβάσεις παραχώρησης του Ν. 4413/2016 «*Ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης-Εναρμόνιση με την Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης (ΕΕ L 94/1/28.03.2014) και άλλες διατάξεις*» (ΦΕΚ Α' 148/08.08.2016).

²⁶ Βλ. *N. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρείες, 7^η Έκδοση, 2012, §3, σελ. 15 επ. και *Γ. Σωτηρόπουλο*, εις ΔικΠΕ, Τόμος 1, 2001, §1, αριθμ. 13-14, πρβλ. και *A. Καραγκουνίδη*, εις ΔικΠροσΕτ (2017), 249, αριθμ. 2 επ.

²⁷ Βλ. *A. Γαζή*, ΓενΑρχ Τεύχος Β2, παρ. 46, σελ. 107.

κάτι άλλο στη συστατική τους πράξη ή στον νόμο²⁸, η λειτουργία τους διέπεται από τις διατάξεις για την εταιρεία, σύμφωνα με τα άρθρα 741 και επ. του ΑΚ²⁹, με εξαίρεση διατάξεις που δεν εναρμονίζονται με τον σωματειακό χαρακτήρα της ένωσης, οι οποίες και δεν εφαρμόζονται³⁰. Ωστόσο, οι βασικές μορφές ενώσεων που αναγνωρίζει το δίκαιό μας είναι πράγματι η αστική εταιρεία, κατά τα άρθρα 741 επ. ΑΚ, η οποία μπορεί να – και πράγματι κατά κανόνα – έχει κερδοσκοπικό χαρακτήρα ή όχι και το σωματείο (άρθρο 78 ΑΚ) που, υποχρεωτικά έχει σκοπό μη κερδοσκοπικό³¹. Οι περαιτέρω διαφοροποιήσεις που διαπιστώνονται στην οργανωτική δομή των δύο βασικών αυτών μορφών ενώσεων, είναι χαρακτηριστικές, καθώς το σωματείο ως μία πολυμερής ένωση «ανοιχτού τύπου», στην τυπική του τουλάχιστον μορφή, επιτρέπει την εύκολη είσοδο και έξοδο μελών σύμφωνα με τα άρθρα 86-87 ΑΚ, ενώ ο αριθμός των μελών του, είναι συνήθως μεγάλος³² και διοικείται, στις περισσότερες περιπτώσεις, από ολιγομελές, ευέλικτο όργανο διοικήσεως. Αντιθέτως, η εταιρεία του ΑΚ, αποτελεί ένωση με μικρό και κλειστό αριθμό μελών³³, τα οποία ενώνουν τη δράση τους, προς επίτευξη του από κοινού επιδιωκόμενου σκοπού και λαμβάνουν από κοινού αποφάσεις για τη διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων.

Σύμφωνα λοιπόν με την ανάλυση που προηγήθηκε, είναι σαφές ότι η ένωση οικονομικών φορέων, όπως αυτή καθίσταται παράγοντας (συν)διαμόρφωσης της πορείας μια διαγωνιστικής διαδικασίας και της τελικής ανάθεσης μιας δημοπρατούμενης δημόσιας σύμβασης στον οριστικό ανάδοχο, συνιστά μία ένωση προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα³⁴. Ως εκ τούτου, μιας τέτοιας μορφής ένωση, ως επιχειρηματικός συνασπισμός επ' ευκαιρία της επιχειρηματικής δραστηριότητας των μελών της, η οποία λαμβάνει μέρος σε δημόσιο διαγωνισμό, με υποβολή κοινής προσφοράς, δεν αποκτά εξ αυτού του λόγου, νομική προσωπικότητα και συνακόλουθα δεν δύναται να αποτελέσει αυτοτελές υποκείμενο δικαίου ούτε να καταστεί αυτοτελώς φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων έναντι των μελών που την απαρτίζουν, αλλά και των τρίτων που συναλλάσσονται με αυτήν³⁵. Συναφώς δε, ο κοινός εκπρόσωπος

²⁸ Βλ. *Κ. Σημαντήρα* ΓενΑρχ αρ. 513 και *Α. Γαζή*, ό.π.

²⁹ *Ν. Τριάντος*, Αστικός Κώδικας, Ερμηνεία κατ' άρθρο, άρθρο 107, σελ. 146-148 και *Π. Φίλιος*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 4^η Έκδοση, 2011, σελ. 98 παρ. 41 Β.

³⁰ Όπως π.χ. τα άρθρα 766, 767, 773 και 775 του ΑΚ. Έτσι και *Ν. Τριάντος*, ό.π. και *Α. Γεωργιάδης*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, §16, σελ. 171.

³¹ *Γ. Σωτηρόπουλος*, ό.π.

³² Άρθρα 78-83 ΑΚ, όπου ενδεικτικά απαιτούνται είκοσι (20) τουλάχιστον πρόσωπα για τη νόμιμη σύσταση του σωματείου, ενώ το τελευταίο διαλύεται αυτοδικαίως όταν τα μέλη του μείνουν λιγότερα από δέκα (10) κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 104 ΑΚ. Βλ. σχετικά ΑΠ 1397/1991, ΕΕργΔ 1992, 857.

³³ «Ατομιστική» χαρακτηρίζει τη δομή τους η *Ε. Αλεξανδρίδου*, Δίκαιο Εμπορικών Εταιρειών, Προσωπικές & Κεφαλαιουχικές Εταιρείες, 2^η Έκδοση 2016, §1, αριθμ. 1-3.

³⁴ *Ν. Ρόκας*, ό.π., §3, σελ. 15.

³⁵ Για την άποψη που έχει διατυπωθεί ότι μετά τη θέσπιση του Ν. 4072/2012 «Βελτίωση επιχειρηματικού περιβάλλοντος-Νέα εταιρική μορφή-Σήματα-Μεσίτες Ακινήτων-Ρύθμιση θεμάτων ναυτιλίας, λιμένων και αλιείας και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 86/11.04.2012) και τη ρητή αναγνώριση ικανότητας δικαίου βάσει του άρθρου 293 παρ. 1 στην Κοινοπραξία ως ένωση προσώπων, ερμηνευτικά θα μπορούσε να δοθεί ανάλογη λύση *de lege lata* και σε άλλες μορφές ενώσεων προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα, βλ. *Κ. Παναγόπουλο*, Οιονεί νομικά πρόσωπα, σε Δίκαιο νομικών προσώπων, επιμέλεια *Κλ. Ρούσσου*, 2010 σελ. 631 επ., ενώ για τις ενώσεις προσώπων, αλλά όχι για τις ομάδες περιουσίας, την ίδια άποψη διατυπώνει και ο *Χ. Φίλιος*, Περιουσία και χωριστές περιουσίες, 2015 σελ. 84 επ., προτείνοντας την αναλογική εφαρμογή του Ν. 4072/2012 και στις λοιπές ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα

της ένωσης συναλλάσσεται στο όνομα των επιμέρους μελών αυτής και όχι της ένωσης, γεγονός που αυτονόητα οδηγεί στη θεμελίωση προσωπικής, αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης των μελών της ένωσης για τις υποχρεώσεις που δημιουργεί αυτή από τις συναλλαγές της με τρίτους.

B. Δικονομική υπόσταση.

Παρά την κατά γενική ομολογία αποκρυσταλλωμένη θεωρητική άποψη για τη νομική φύση των ενώσεων χωρίς νομική προσωπικότητα από άποψη ουσιαστικού δικαίου και την έλλειψη αυτοτέλειας έναντι των μελών που τις απαρτίζουν, σαφέστατα λιγότερο ξεκάθαρη εμφανίζεται η αντιμετώπιση των εν λόγω ενώσεων από τη σκοπιά του δικονομικού δικαίου. Συγκεκριμένα, η επί δεκαετίες δογματική διαμάχη που δίχασε τη θεωρία και τη νομολογία³⁶ εκκινούσε από την ίδια τη νομική φύση των ενώσεων, η οποία εννοιολογικά τις έφερνε στα όρια της σχέσης ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου. Το πρόβλημα ανακύπτει εύλογα, καθώς οι εν λόγω ενώσεις δεν αντανακλούν την παραδοσιακή αντιστοιχισή μεταξύ ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, σε σχέση με το δίπολο της ικανότητας δικαίου και της ικανότητας διαδίκου ενός προσώπου³⁷. Ειδικότερα, ενώ η εν γένει έννοια του διαδίκου, η οποία συνεπάγεται την ικανότητα να διεξάγουν τα πρόσωπα, φυσικά ή νομικά τη δίκη «*επ' ιδίω ονόματι*», ήτοι να ενάγουν και να ενάγονται στο όνομά τους, προσδιορίζεται επί τη βάσει όλως τυπικών κριτηρίων³⁸ και απονέμεται στις ενώσεις από τον ίδιο τον νόμο³⁹, διασπάται περαιτέρω διττά, σε «*ιδιότητα*» και σε «*ικανότητα*» διαδίκου.

Εντούτοις, καίτοι είναι αναμφισβήτητο ότι η ιδιότητα του διαδίκου απονέμεται απαλλαγμένη από εκτιμήσεις ουσιαστικού δικαίου και άρα αναγνωρίζεται και στις ενώσεις χωρίς ιδιαίτερες επιφυλάξεις, κατ' αντιδιαστολή προς τούτο, η ικανότητα διαδίκου, η οποία συνυφαίνεται με την ικανότητα να είναι κάποιος υποκείμενο της ένδικης έννομης σχέσης, καθορίζεται σε απόλυτη αντιστοιχία με ρυθμίσεις ουσιαστικού και δη αστικού δικαίου⁴⁰, οπότε σε αυτή την περίπτωση η αδυναμία των ενώσεων να είναι οι ίδιες φορείς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, εγείρει σοβαρές δογματικές ενστάσεις. Συνεπώς, γίνεται δεκτό ότι προκειμένου να παρίσταται κανείς ως διάδικος ενώπιον δικαστηρίου, πρέπει να διατηρεί την υποκείμενη ικανότητα

«που εμπίπτουν στο άρθρο 107 ΑΚ, διαθέτουν σωματειακή δομή και επιδιώκουν μη εμπορικό σκοπό» (σελ. 88).

³⁶ Με κορύφωση την έκδοση των δύο αντίθετων αποφάσεων της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου (22/1998 & 14/2007). Βλ. σχετικά Κ. Παναγόπουλο, Ατελής ικανότητα δικαίου μορφωμάτων δίχως νομική προσωπικότητα, Ομιλία στο 11^ο Συνέδριο της Ένωσης Αστικολόγων, Πάτρα 24.04.2015, *Digesta* 2015, δημοσιευμένη στις ΕφαρμΑστΔ 2015, 678 και εξαντλητική παράθεση των σχετικών αποφάσεων, του *ιδίου*, Ομάδες περιουσίας στερούμενες νομικής προσωπικότητας ως διάδικοι, ΕφαρμΑστΔ 2013, 735 στις εκεί σημ. 1 & 3.

³⁷ Α. Πλεύρη, Μη δικαιούχοι και μη υπόχρεοι διάδικοι στην πολιτική δίκη, Διδακτορική Διατριβή, 2014, Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης (ΑΠΘ), σελ. 60.

³⁸ ΕφΑθ 4670/1993, Δ/νη 1994, 1624 και ΕφΠατρ 801/2006.

³⁹ Πρβλ. τις διατάξεις του άρθρου 62 εδάφιο β' ΚΠολΔ που τους προσδίδει την ικανότητα διαδίκου, ενώ με το άρθρο 951 §1 εδάφιο β' ΚΠολΔ επιτρέπει να γίνεται αναγκαστική εκτέλεση στην κοινή τους περιουσία και φυσικά το άρθρο 23 και 24 του ΚΔΔ που ρητά απονέμει την ικανότητα του διαδίκου και σε ενώσεις προσώπων.

⁴⁰ Κεραμέυς/Κονδύλης/Νίκας (Νίκας), ΚΠολΔ Ι (2000), άρθρο 62, αριθμ. 1-9.

δικαίου, να είναι δηλαδή ο ίδιος υποκείμενο των φερόμενων προς κρίση ενώπιον του αντίστοιχου δικαστηρίου, δικαιωμάτων και υποχρεώσεων.

Υπό την έννοια αυτή και στο πλαίσιο της διαρκώς αυξανόμενης ανάγκης για αναγνώριση από το ουσιαστικό δίκαιο στις ενώσεις προσώπων, ολικής ή μερικής ικανότητας δικαίου, προκειμένου να αποκτήσουν μεγαλύτερη ευελιξία, δεδομένης της δυναμικής θέσης που κατέχουν στις σύγχρονες συναλλαγές, το δικονομικό δίκαιο, πράγματι αναγνωρίζει τη δικονομική τους αυτοτέλεια, παρά την έλλειψη νομικής προσωπικότητας. Έτσι, με ρητές νομοθετικές διατάξεις και κατά διάσπαση⁴¹ του κανόνα ότι η ικανότητα δικαίου⁴², βρίσκει το δικονομικό της «καθρέφτισμα» στην ικανότητα διαδίκου του άρθρου 62 ΚΠολΔ (και του άρθρου 23 του ΚΔΔ⁴³), παρέχεται σε αυτά τα μορφώματα η ικανότητα διαδίκου⁴⁴, χωρίς φυσικά αυτό, να αποστερεί τα επιμέρους μέλη της από την ίδια αυτών ικανότητα διαδίκου, δικαστικής παράστασης δια των νομίμων εκπροσώπων τους και εν τέλει ενεργητικής νομιμοποίησης⁴⁵. Αναμφισβήτητο παραμένει πάντως το γεγονός ότι, τα υπό εξέταση μορφώματα, δεν διαθέτουν αυτοτελώς νομική προσωπικότητα και άρα, από άποψη ουσιαστικού δικαίου, δεν έχουν ικανότητα δικαίου ούτε είναι αυτοτελώς φορείς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων⁴⁶.

Πάντως, τα Διοικητικά Δικαστήρια και το Συμβούλιο της Επικρατείας (εφεξής «ΣτΕ») δεν είχαν καμία επιφύλαξη να αναγνωρίσουν απερίφραστα, ικανότητα διαδίκου όχι μόνο στις συμμετέχουσες σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες, ενώσεις

⁴¹ Για τα πλείστα ερμηνευτικά ζητήματα που δημιουργεί η εν λόγω διάταξη ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, βλ. *Α. Σόφρα*, *Ενώσεις προσώπων που επιδιώκουν κάποιο σκοπό, χωρίς να είναι σωματεία και εταιρείες χωρίς νομική προσωπικότητα, Νομιμοποίηση-Δεδικασμένο-Εκτελεστότητα, Μεταπτυχιακή Διατριβή στο Αστικό Δικονομικό Δίκαιο Π.Μ.Σ. Ιδιωτικού Δικαίου, Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης, Δεκέμβριος 2002.*

⁴² Βάσει των άρθρων 34 και 61 ΑΚ.

⁴³ Η ικανότητα διαδίκου και η δικανική ικανότητα φυσικών προσώπων κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, *Σχετ. Νομολ. ΑΠ (Ολομ.) 22/1998, Μελέτη του Θ. Παπαγεωργίου*, Ασκ. Δικηγόρου, Π.Μ.Σ. Αστικού Δικαίου, Δ 2001, 1222.

⁴⁴ ΑΠ (Ολομ.) 22/1998, με παρατηρήσεις *Φ. Λωρή* σε ΝοΒ 47, 1999, 228 και παρατηρήσεις *Κ. Μπέη* σε Δ (30), 1998, 234 επ., ΑΠ 581/2004, ΕΕμπΔ 2004, 761, ΑΠ 1266/1996, ΕΕμπΔ 1997, 57, ΑΠ 1180/1995, ΕπισκΕμπΔ 1995, 576 με παρατηρήσεις *Κ. Παμπούκη*, ΕφΑθ 2329/2008, ΔΕΕ 2008, 957, ΕφΑθ 3263/2008, Δ/νη 2008, 1517, ΕφΠειρ 386/2008, ΔΕΕ 2009, 329, ΕφΘεσσαλ 114/2008, ΕπισκΕμπΔ 2008, 270, ΕφΔυτΜακ 9/2006, Αρμ 2006, 153, ΕφΑθ 6766/2005, ΔΕΕ 2006, 56, πρβλ, ωστόσο, και ΑΠ 1325/2002, ΕΕμπΔ 2002, 822, ΕφΠειρ 999/2003, *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, 6^η Έκδοση, 2008, σελ. 146.

⁴⁵ Για την ενεργητική νομιμοποίηση της ένωσης προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα βλ. ΑΠ (Ολομ.) 14/2007, ΔΕΕ 2007, 932 με παρατηρήσεις *Ε. Περάκη*, ΑΠ 2138/2007, ΕφΘεσσαλ 114/2008, ΕπισκΕμπΔ 2008, 270, ΕφΑθ 3263/2008, Δ/νη 2008, 1517.

⁴⁶ *Β. Αντωνόπουλος*, *Ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα. Ικανότητα να είναι διάδικοι, Επιστημονική Επετηρίδα Δικηγορικού Συλλόγου Θεσσαλονίκης 3, 1982, 187-204, Γ. Μητσόπουλος*, *Η ικανότητα ως διαδίκων των ενώσεων προσώπων μη κεκτημένων νομική προσωπικότητα*, Δ 1970, 432-452, *του ιδίου*, *Και πάλιν περί της εννοίας της διατάξεως του άρθρου 62 εδ. 2 ΚΠολΔ*, Δ 1992, 3-19, *Κ. Μπέης*, *Ικανότητα δικαίου και δικαιοπρακτική ικανότητα ενώσεων προσώπων που δεν έχουν νομική προσωπικότητα*, Δ 1997, 5-8, *Α. Γεωργακόπουλος*, *σημείωμα στην ΑΠ 1211/1994*, ΔΕΕ 1995, 184, *Κ. Καλαβρός*, *Διάδικοι χωρίς νομική προσωπικότητα στην πολιτική δίκη*, ΧρΙΔ 2003, 289, *του ιδίου*, *Πολιτική Δικονομία, Γενικό Μέρος ΙΙ, 2^η Έκδοση 2006, 739 επ. και Κ. Παμπούκης*, *Ενώσεις προσώπων που δεν αποτελούν σωματείο. Ικανότητα βουλήσεως και ικανότητα δικαίου αυτών*, ΕπισκΕΔ 2006, 927.

οικονομικών φορέων⁴⁷, αλλά σε απόλυτη σύμπλευση με τα ανωτέρω εκτεθέντα και σε όλα τα επιμέρους μέλη από τα οποία απαρτίζονται αυτές. Συγκεκριμένα, η νομολογία του ΣτΕ έκρινε παγίως ότι εκτός από την ένωση οικονομικών φορέων, η οποία λαμβάνει μέρος σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, δικονομικό δικαίωμα να ασκήσουν οποιοδήποτε ένδικο βοήθημα ή μέσο⁴⁸ κατά πράξεως ενταγμένης στη διαδικασία αυτή και άρα ενεργητική νομιμοποίηση να το πράξουν και να διεξάγουν τη σχετική δίκη, έχουν όλα τα μέλη της ένωσης από κοινού⁴⁹. Αντιθέτως, απορρίπτεται και ορθά κατά την εκτίμηση του γράφοντος, ως απαράδεκτο λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, το τυχόν ασκηθέν ένδικο βοήθημα από μεμονωμένο μέλος μιας ένωσης, καθώς κατά γενική αρχή του δικονομικού δικαίου, ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο που είναι μέλος ένωσης οικονομικών φορέων, η οποία λαμβάνει μέρος σε δημόσιο διαγωνισμό με υποβολή σχετικής προσφοράς, δεν νομιμοποιείται αυτοτελώς για την άσκηση ενδίκων βοηθημάτων κατά των πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής που προσβάλλουν τα έννομα συμφέροντα της ένωσης, αφού άλλωστε μόνο στην ένωση ως ανάδοχο – και όχι αυτοτελώς σε μέλος της – δύναται να κατακυρωθεί τελικώς το αποτέλεσμα του διαγωνισμού⁵⁰.

⁴⁷ Προς τη σωστή κατεύθυνση, σοφά διατυπωμένη η κρίση των ΣτΕ 4037/1979, Αρμ 1980, 143 και 498, ΝοΒ 1980, 1802, ΣτΕ 3075/1982, 3725/1982 και 1845/1983, όπου με πρωτοπόρα διάθεση (αν και με αντίθεση μειοψηφία η τελευταία) αναφέρει: «...νομικά πρόσωπα δικαιούμενα νυν ασκήσουν αίτηση ακυρώσεως, δεν είναι μόνο τα ρητώς αναγνωριζόμενα από τον Αστικό Κώδικα και άλλα ειδικά νομοθετήματα, αλλά και ενώσεις προσώπων, οι οποίες χωρίς να προσλάβουν νομική προσωπικότητα καθίστανται από την έννομη τάξη φορείς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων σε ορισμένο κύκλο σχέσεων ή τομέα δραστηριοτήτων...». Πρβλ. και ΔΕφΑθ 762/1988.

⁴⁸ Αίτηση ακύρωσης, αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, παρέμβαση.

⁴⁹ Πρβλ. ΣτΕ (Ολομ.) 605/2008, ΝοΒ 2008, 1045 επ. Βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 303/2008, ΕΑ ΣτΕ 216/2009, ΣτΕ 544/2010, ΕΑ ΣτΕ 51/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 454/2011. Έτσι και η ΔΕφΑθ 810/2014, η οποία παρά το γεγονός ότι δεν αναγνώρισε έννομο συμφέρον στην αιτούσα ένωση λόγω του ότι «...και σε περίπτωση ακόμη που θα γινόταν δεκτή η αίτηση ακυρώσεως της αιτούσας ένωσης και θα ακυρώνονταν αυτές, θα εξακολουθούσε προσωρινός ανάδοχος να είναι η παρεμβαίνουσα και δεν θα εκαλείτο αυτή ως μειοδότρια για να της κατακυρωθεί το έργο και για να υπογράψει την σύμβαση. [...]», δεν αμφισβήτησε την κατ' αρχήν ενεργητική της νομιμοποίηση και την ικανότητα διαδικού που διέθετε αυτή να ασκήσει την ένδικη αίτηση ακύρωσης, ομοίως και η ΕΑ ΣτΕ 537/2007. Πολύ ενδιαφέρουσα η προσέγγιση της ΣτΕ 2366/2017, η οποία δέχτηκε (με αντίθετη πάντως μειοψηφία) ότι για την αναγνώριση ικανότητας διαδικού και ενεργητικής νομιμοποίησης στην ανάδοχο (πλέον) ένωση, «Δεν ασκεί δε επιρροή από την εξεταζόμενη άποψη το γεγονός ότι ο κλάδος της εν λόγω εταιρείας, στον οποίο περιλαμβανόταν η ένδικη σύμβαση, μεταβιβάστηκε σε άλλη εταιρεία, εφόσον η σύνθεση της αναδόχου του έργου ενώσεως δεν είχε μεταβληθεί, η δε ως άνω εταιρεία εξακολουθούσε να υφίσταται κατά τον χρόνο ασκήσεως της αγωγής. Εξάλλου, δεν ασκεί επιρροή από την εξεταζόμενη άποψη ούτε το γεγονός ότι μετά την άσκηση της αγωγής το ανωτέρω μέλος της αναδόχου ενώσεως εταιρειών συγχωνεύθηκε, με απορρόφηση, με την εταιρεία «.....», ούτε το ενδεχόμενο με τις ανωτέρω μεταβολές να παραβιάστηκε το άρθρο 21 της συμβάσεως, εφόσον, εν πάση περιπτώσει, όπως δέχθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, η σχετική κρίση της οποίας δεν αμφισβητείται με την κρινόμενη αίτηση, η ένδικη σύμβαση δεν λύθηκε λόγω μεταβολής της συνθέσεως της αναδόχου του έργου ενώσεως». Για το θέμα της παροχής πληρεξουσιότητας προς τον παραστάτη δικηγόρο ένωσης, βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 252/2007. Πρβλ. και ΕΑ ΣτΕ 756/2007.

⁵⁰ ΣτΕ 3018/2013, ΔΕφΑθ 2368/2016. Πρβλ. ΣτΕ 971/1998 (Ολομ.), Αρμ 1996, 869, Δ/νη 1998, 1046, ΝοΒ 1999, 346 και ΣτΕ (7μελής) 1844/2013. Στην ίδια λογική και η ΣτΕ 2508/2020, η οποία απέρριψε αίτηση ακύρωσης που ασκήθηκε από μεμονωμένο οικονομικό φορέα-μέλος ένωσης, δοθέντος ότι μια ένωση προσώπων, ως συμμετέχων οικονομικός φορέας σε διαγωνισμό, οφείλει να ασκήσει «ιδίω ονόματι» την προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 και, ακολούθως, την αίτηση ακυρώσεως του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016, ενώ δεν ασκεί επιρροή ότι η προδικαστική προσφυγή έχει ήδη ασκηθεί αυτοτελώς από μέλος της ένωσης. Ομοίως, ο οικονομικός φορέας ως μέλος μια ένωσης προσώπων, ακόμα και στην περίπτωση που άσκησε την προδικαστική προσφυγή, στερείται εννόμου συμφέροντος

Κατόπιν των ανωτέρω εισαγωγικών παρατηρήσεων, των οποίων η περαιτέρω ανάλυση εκφεύγει του πεδίου ενασχόλησης της παρούσας μελέτης, θα επιχειρηθεί αμέσως κατωτέρω, η ενδεδειγμένη παρουσίαση του θεσμού της ένωσης προσώπων, ως ενιαίου οικονομικού φορέα, στο πλαίσιο πλέον του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και της δυνατότητας που έχουν οι μεμονωμένοι οικονομικοί φορείς, συνασπιζόμενοι σε ένα *stricto sensu* συμμετοχικό σχήμα, να επιδιώξουν την (από κοινού) ανάδειξή τους, σε ανάδοχο ενός δημοπρατούμενου αντικειμένου.

3. Η ένωση οικονομικών φορέων στο πλαίσιο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.

Η δυνατότητα να συμμετάσχουν και να υποβάλλουν νομίμως κοινή προσφορά, περισσότεροι του ενός οικονομικοί φορείς σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες, ουδέποτε αμφισβητήθηκε από τον ενωσιακό ή τον εθνικό νομοθέτη και έτσι, εκτός από τις αναφορές σε ενωσιακής και κοινοτικής προελεύσεως νομοθετήματα, όπως ήδη αναφέρθηκε και στην εισαγωγή του παρόντος κεφαλαίου, η αναγνώρισή της ήταν εδώ και δεκαετίες, δεδομένη, με ρητές νομοθετικές προβλέψεις⁵¹. Η εν λόγω αναγνώριση, συνάδει εξάλλου, με τις αρχές που απορρέουν και από τα άρθρα 3 παρ. 1α)-ε) και 101 της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «ΣΛΕΕ»)⁵² και το αντίστοιχο πρώην άρθρο 81 της Συνθήκης περί ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας (εφεξής «ΣΕΚ»).

Στο ισχύον ρυθμιστικό πλαίσιο, όπως αποτυπώνεται στον Ν. 4412/2016, στον βαθμό που αυτός ενσωμάτωσε στο εθνικό δίκαιο τις πλέον πρόσφατες Οδηγίες, επίσης υπάρχει ρητή αναφορά στις ενώσεις οικονομικών φορέων στο άρθρο 2 παρ. 1 περίπτωση 11) του Ν. 4412/2016, όπου δίδεται ο ορισμός της έννοιας του «οικονομικού

να ασκήσει την αίτηση ακύρωσης, εφόσον δεν διεκδίκησε αυτοτελώς την ανάθεση της σύμβασης στον ίδιο, αλλά συνέστησε ομού με άλλους οικονομικούς φορείς, ένωση, μέσω της οποίας υπέβαλαν από κοινού προσφορά σε διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Ενδιαφέρουσα και η κρίση της ΕΑ ΣτΕ 341/2019 που επί του ίδιου θέματος, απεφάνθη ότι: «Κάθε ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων που αποτελεί οικονομικό φορέα, ακόμη και αν είναι προσωρινή σύμπραξη χωρίς νομική προσωπικότητα, αναγνωρίζεται ως ιδιαίτερο υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, διακριτό από τα πρόσωπα - μέλη του, για όλες τις έννομες σχέσεις που απορρέουν από την εφαρμογή των διατάξεων του ίδιου νόμου. Επομένως, για να τύχει προσωρινής δικαστικής προστασίας σε διαφορά περί την ανάθεση συγκεκριμένης σύμβασης, η ένωση προσώπων - οικονομικός φορέας έχει υποχρέωση να ασκήσει ιδίω ονόματι την προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 και, ακολούθως, την αίτηση αναστολής του άρθρου 372. Αυτή η υποχρέωση δεν αίρεται σε περίπτωση κατά την οποία η προδικαστική προσφυγή έχει ήδη ασκηθεί από μέλος της ένωσης προσώπων - οικονομικού φορέα, διότι το δικαίωμα άσκησης ενδίκων βοηθημάτων που κατοχυρώνεται με την προδικαστική προσφυγή δεν εισφέρεται νομίμως σε ένωση προσώπων (ήτοι, κατά τρόπο ικανό να καταστήσει ειδική διάδοχο την ένωση)». Στην ίδια λογική και η ΕλΣυν Τμήμα VII 1815/2021.

⁵¹ Βλ. ενδεικτικά το άρθρο 9 παρ. 1, περίπτωση γ) του ΠΔ 105/1989 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας περί κρατικών προμηθειών προς το κοινοτικό δίκαιο και ειδικότερα προς τις διατάξεις της οδηγίας 77/62/ΕΟΚ του Συμβουλίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων της 21.12.1976 περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών.» (ΦΕΚ Α' 45/10.02.1989), άρθρα 6 και 7 του ΠΔ 173/1990 «Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου (Κ.Π.Δ.)» (ΦΕΚ Α' 62/10.04.1990), αλλά και τις διατάξεις του Ν. 716/1977 «Περί μητρώου μελετητών και αναθέσεως και εκπονήσεως μελετών» (ΦΕΚ Α' 295/05.10.1977), του Ν. 1418/1984 «Δημόσια έργα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (ΦΕΚ Α' 23/29.02.1984) και του ΠΔ 609/1985 «Κατασκευή Δημοσίων Έργων» (ΦΕΚ Α' 223/31.12.1985).

⁵² EL C-326/51 της 26.10.2012 και την Ενοποιημένη Απόδοση της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση και της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (EL C 202/1 της 07.06.2016).

φορέα»⁵³ και αντίστοιχα στο άρθρο 19 παρ. 2 του νόμου που τιτλοφορείται «Οικονομικοί Φορείς»⁵⁴. Στην ίδια λογική και η γραμματική διατύπωση της παρ. 1 του άρθρου 25, κατά μεταφορά του άρθρου 25 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ⁵⁵. Το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ανταποκρινόμενο στις σύγχρονες απαιτήσεις μιας διαρκώς εξελισσόμενης συναλλακτικής πραγματικότητας, εντός της οποίας, η ανάγκη συνασπισμού περισσοτέρων του ενός οικονομικού φορέα σε έναν ενιαίο φορέα, προκειμένου να επιτευχθεί η ενίσχυση των δυνάμεών τους, αναγνωρίζει απερίφραστα και εκ προοιμίου το δικαίωμα φυσικών και νομικών προσώπων, να μετάσχουν σε μία διαγωνιστική διαδικασία, όχι μεμονωμένα, αλλά λαμβάνοντας μέρος σε ένα συμμετοχικό σχήμα⁵⁶. Κατ' αυτήν την έννοια συνεπώς, πρέπει να γίνει ευθύς εξ αρχής αντιληπτό, ότι το συναλλακτικό μόρφωμα της «ένωσης οικονομικών φορέων», πράγματι αποτελεί την πρώτη μορφή «εν στενή έννοια» συμμετοχικής παρουσίας οικονομικών φορέων σε δημόσιους διαγωνισμούς.

Υπό το ανωτέρω πρίσμα, είναι σαφές ότι εξαιτίας αυτής ακριβώς της από κοινού συμμετοχής των μελών της ένωσης, όχι μεμονωμένα, αλλά μαζί με περισσότερους οικονομικούς φορείς, έκαστος εξ αυτών απεμπολεί κατά κάποιο τρόπο, την αυτοτέλειά του και εκχωρεί «κυριαρχικά δικαιώματά» του στον ενιαίο φορέα με σκοπό την ανάδειξή αυτού του τελευταίου και μόνο σε τελικό μειοδότη. Εννοιολογικά και αναπόδραστα συνεπώς, οι από κοινού συμμετέχοντες, προσβλέπουν στη συνεργασία τους, στη συνένωση των δυνάμεών τους και του συνολικού «οπλοστασίου» τους, ώστε ομού να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις της διακήρυξης και να ανακηρυχθεί ως ανάδοχος η συμμετέχουσα ένωση⁵⁷. Έκαστος εξ αυτών αναμένεται να συνεισφέρει το αναγκαίο κομμάτι που του αναλογεί, είτε αυτό αφορά αποδεδειγμένη προηγούμενη εμπειρία, τεχνογνωσία, οικονομική φερεγγυότητα, στελέχωση της προτεινόμενης ομάδας έργου ή ακόμα και άδεια άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας κλπ., ώστε αθροιστικά και εν συνόλω, η συμμετέχουσα ένωση (ή κοινοπραξία) να κριθεί «κατάλληλη» επαγγελματικά και ικανή από τεχνική και επαγγελματική άποψη και από

⁵³ «Ως «οικονομικός φορέας» νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών. Στην έννοια αυτή περιλαμβάνεται και ο όρος «εργοληπτική επιχείρηση» του Τίτλου Ι του Κεφαλαίου ΙΙ του Μέρους Β' του παρόντος Βιβλίου».

⁵⁴ Κατ' αντιστοιχία στο Βιβλίο ΙΙ του Ν. 4412/2016 για τους αναθέτοντες φορείς, υπάρχει το άρθρο 254, με ελαφρώς διαφοροποιημένη διατύπωση, εντούτοις η ανάλυση που ακολουθεί, αφορά την παράλληλη εξέταση αμφοτέρων των επισκοπούμενων διατάξεων.

⁵⁵ «Ι. Υποψήφιοι ή προσφέροντες και, σε περίπτωση ενώσεων, τα μέλη αυτών μπορούν να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα εγκατεστημένα σε: [...]», με ταυτόσημη διατύπωση της παρ. 1 του άρθρου 255 στο Βιβλίο ΙΙ του νόμου.

⁵⁶ Βλ. και άρθρο 2 παρ. 2 και άρθρο 25 παρ. 3 του Ν. 4413/2016 και άρθρα 15, 21, 59 παρ. 3 και 60 παρ. 4 του Ν. 3978/2011 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Υπηρεσιών και Προμηθειών στους τομείς της Άμυνας και της Ασφάλειας-Εναρμόνιση με την Οδηγία 2009/81/ΕΚ-Ρύθμιση θεμάτων του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας» (ΦΕΚ Α' 137/16.06.2011). Παρά το γεγονός ότι οι σχετικές διατάξεις του Ν. 3978/2011 αναφέρονται αποκλειστικά και μόνο σε «κοινοπραξία», είναι σαφές ότι στο ρυθμιστικό πλαίσιο τους περιλαμβάνεται και η «ένωση οικονομικών φορέων». Εξ αντιδιαστολής επιχείρημα υπέρ αυτής της άποψης προκύπτει και από τη γραμματική διατύπωση της παρ. 4 του άρθρου 21. Έτσι και *Albert Sánchez Graells*, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2nd Edition, Hart Publishing, 2015, σελ. 336 επ.

⁵⁷ Η σύμπραξη με τη μορφή του κοινοπρακτικού σχήματος, όπως αναλυτικά θα δούμε και στο επόμενο κεφάλαιο.

οικονομική χρηματοοικονομική σκοπιά, προκειμένου να υποβάλλει μία άρτια, τεχνικά και οικονομικά, προσφορά και να επιδιώξει την ανάδειξή της σε τελικό ανάδοχο της σύμβασης.

i. Η σύσταση της ένωσης οικονομικών φορέων.

Η ένωση οικονομικών φορέων συνιστά, όπως ήδη εκτέθηκε και πιο πάνω, συναλλακτικό μόρφωμα χωρίς νομική προσωπικότητα, το οποίο κατά κανόνα έχει πρόσκαιρο και ευκαιριακό χαρακτήρα⁵⁸. Για τη σύστασή της απαιτείται μία ενοχικής φύσης σύμβαση μεταξύ των συμβαλλομένων μερών, σύμφωνα και με την αρχή του ατύπου των δικαιοπραξιών κατά το άρθρο 158 ΑΚ. Ωστόσο, είναι σαφές ότι στο εξεταζόμενο πλαίσιο του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, η ανάγκη απόδειξης της σύστασης ένωσης μεταξύ των οικονομικών φορέων που επιθυμούν να υποβάλλουν κοινή προσφορά, απέναντι στην αναθέτουσα αρχή, τους υποχρεώνει *de facto* να εκφράσουν τη δικαιοπρακτική τους βούληση, εγγράφως. Κατά βάση, η ανάγκη απόδειξης σύστασης της ένωσης καλύπτεται με την υπογραφή ιδιωτικού συμφωνητικού μεταξύ των συμβαλλομένων⁵⁹, το οποίο όμως διατηρεί τον απόλυτα αποδεικτικό χαρακτήρα του και μόνο⁶⁰.

ii. Η υποβολή προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων.

Η δυνατότητα συμμετοχής και υποβολής νόμιμης προσφοράς εκ μέρους μιας ένωσης προσώπων, όπως ήδη ειπώθηκε, προβλέπεται ρητά στο άρθρο 19 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Εκεί ορίζεται σαφώς ότι στις διαγωνιστικές διαδικασίες για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, μπορούν πράγματι να μετέχουν και ενώσεις οικονομικών φορέων, στις οποίες περιλαμβάνονται και οι προσωρινές συμπράξεις. Μάλιστα, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 είναι εξίσου σαφές ότι ο αναθέτουσες αρχές⁶¹, δεν μπορούν να απαιτούν από τις ενώσεις αυτές, να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή, προκειμένου να υποβάλλουν παραδεκτά προσφορά ή

⁵⁸ Χωρίς όμως προφανώς να αποκλείεται και ο διαρκέστερος χαρακτήρας αυτής, ο οποίος όμως σε κάθε περίπτωση δεν αλλοιώνει τη φύση και τα εννοιολογικά χαρακτηριστικά της.

⁵⁹ Χωρίς προφανώς να αποκλείεται και το μείζον, ήτοι η υπογραφή συμβολαιογραφικού εγγράφου, με τους συμβαλλόμενους σε αυτή την περίπτωση να επωμίζονται και τα πρόσθετα συμβολαιογραφικά έξοδα.

⁶⁰ Το φαινόμενο του αποδεικτικού, αλλά όχι συστατικού χαρακτήρα ενός συμφωνητικού, δεν είναι άγνωστο στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Πρβλ. και το πρώτο εδάφιο της παρ. 5 του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016, πριν την τελευταία τροποποίησή του με το άρθρο 45 του Ν. 4782/2021 «Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία.» (ΦΕΚ Α΄ 36/09.03.2021), όπου ρητά προβλεπόταν ότι η υπογραφή του συμφωνητικού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης στον οριστικό ανάδοχο, έχει αποδεικτικό και μόνο χαρακτήρα. Η νέα ρύθμιση που ορίζει στο μοναδικό πλέον εδάφιο της παρ. 5, ότι: «*Η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της πρόσκλησης της παρ. 4 στον ανάδοχο.*», ουσιαστικά όχι μόνο δεν απομακρύνθηκε από το προϊσχύσαν καθεστώς, αλλά αποσύνδεσε ολοκληρωτικά τη σύναψη της σύμβασης ανάθεσης, από την υπογραφή σχετικού συμφωνητικού.

⁶¹ Για την οικονομία της παρούσης μελέτης, όπου γίνεται αναφορά σε αναθέτουσες αρχές, νοούνται και οι αναθέτοντες φορείς του άρθρου 2 παρ. 1 περίπτωση 1) σε συνδυασμό με το άρθρο 224 του Ν. 4412/2016.

αίτηση συμμετοχής⁶² σε μία προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Εντούτοις, καθορίζεται επιπρόσθετα ότι είναι θεμιτό, πάντοτε σε απόλυτη σύνδεση με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης και τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, οι αναθέτουσες αρχές να διευκρινίζουν περαιτέρω στα έγγραφα της σύμβασης, με τη μορφή ξεκάθαρα διατυπωμένων όρων και προϋποθέσεων, τον ακριβή τρόπο, με τον οποίο επιθυμούν οι συμμετέχουσες ενώσεις να πληρούν τις τιθέμενες στο κείμενο της Διακήρυξης ή της Πρόκλησης απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77.

Προφανώς, σύμφωνα και με τη φύση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και των κανόνων που διέπουν την εφαρμογή τους σε μία διαγωνιστική διαδικασία, όπως αναλυτικά εκτίθεται και κατωτέρω, οι όποιες πρόσθετες προϋποθέσεις πλήρωσής τους, όπως κάθε φορά δύναται να προβλέπονται ειδικά για τη συμμετοχή ενώσεων, πρέπει πάντοτε να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι σύμφωνες με την αρχή της αναλογικότητας. Υπό αυτή την έννοια δεν πρέπει να τίθενται διαφορετικοί όροι που εισάγουν δυσανάλογες προϋποθέσεις συμμετοχής για τις ενώσεις προσώπων, εξ αυτού και μόνο του λόγου, καθιστώντας αθέμιτα δυσμενή τη μεταχείρισή τους έναντι των λοιπών μεμονωμένων συμμετεχόντων οικονομικών φορέων⁶³.

Συναφώς, στην παρ. 3 του άρθρου 19 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι, κατά παρέκκλιση από τον γενικό κανόνα που τέθηκε στην παρ. 2, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τις συμμετέχουσες ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή, προκειμένου να μετάσχουν νομίμως σε μία προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Είναι εντούτοις θεμιτή, κατά ρητή νομοθετική επιταγή, η δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να απαιτήσουν πράγματι από τις ενώσεις οικονομικών φορέων να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή, εφόσον τους ανατεθεί η σύμβαση, μόνο στο μέτρο που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής κρίνεται αναγκαία για την ικανοποιητική εκτέλεση της σύμβασης. Ειδική πρόβλεψη γίνεται από τον νομοθέτη για την περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων έργου, όπου η νομική μορφή της αναδόχου-ένωσης, πρέπει να είναι τέτοια ώστε να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και μοναδικού αριθμού φορολογικού μητρώου για την ένωση⁶⁴. Η αλήθεια είναι ότι το σύνηθες σενάριο, τουλάχιστον στις συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών, είναι οι αναθέτουσες αρχές να μην επιβαρύνουν κατά την έναρξη της διαγωνιστικής διαδικασίας με πρόσθετες διατυπώσεις περιβολής συγκεκριμένης νομικής μορφής την εκάστοτε προσφέρουσα ένωση, αλλά προβλέπουν στα έγγραφα της σύμβασης, ότι τα μέλη της, θα συστήσουν μεταξύ τους κοινοπραξία, εφόσον ανακηρυχθούν τελικοί ανάδοχοι της σύμβασης και προ της υπογραφής αυτής.

⁶² Αναλόγως αν πρόκειται για ανοιχτές διαδικασίες ή κλειστές κατά την έννοια των άρθρων 27 και 28 αντίστοιχα του Βιβλίου Ι (για τις αναθέτουσες αρχές) και των άρθρων 264 και 265 του Βιβλίου ΙΙ (για τους αναθέτοντες φορείς) του Ν. 4412/2016.

⁶³ Εξάλλου, κατά γενικό και οριζόντια εφαρμοζόμενο κανόνα, «Όροι που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης από ενώσεις οικονομικών φορέων, διαφορετικοί από εκείνους που επιβάλλονται σε μεμονωμένους συμμετέχοντες, πρέπει επίσης να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας.», βάσει του τελευταίου εδαφίου της παρ. 2 του άρθρου 19 του Ν. 4412/2016.

⁶⁴ «(π.χ. κοινοπραξία συσταθείσα δια συμβολαιογραφικού εγγράφου)» κατά το παράδειγμα που περιέχεται στην ίδια τη διάταξη.

Η τέταρτη και τελευταία παράγραφος του άρθρου 19 του Ν. 4412/2016, περιλαμβάνει μία από τις θεμελιωδέστερες και συνάμα σπουδαιότερες ρυθμίσεις που αφορούν τη φύση και τον εν γένει χαρακτήρα της ένωσης οικονομικών φορέων, ορίζοντας ότι σε περίπτωση υποβολής προσφοράς από μία ένωση σε διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, όλα τα συμμετέχοντα σε αυτήν μέλη, ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον⁶⁵. Μάλιστα, είναι ξεκάθαρη η απαίτηση του νομοθέτη, σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης σε ένωση οικονομικών φορέων, η ευθύνη των επιμέρους μελών αυτής έναντι της αναθέτουσας αρχής κατά το προηγούμενο εδάφιο της παρ. 4, να εξακολουθεί και να βαρύνει αυτά, μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης⁶⁶. Υπό το ανωτέρω πρίσμα, καθίσταται παραπάνω από προφανές ότι η αλληλέγγυα και εις ολόκληρον απαιτούμενη ευθύνη και μάλιστα ως ρύθμιση *jus cogens* από την οποία, τα συμβαλλόμενα μέρη της ένωσης δεν μπορούν να αποκλίνουν, επιδιώκει να αντισταθμίσει τους χαλαρούς δεσμούς μεταξύ των μελών της και ενδεχόμενες δυσμενείς για την αναθέτουσα αρχή, συνέπειες, εξαιτίας του πρόσκαιρου και ευκαιριακού, κατά κανόνα, συνασπισμού περισσότερων οικονομικών φορέων σε ένα τέτοιο συμμετοχικό σχήμα.

Έτι περαιτέρω, εξαιτίας αυτής ακριβώς της έννοιας της παθητικής αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης που διέπει τη συμμετοχή μιας ένωσης, συνάγεται άνευ άλλου τινός, ότι οι οικονομικοί φορείς που επιθυμούν να συμπράξουν, προκειμένου μέσω της συνένωσης των δυνάμεών τους να επιτύχουν την ανάθεση της εκτέλεσης μίας δημόσιας σύμβασης σε αυτούς από κοινού, θα πρέπει να έχουν αντιληφθεί επαρκώς και σε όλη της την έκταση την ευθύνη που αναλαμβάνουν, ενόψει της συνεργασίας τους με έτερους οικονομικούς φορείς. Ειδικά μία ανώμαλη εξέλιξη της εκτέλεσης της σύμβασης, λόγω π.χ. πτώχευσης ή θανάτου⁶⁷ ενός ή περισσότερων μελών της αναδόχου ένωσης, θα μπορούσε να φέρει το ή τα εναπομείναντα αυτής μέλη, σε δυσμενή θέση έναντι της αναθέτουσας αρχής, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για την εκτέλεση του συνόλου της ανατεθείσας σύμβασης, παρά την αρχική μεταξύ τους κατανομή για την εκτέλεση μόνο συγκεκριμένου μέρους αυτής⁶⁸.

iii. Η απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-360/89 και η απαγόρευση θέσπισης διακρίσεων, ανάλογα με τη μορφή που λαμβάνει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας.

⁶⁵ Κατά την έννοια των άρθρων 480 και επ. ΑΚ.

⁶⁶ Έκφραση αυτής της αρχής, ανευρίσκεται και στο άρθρο 207 παρ. 6 του Τίτλου 3 «Διαδικασία εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων προμήθειας αγαθών και παροχής γενικών υπηρεσιών», Τμήμα ΙΙ «Διατάξεις για την εκτέλεση συμβάσεων προμήθειας αγαθών» του Ν. 4412/2016, όπου ορίζεται ότι: «Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, το πρόστιμο και οι τόκοι επιβάλλονται αναλόγως σε όλα τα μέλη της ένωσης.».

⁶⁷ Εφόσον φυσικά συμμετέχουν στην ένωση (και) ατομικές επιχειρήσεις ή φυσικά πρόσωπα.

⁶⁸ Για την ανάγκη να δηλώνεται αναλυτικά στην προσφορά μιας ένωσης, η έκταση, το είδος της συμμετοχής εκάστου μέλους αυτής, αλλά και η μεταξύ τους κατανομή της αμοιβής, κατά το άρθρο 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, βλ. κατωτέρω στο οικείο κεφάλαιο, υπό ν.

Το ίδιο το ΔΕΕ⁶⁹, αποφαινόμενο επί της νομιμότητας σχετικής ρύθμισης του ιταλικού δικαίου⁷⁰, έκρινε ότι αφενός αντιβαίνει προς το άρθρο 59 της (τότε ισχύουσας) Συνθήκης της Ρώμης (εφεξής «Συνθήκη της ΕΟΚ») αφετέρου συνιστά παράβαση των διατάξεων της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ. Ειδικότερα, το Δικαστήριο αποφάσισε επί της αιτίας που αντλείται από την παράβαση του άρθρου 59 της Συνθήκης, το οποίο επιβάλλει την κατάργηση οποιασδήποτε δυσμενούς διάκρισης έναντι των παρεχόντων υπηρεσίες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος, άλλο από εκείνο που πρόκειται να εκτελεστεί η παροχή, ότι με τη θέσπιση του εν λόγω κανόνα δικαίου, η ιταλική δημοκρατία, επιφυλάσσει προνομιακή μεταχείριση για τις εγκατεστημένες στην Ιταλία, επιχειρήσεις⁷¹. Παρά το γεγονός ότι, όπως πρόβαλε η ιταλική κυβέρνηση, η υπό κρίση διάταξη εφαρμόζεται αδιακρίτως σε κάθε εταιρεία, ιταλική ή αλλοδαπή και σκοπούσε να αποκλείσει από την ανάθεση αυτού του μέρους των έργων, μόνο τις εγκατεστημένες στην Ιταλία επιχειρήσεις, οι οποίες είχαν την έδρα τους, εκτός της οικείας περιοχής, εξασφαλίζοντας έτσι, μέσω της γεωγραφικής εγγύτητάς τους, προς τις εκτελούμενες εργασίες, την ενίσχυση της παρουσίας των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ)⁷², όλοι οι υπεργολάβοι, τους οποίους καταλήγει να ευνοεί, είναι πράγματι, ιταλικές επιχειρήσεις. Ως εκ τούτου, η επιβαλλόμενη από την υπό εξέταση διάταξη, προτίμηση υπέρ ενώσεων οικονομικών φορέων και κοινοπραξιών, στις οποίες μετέχουν τοπικές

⁶⁹ Απόφαση ΔΕΕ της 03.06.1992, C-360/89, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, ECLI:EU:C:1992:235 και την ξεκάθαρη θέση της νομολογίας του ΔΕΕ επί του ζητήματος της απαγόρευσης αδικαιολόγητων διακρίσεων για οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν με τη μορφή ένωσης, ήδη από το μακρινό 1992. Βλ. σχετικά *Massimo Manzoni*, Una nuova condanna per l'Italia in materia di appalti pubblici, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992, σελ. 361-364, *Anselmo Barone*, Brevi osservazioni in tema di attuazione delle direttive CEE sugli appalti pubblici, *Il Foro italiano*, 1993 IV Col. 80-82 και *Marie-Chantal Boutard-Labarde*, Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services, *Journal du droit international*, 1993, σελ. 427-428.

⁷⁰ Πρόκειται για το άρθρο 2, παρ. 1 και το άρθρο 3 παρ. 3 του Ν. 80/87 της Ιταλίας, με τίτλο «Εξαιρετικές διατάξεις για την επίτευξη της εκτελέσεως δημοσίων έργων, GURI 61 της 14.03.1987». Σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, προβλεπόταν ότι «*Η γραπτή πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να προβλέπει ότι ο ανάδοχος πρέπει να αναθέσει μέρος αντιπροσωπεύον το 15 έως 30% των έργων σε επιχειρήσεις που έχουν την έδρα τους εντός της περιοχής όπου εκτελούνται τα έργα.*» και αντίστοιχα ότι: «*Οσάκις οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις είναι πλέον των δεκαπέντε, η αναθέτουσα αρχή ή οργανισμός πρέπει να προσκαλεί τουλάχιστον δεκαπέντε επιχειρήσεις προς υποβολή προσφορών και ότι, κατά την επιλογή των προσκαλουμένων επιχειρήσεων, πρέπει να δίδεται προτίμηση στις προσωρινές ενώσεις επιχειρήσεων και κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχουν επιχειρήσεις που ασκούν την κύρια δραστηριότητα τους εντός της περιοχής όπου εκτελούνται τα έργα.*».

⁷¹ Μάλιστα το Δικαστήριο δέχτηκε στη σκέψη 11 ότι: «...το άρθρο 59 της Συνθήκης απαγορεύει όχι μόνο την πρόδηλη διάκριση λόγω ιθαγενείας, αλλά και οποιαδήποτε συγκεκριμένη μορφή διακρίσεως η οποία, κατ' εφαρμογή άλλων κριτηρίων διακρίσεως, καταλήγει στην πραγματικότητα στο ίδιο αποτέλεσμα.». Βλ., ιδίως, την Απόφαση ΔΕΕ της 05.12.1989, C-3/88, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, ECLI:EU:C:1989:606 (σκέψη 8).

⁷² Σκέψη 13 της απόφασης: «*Η Ιταλική Κυβέρνηση παρατηρεί ακόμη ότι οι προαναφερθείσες διατάξεις του νόμου 80/87 αποσκοπούν στην αντιστάθμιση των μειονεκτημάτων που απορρέουν, για τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις, από το σύστημα της αναθέσεως του συνόλου του έργου που προβλέπει αυτός ο νόμος, κατά τον οποίο πολλά και διάφορα έργα ανατίθενται με μία και μόνη σύμβαση. Πράγματι, η συγκέντρωση σε ενιαία σύμβαση παροχών οι οποίες, αν είχαν καταναμηθεί, θα ενδιέφεραν μόνο τοπικές επιχειρήσεις, έχει ως αποτέλεσμα να αφαιρεί από τις τελευταίες ορισμένο αριθμό συμβάσεων δημοσίων έργων ήσσονος σημασίας.*».

επιχειρήσεις, κατέληξε το Δικαστήριο ότι συνιστούσε περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών κατά το άρθρο 59 της Συνθήκη της ΕΟΚ⁷³.

Ομοίως, δεκτή έγινε και η προβαλλόμενη από την Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων αιτίαση περί παραβίασης του άρθρου 22 εδάφιο πρώτο, της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ, καθώς κρίθηκε ότι η επίμαχη διάταξη του ιταλικού δικαίου, θεσπίζει κριτήριο επιλογής, διάφορο από τα προβλεπόμενα με τα άρθρα 23 έως 26 αυτής και ως εκ τούτου, εισάγει εκτιμήσεις που εκφεύγουν του καθοριζόμενου από τα ίδια ως άνω άρθρα, ρυθμιστικού πλαισίου. Συνεπώς, οι πρόσθετες προϋποθέσεις που εισήγαγε το άρθρο 3 παρ. 3 του ιταλικού νόμου, δεν ανταποκρίνονται σε κάποια από τις απαιτήσεις οικονομικής και τεχνικής πληρότητας του οικονομικού φορέα, όπως ειδικότερα καθορίζονται στα άρθρα 25 και 26 της Οδηγίας και έτσι, κρίνονται παράνομες⁷⁴.

iv. Η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής-Ειδικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή ενώσεων οικονομικών φορέων.

Σε συνέχεια των ανωτέρω γενικών και οριζόντια εφαρμοζόμενων προϋποθέσεων συμμετοχής σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες, όλως εξαιρετικώς, για τις περιπτώσεις συμβάσεων μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, προβλέπεται στο τέταρτο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 19 ότι η πλήρωση των απαιτούμενων κριτηρίων καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας και μόνο⁷⁵, καθώς και των αντίστοιχων απαιτήσεων του άρθρου 77, πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο όλων των μελών της συμμετέχουσας ένωσης⁷⁶. Αντιθέτως, η πλήρωση των απαιτήσεων των παρ. 3 και 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, αυτονοήτως και κατά λογική και νομική αναγκαιότητα, αρκεί να ικανοποιείται από ένα και μόνο μέλος της ένωσης⁷⁷. Το αμέσως επόμενο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 19 του Ν. 4412/2016, παραπέμπει ευθέως σε πάγιους όρους, καθώς και σε πρότυπα εγγράφων σύμβασης, βάσει των οριζόμενων στα, εθνικής εμπνεύσεως, άρθρα 76 και 77 του νόμου. Με βάση τα εκεί προβλεπόμενα, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών αντίστοιχα, καθορίζεται ο τρόπος, με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών

⁷³ Σκέψεις 6-15 της απόφασης. Και μάλιστα, όπως εναργώς τόνισε το Δικαστήριο στη σκέψη 14 της απόφασης: «Αρκεί, συναφώς, η παρατήρηση ότι τέτοιες θεωρήσεις δεν ανάγονται ούτε σε λόγους δημοσίας τάξεως, δημοσίας ασφαλείας ή δημοσίας υγείας που προβλέπει το άρθρο 56 σε συνδυασμό με το άρθρο 66 της Συνθήκης, ούτε σε επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος που θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τα εν λόγω εμπόδια.» Βλ. σχετικά, Απόφαση ΔΕΕ της 25.07.1991, C-353/89, Επιτροπή κατά του Βασιλείου των Κάτω Χωρών, ECLI:EU:C:1991:325 (σκέψεις 17 και 18) και Απόφαση ΔΕΕ της 25.07.1991, C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, ECLI:EU:C:1991:323 (σκέψη 13 επ.).

⁷⁴ Σκέψεις 16-22 της απόφασης.

⁷⁵ Κατ' αντιδιαστολή προς τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παρ. 3 του άρθρου 75 και τις απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παρ. 4 του άρθρου 75.

⁷⁶ Παρά το γεγονός ότι είναι σαφής η πρόθεση του νομοθέτη να ληφθεί ιδιαίτερη μέριμνα για την επαγγελματική καταλληλότητα όλων των μελών της ένωσης ως ενιαίου οικονομικού φορέα, να ανταποκριθεί στις αυξημένες και τεχνικά εξειδικευμένες απαιτήσεις μιας τέτοιας σύμβασης, η αιτιολογική έκθεση του νόμου σιωπά και ουδέν έτερο αναφέρει σχετικά.

⁷⁷ Πρβλ. και Απόφαση ΔΕΕ της 28.04.2022, C-642/20, Caruter Srl, ECLI:EU:C:2022:308 (σκέψεις 41-44). Έτσι και ΕλΣυν Τμήμα VII 158/2021.

φορέων ικανοποιούν τις απαιτήσεις για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής του άρθρου 75⁷⁸.

Σε αυτό το σημείο κρίνεται σκόπιμο να τονιστεί, με βάση τα όσα διεξοδικά αναπτύχθηκαν ως άνω, όπως άλλωστε προκύπτει και από τον συνδυασμό των προβλεπόμενων στα άρθρα 75 και 76⁷⁹ του Ν. 4412/2016, ότι κατά τον διεξαγόμενο έλεγχο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής για την πλήρωση των τιθέμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, η επαγγελματική καταλληλότητα ενός οικονομικού φορέα καταφάσκει και πρέπει να θεωρείται δεδομένη, εφόσον αυτός προσκομίζει μέσα τεκμηρίωσης της εγγραφής του σε συγκεκριμένη κατηγορία έργων ή μελετών και τεχνικών και λοιπών συναφών υπηρεσιών⁸⁰. Κατά συνέπεια, οι οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται στις εν λόγω συμβάσεις, για την απόδειξη της επαγγελματικής τους καταλληλότητας να εκτελούν αντίστοιχου είδους έργα και μελέτες και τεχνικές και λοιπές συναφείς επιστημονικές υπηρεσίες, οφείλουν απλώς και μόνο να αποδεικνύουν την εγγραφή τους στις αντίστοιχες κατηγορίες που τηρούνται από το εκάστοτε μητρώο, ανεξάρτητα από την κατάταξή τους σε αντίστοιχες τάξεις αυτού⁸¹.

⁷⁸ Με την πρόσφατη αντικατάσταση του άρθρου 76, με το άρθρο 24 του Ν. 4782/2021, είναι σαφές ότι η παρ. 1 του άρθρου 76, αφορά πρόσθετα κριτήρια για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής καταλληλότητας των συμμετεχόντων, η παρ. 2 του ίδιου άρθρου την πλήρωση πρόσθετων κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ενώ οι παρ. 3 και 4 αντίστοιχα, σχετίζονται τόσο με την τεκμηρίωση της απαιτούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας όσο και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σε σχέση με την εγγραφή και κατάταξη του προσφέροντος σε συγκεκριμένες τάξεις των μητρώων του ΠΔ 71/2019 «Μητρώα συντελεστών παραγωγής δημοσίων και ιδιωτικών έργων, μελετών, τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών (ΜΗ.Τ.Ε.)» (ΦΕΚ Α' 112/03.07.2019), όπως η έναρξη ισχύος συγκεκριμένων διατάξεών του, παρατάθηκε εκ νέου με τα άρθρα 52, 53 και 54 του Ν. 5014/2023 «Θεσμικό πλαίσιο για τη διερεύνηση αεροπορικών και σιδηροδρομικών ατυχημάτων για την ασφάλεια των μεταφορών και άλλες διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 14/21.01.2023) ή είχε ανασταλεί σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 144 του Ν. 4764/2020 «Ρυθμίσεις για την προστασία της δημόσιας υγείας από τις συνέπειες της πανδημίας του κορωνοϊού COVID-19, την ενίσχυση των μέσων μαζικής μεταφοράς, την επιτάχυνση της απονομής των συντάξεων, τη ρύθμιση οφειλών προς τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης και άλλες κατεπείγουσες διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 256/23.12.2020). Ομοίως, η παρ. 1 του άρθρου 77, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 25 του Ν. 4782/2021 προβλέπει πρόσθετα κριτήρια καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας στις παρ. 1 και 2, ενώ οι παρ. 3 και 4 αντίστοιχα, σχετίζονται τόσο με την τεκμηρίωση της απαιτούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας όσο και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σε σχέση με την εγγραφή και κατάταξη του προσφέροντος σε συγκεκριμένες τάξεις των μητρώων του ΠΔ 71/2019. Για την εγγραφή και κατάταξη στα Μητρώα ενώσεων προσώπων μέσω του θεσμού της στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων, πρβλ. και το άρθρο 29 του ΠΔ 71/2019.

⁷⁹ Όπως το τελευταίο τροποποιήθηκε διαδοχικά με το άρθρο 119 παρ. 5 του Ν. 4472/2017 «Συνταξιοδοτικές διατάξεις Δημοσίου και τροποποίηση διατάξεων του ν. 4387/2016, μέτρα εφαρμογής των δημοσιονομικών στόχων και μεταρρυθμίσεων, μέτρα κοινωνικής στήριξης και εργασιακές ρυθμίσεις, Μεσοπρόθεσμο Πλαίσιο Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2018-2021 και λοιπές διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 74/19.05.2017) και εν συνέχεια με το άρθρο 24 του Ν. 4782/2021.

⁸⁰ Όπως αυτές αναφέρονται στο ΠΔ 71/2019 και είναι ενδεικτικά για τις συμβάσεις έργων το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), όπως αντικατέστησε το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) και για τις συμβάσεις τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, το Μητρώο Εμπειρίας Μελετητών (Μ.Ε.Μ.), το Μητρώο Μελετητικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Μ.Ε.Δ.Ε.) και το Μητρώο Επιχειρήσεων Συμβούλων Διοίκησης Διαχείρισης Έργων (ΜΗ.Ε.Σ.Δ.Δ.Ε.).

⁸¹ Ήδη πανηγυρική η διατύπωση της αιτιολογικής έκθεσης του άρθρου 119 παρ. 5 του Ν. 4472/2017, όπως είχε τροποποιήσει το άρθρο 76 του Ν. 4412/2016, η οποία ανέφερε χαρακτηριστικά ότι: «[...]. Με την παράγραφο 5 περίπτωση α' τίθεται μία φράση ως γενική-πανηγυρική διατύπωση της βούλησης του

Ενόψει των ανωτέρω λοιπόν, καθίσταται απολύτως σαφές ότι με τις πρόσφατες νομοθετικές μεταβολές, προβλέφθηκε ρητά ότι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν για την απόδειξη του κριτηρίου καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας των υποψηφίων αναδόχων, να καλούν συγκεκριμένες τάξεις/πτυχία του εκάστοτε μητρώου. Υπό την έννοια αυτή, ο καθορισμός των κριτηρίων επιλογής που σχετίζονται με την επαγγελματική καταλληλότητα, αποσυνδέθηκε πλήρως από την εγγραφή και κατάταξη του οικονομικού φορέα σε συγκεκριμένες τάξεις της αντίστοιχης κατηγορίας έργων ή μελετών και τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, καθώς πλέον οποιοσδήποτε προσφέρων πληροί τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, όπως αυτά εξειδικεύονται από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης, μπορεί πράγματι να λάβει μέρος στον διαγωνισμό⁸². Το τελευταίο δε, ανεξάρτητα από την εγγραφή και κατάταξή του σε συγκεκριμένες τάξεις, εφόσον όμως, αποδείξει ότι πληροί επιπρόσθετα και τις τιθέμενες από την αναθέτουσα αρχή απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας⁸³ και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

Η ανωτέρω πλήρης αποδέσμευση της επαγγελματικής καταλληλότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα από την εγγραφή σε συγκεκριμένη τάξη μητρώου, γινόταν ήδη δεκτή από τη νομολογία και υπό το φως της τροποποίησης των άρθρων 76 και 77 του Ν. 4412/2016 με το άρθρο 119 παρ. 5 του Ν. 4472/2017⁸⁴ και πριν την

νομοθέτη, ότι δηλαδή η κατάταξη σε τάξεις των μητρώων για την καταλληλότητα της άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας της παρ. 2 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 και όχι η ίδια η εγγραφή σε αυτά, δεν αποτελεί κριτήριο ποιοτικής επιλογής του άρθρου 75 (παρ. 1β και γ) του ν. 4412/2016. [...]». ενώ αδιάσπαστη είναι και η ρητή γραμματική διατύπωση της παρ. 4 του άρθρου 76 και η αντίστοιχη του άρθρου 77, οι οποίες αμφοτέρως ορίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς που αποδεικνύουν ότι εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75, όπως αυτά ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της σύμβασης, μπορούν να συμμετέχουν σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργων ή μελετών και τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών αντίστοιχα, ανεξάρτητα από την εγγραφή και την κατάταξή τους σε συγκεκριμένες τάξεις των οικείων μητρώων του ΠΔ 71/2019, καταργούμενης μάλιστα οποιασδήποτε αντίθετης στο προηγούμενο εδάφιο ρύθμισης. Το αυτό προκύπτει και από την κατ' άρθρο ανάλυση της αξιολογούμενης ρύθμισης του Ν. 4782/2021.

⁸² Για λόγους απλώς ιστορικούς και για τη θέση της νομολογίας υπό το καθεστώς των προγενέστερων ρυθμίσεων βλ. ενδεικτικά γύρω από τα αντίστοιχα ζητήματα ΣτΕ 802/2008, ΣτΕ 1622/2007, ΕΑ ΣτΕ 380/2006, ΕΑ ΣτΕ 505/2007 και ΕΑ ΣτΕ 377/2008. Συναφείς και Γνμδ. ΝΣΚ 62/1998, Γνμδ. ΝΣΚ 97/2003.

⁸³ Η συζήτηση πάντως για τη δεδομένη οικονομική επιφάνεια ενός εργολάβου, όπως προκύπτει μέσω της σύνδεσης του ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων έργων και της εγγραφής αυτού σε συγκεκριμένη τάξη πτυχίου, αναζωπυρώθηκε μετά την έκδοση της ΕΑΔΗΣΥ 419/2023, με εκατέρωθεν υποστηριζόμενες απόψεις και αναμένεται να κορυφωθεί στο επόμενο διάστημα, ενόψει και της διατήρησης της αναστολής ισχύος του άρθρου 64 του ΠΔ 71/2019 σχετικά με την εγγραφή σε τάξεις και το ανεκτέλεστο υπόλοιπο, δυνάμει του άρθρου 52 του Ν. 5014/2023, όπως αρχικά είχε προβλεφθεί με την παρ. 1 του άρθρου 144 του Ν. 4764/2020.

⁸⁴ Βλ. σχετικά ΕλΣυν Ε' Κλιμάκιο 703/2020, ΕλΣυν Τμήμα VI 17/2019 και ΑΕΠΠ 588/2021, σκέψη 22. Η αναφορά που γίνεται στην Πράξη 703/2020 του Ε' Κλιμακίου του ΕλΣυν στη σελ. 6 αυτής και εντός παρενθέσεως: «...ρητά καταργούμενης της δυνατότητας των αναθετουσών αρχών να καλούν εκ των προτέρων (πλην των περιπτώσεων ιδιαίτερων ή πολύπλοκων έργων, τα οποία δύναται να εκτελέσουν μόνον εξειδικευμένοι οικονομικοί φορείς) εταιρείες εγγεγραμμένες σε συγκεκριμένες τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ.», δεν αποδίδει το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο (ούτε κατά τον χρόνο έκδοσης της οικείας Πράξης) και μόνο σε αποστροφική μπορεί να αποδοθεί, καθώς η πλήρωση του κριτηρίου καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας με μόνη την εγγραφή σε συγκεκριμένη κατηγορία μητρώου, είναι αδιαπραγμάτευτη και ανεξίτηλη εκ μέρους του νομοθέτη, χωρίς περαιτέρω σταθμίσεις που σχετίζονται με την ιδιαιτερότητα ή την πολυπλοκότητα συγκεκριμένου προς ανάθεση έργου.

έναρξη ισχύος των νέων διατάξεων, όπως εισήχθησαν με τον Ν. 4782/2021⁸⁵. Κατά την ανωτέρω έννοια, μετέωρη δογματικά και τελολογικά παραμένει με βάση το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο, η ερμηνευτική προσέγγιση που υιοθετούσε η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής «Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.») στις υποσημειώσεις προηγούμενου προτύπου διακήρυξης, το οποίο είχε εκπονήσει⁸⁶. Έτσι, είχε γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να καθορίσει τις σχετικές απαιτήσεις με παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του Μ.Ε.ΕΠ. ή βαθμίδες/κατηγορίες του Μ.Ε.Κ. ως προς τον καθορισμό των ελάχιστων απαιτήσεων για τις εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. εργοληπτικές επιχειρήσεις (π.χ. ως προς τις απαιτήσεις στελέχωσης, εμπειρίας κλπ.), εντούτοις, οφείλει να περιγράψει αναλυτικά τις αντίστοιχες απαιτήσεις (και) ως προς τις αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις, στο πλαίσιο της τήρησης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης⁸⁷.

Ωστόσο, ασχέτως των ανωτέρω, πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι μετά την πρόσφατη αντικατάσταση των άρθρων 76 και 77 του Ν. 4412/2016, η σαφής διατύπωση των επίμαχων διατάξεων, δεν αφήνει περιθώρια παρερμηνειών σχετικά με τον τρόπο που έχουν πλέον την ευχέρεια οι ενώσεις προσώπων να αποδείξουν την εκ μέρους τους πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, όπως προβλέπονται σε μία

⁸⁵ Την 1^η Ιουνίου 2021, σύμφωνα με το άρθρο 142 του νόμου.

⁸⁶ Εκεί αναφερόταν χαρακτηριστικά ότι: «Επισημαίνεται ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να καλούν συγκεκριμένες τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ. Πρβλ. άρθρα 76 παρ. 1, 3 και 4, όπως ισχύουν δυνάμει του άρθρου 119 παρ. 5 περ. α' έως δ' του ν. 4472/2017, σε συνδυασμό με το άρθρο 75 παρ. 2 & 5 του ν. 4412/2016 (πρβ. και άρθρο 80 παρ. 1 του ν. 3669/2008, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 119 παρ. 5 περ. η' του ν. 4472/2017).

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβ. άρθρο 75 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο και αρ. 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016). Οι εν λόγω απαιτήσεις καθορίζονται περιγραφικά στο παρόν σημείο, χωρίς παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ. Σε κάθε περίπτωση και μέχρι την κατάργηση των άρθρων 80 έως 110 του ν. 3669/2008 και την έναρξη ισχύος του π.δ. του άρθρου 118 παρ. 20 του ν. 4472/2017, επισημαίνεται ότι, εφόσον η αναθέτουσα αρχή επιλέξει την παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ ως προς τον καθορισμό των απαιτήσεων για τις εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ εργοληπτικές επιχειρήσεις, πρέπει να περιγράψει αναλυτικά τις αντίστοιχες απαιτήσεις και για τις αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβ. άρθρο 75 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο και αρ. 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016). Οι εν λόγω απαιτήσεις καταρχάς καθορίζονται περιγραφικά στο παρόν σημείο, χωρίς παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ ή βαθμίδες/κατηγορίες του ΜΕΚ. Σε κάθε περίπτωση και μέχρι την κατάργηση των άρθρων 80 έως 110 του ν. 3669/2008 και την έναρξη ισχύος του π.δ. του άρθρου 118 παρ. 20 του ν. 4472/2017, επισημαίνεται ότι, εφόσον η αναθέτουσα αρχή επιλέξει την παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ ή βαθμίδες/κατηγορίες του ΜΕΚ ως προς τον καθορισμό των απαιτήσεων για τις εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ εργοληπτικές επιχειρήσεις (πχ. στελέχωση), πρέπει να περιγράψει αναλυτικά τις αντίστοιχες απαιτήσεις και για τις αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις». Ενδεικτικό της σύγχυσης που προκάλεσε η περιγραφόμενη ερμηνευτική εκδοχή είναι ότι κατόπιν των με αριθμό πρωτοκόλλου 31951/2017, 31953/2018, 31971/2018, 31980Α/2018, 31980Β/2018, 31985/2018 και 31990/2018 αλληπάλληλων επιστολών του Πανελληνίου Συνδέσμου Ανωτόμων Τεχνικών Εταιρειών (Σ.Α.Τ.Ε.), η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. υποχρεώθηκε να άρει τις όποιες αμφισβητήσεις εκδίδοντας το με αριθμό πρωτοκόλλου 632/30.01.2018 έγγραφό της, σε απάντηση των ανωτέρω επιστολών.

⁸⁷ Έτσι και *ad hoc* ΑΕΠΠ 588/2021, σκέψη 22. Γενικά για την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, πρβλ. Ε. Τροβά-Π. Σκουρή, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2009, σελ. 222 επ.

Διακήρυξη ή Πρόσκληση. Ειδικά, σε ό,τι αφορά την κάλυψη της επαγγελματικής καταλληλότητας εκ μέρους μιας ένωσης για ανάληψη δημόσιας σύμβασης έργου, από τη συνδυαστική ανάγνωση των περιπτώσεων β), γ) και ε) του άρθρου 76 παρ. 1 προκύπτει άνευ άλλου τινός ότι όταν το δημοπρατούμενο έργο ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. – και τέτοια περίπτωση θεωρείται ότι συντρέχει εάν ανήκουν σε μία και μόνο κατηγορία, πλέον του ενενήντα τοις εκατό (90%) των εργασιών του όλου έργου, χωρίς να λαμβάνονται υπόψη τα απρόβλεπτα – δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην κατηγορία αυτή και μόνο.

Προσέτι, όταν το έργο περιλαμβάνει εργασίες διαφόρων κατηγοριών, χωρίς όμως το ποσοστό κάποιας από αυτές να ξεπερνά το όριο της περίπτωσης β) της παρ. 1 του άρθρου 76⁸⁸, γίνεται δεκτό ότι δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι για όλες τις κατηγορίες του έργου, καθώς και ενώσεις οικονομικών φορέων, της οποίας τα μέλη καλύπτουν τις κατηγορίες αυτές, αθροιστικά υπέρ της συμμετέχουσας ένωσης. Στην τελευταία αυτή περίπτωση βεβαίως, είναι εξίσου σαφές ότι κατά την υποβολή προσφοράς της συμμετέχουσας ένωσης, θα πρέπει να δηλωθεί στην προσφορά της, η έκταση και το είδος της συμμετοχής εκάστου μέλους αυτής στην εκτέλεση του έργου, αμφότερα τα οποία όμως θα πρέπει να τελούν σε αντιστοιχία με την κατηγορία, στην οποία είναι εγγεγραμμένο το κάθε μέλος της ένωσης. Η ανωτέρω ερμηνεία συνάδει όχι μόνο με τα οριζόμενα στην περίπτωση ε) της παρ. 1 του άρθρου 76, κατά την οποία ρητά απαιτείται, σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων, το σύνολο των μελών αυτής να είναι εγγεγραμμένα στη μοναδική κατηγορία του δημοπρατούμενου έργου και στην περίπτωση που το εν λόγω έργο περιλαμβάνει εργασίες περισσότερων κατηγοριών, έκαστο μέλος της ένωσης να είναι εγγεγραμμένο τουλάχιστον σε μία από τις κατηγορίες του έργου που δημοπρατείται, ώστε αθροιστικά και εν συνόλω να καλύπτεται υπέρ της ένωσης, ως ενιαίου οικονομικού φορέα, η επαγγελματική καταλληλότητα, βάσει της εγγραφής σε συγκεκριμένη κατηγορία έργου⁸⁹, αλλά εμφανίζεται συστηματικά και τελολογικά συνεπής και με τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα. Συγκεκριμένα, βάσει και της τριμερούς διάκρισης που κάνει ο νομοθέτης στο άρθρο 75 παρ. 1, σχετικά με τα κριτήρια επιλογής, τα οποία μπορούν να επιλέγουν κάθε φορά οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να επιβάλλουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις συμμετοχής στους οικονομικούς φορείς, η παροχή δάνειας εμπειρίας εκ μέρους τρίτου φορέα είναι δυνατή μόνο για την κάλυψη της οικονομικής φερεγγυότητας και της τεχνικής ποιοτικής στάθμης του προσφέροντος⁹⁰.

Ως εκ τούτου, δεν είναι δυνατόν ένας οικονομικός φορέας, ενόψει της παρουσίας του ως μέλος ένωσης σε δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση έργου, να

⁸⁸ Βάσει του τελευταίου εδαφίου της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 76, «Κατηγορία με ποσοστό εργασιών λιγότερο του δέκα τοις εκατό (10%) δεν λαμβάνεται υπόψη, μπορούν όμως τα έγγραφα της σύμβασης να ορίσουν διαφορετικά.».

⁸⁹ Βλ. και ΑΕΠΠ 738/2020 σκέψεις 27-28 και 588/2021 σκέψη 22.

⁹⁰ Έτσι και Μ. Σειραδάκης, Η κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων από ενώσεις και κοινοπραξίες, ΣΥΝ 147, 2021, σελ. 29.

περιέρχεται αθέμιτα και κατά παράβαση ρητών διατάξεων σε ευμενέστερη θέση, ως προς την πλήρωση εκ μέρους του, των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, από την άποψη της καταλληλότητάς του για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, από εκείνη, στην οποία θα βρισκόταν εάν συμμετείχε και υπέβαλε προσφορά μεμονωμένα. Με άλλα λόγια, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι, ένας οικονομικός φορέας, που θα αδυνατούσε να λάβει μέρος σε διαγωνιστική διαδικασία μεμονωμένα, λόγω του ότι δεν είναι εγγεγραμμένος σε συγκεκριμένη κατηγορία του μητρώου που απαιτείται για την εκτέλεση μιας σύμβασης έργου και για την απόδειξη της οποίας *de lege lata* δεν θα μπορούσε να προσφύγει στις ικανότητες άλλου φορέα, να επικαλείται επ' ευκαιρία της συμμετοχής του σε ένωση οικονομικών φορέων, την εγγραφή άλλου μέλους αυτής στη συγκεκριμένη κατηγορία έργου και λόγω του συνασπισμού τους στη συμμετέχουσα ένωση, τελικά να επιτυγχάνει να θεωρηθεί «επαγγελματικά κατάλληλος» να εκτελέσει αυτήν⁹¹.

Εξίσου σαφής είναι και η διατύπωση του άρθρου 77 του νόμου, σε ό,τι αφορά την πλήρωση των απαιτούμενων κριτηρίων επιλογής που σχετίζονται με την επαγγελματική καταλληλότητα του προσφέροντος, για τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών. Χαρακτηριστικό είναι ότι η παρ. 1 περίπτωση γ) απαιτεί απερίφραστα και ανεξίτητα, σε περίπτωση που περισσότεροι οικονομικοί φορείς, λαμβάνουν μέρος σε αντίστοιχο διαγωνισμό με τη μορφή ένωσης οικονομικών φορέων, εφόσον η υπό ανάθεση μελέτη ανήκει σε μία και μόνο κατηγορία, όλα τα μέλη της ένωσης να αποδεικνύουν την εγγραφή τους σε αυτήν την κατηγορία. Ομοίως, με την ίδια αδιάσπαστη διατύπωση, η περίπτωση δ) της παρ. 1, ορίζει, σε αντιστοιχία με τις ρυθμίσεις του άρθρου 76 για τις συμβάσεις δημοσίων έργων, ότι και πάλι, σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων, όταν η υπό ανάθεση μελέτη ανήκει σε περισσότερες κατηγορίες, οι τελευταίες πρέπει να καλύπτονται αθροιστικά από το σύνολο των μελών της ένωσης, υπέρ αυτής ως ενιαίου φορέα που διεκδικεί την ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν.

Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, αποτυπώνεται εναργώς στις πραγματευόμενες διατάξεις, ότι πρόθεση του νομοθέτη (ενωσιακού και εθνικού) είναι η κατ' αρχάς διαπίστωση της συνδρομής της απαιτούμενης ποιοτικής επάρκειας, στο πρόσωπο της ένωσης ως ενιαίου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, εν συνόλω. Άρα και η αντίστοιχη πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα άλλωστε και με την προαναφερθείσα τριμερή διάκριση που κάνει ο ίδιος ο νομοθέτης στο άρθρο 75 του νόμου, σε κριτήρια καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας⁹², σε κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας⁹³ και σε κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας⁹⁴, εκτός από τις περιπτώσεις που ρητά ορίζεται το αντίθετο από τον νόμο, πρέπει να αναζητείται και να διαπιστώνεται

⁹¹ Έτσι και ΣτΕ 388/2021 και όμοια με αυτήν 389/2021, η οποία επικύρωσε την ορθότητα της κρίσης της ΑΕΠΠ 177/2020. Η τελευταία είχε δεχθεί ότι συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού συμμετέχουσας σε διαγωνισμό, ένωσης εταιρειών, διότι η εγγραφή μέλους της στο Μ.Ε.Ε.Π. δεν πληρούσε τις απαιτήσεις της διακήρυξης.

⁹² Άρθρο 75 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016.

⁹³ Άρθρο 75 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016.

⁹⁴ Άρθρο 75 παρ. 1 και 4 του Ν. 4412/2016.

εκ μέρους της συμμετέχουσας ένωσης από κοινού, ήτοι είτε από ένα μέλος αυτής⁹⁵ είτε αθροιστικά από περισσότερα ή/και όλα τα μέλη αυτής⁹⁶.

⁹⁵ Έτσι και *ad hoc* ΕΑ ΣτΕ 200/2008 και ΕλΣυν (Ολομ.) 2138/2020, αλλά και ΑΕΙΠΠ 164/2021, σκέψη 17.

⁹⁶ Με βάση τα ανωτέρω εκτιθέμενα είναι όλως εσφαλμένη η ερμηνευτική προσέγγιση που υιοθέτησε η ΑΕΙΠΠ 1108/2021 στις σκέψεις 35-39 αυτής και αντίστοιχα η υπ' αριθμ. 120/2021 Απόφαση του Α2 Ακυρωτικού Τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς, σκέψη 8. Στην ένδικο περίπτωση, δεν πρόκυπτε από τα πραγματικά περιστατικά της εν λόγω υπόθεσης ότι η αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού απαιτούσε η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των προσφερόντων οικονομικών φορέων να καλύπτεται με τρόπο διαφορετικό ή βάσει πρόσθετων προϋποθέσεων και άρα τύγγανε εφαρμογής η γενική διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, με συνέπεια για τις συμμετέχουσες ενώσεις να αρκεί πράγματι η επίμαχη απαίτηση να ικανοποιείται εν δυνάμει, έστω και από ένα και μόνο μέλος της συμμετέχουσας ένωσης, χωρίς να είναι αναγκαίο να διαπιστωθεί η κάλυψη της από έκαστο μέλος αυτής. Ωστόσο, σε πλήρη αντίθεση με τη γραμματική ερμηνεία της διάταξης, αλλά και τα σχετικά με αυτήν πάγια νομολογιακά πορίσματα, η υπό κρίση απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με μία όλως εξωνομική κατασκευή και μία *contra legem* ερμηνευτική προσέγγιση, έκρινε ότι το υπό κρίση εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 19 αναφέρεται αποκλειστικά και μόνο στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, για τις οποίες η πλήρωση των απαιτήσεων της παρ. 2 του άρθρου 75 (καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας), καθώς και του άρθρου 77 (κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών) πρέπει να ικανοποιείται από όλα τα μέλη της ένωσης. Εντούτοις, είναι σαφές ότι η ερμηνεία που αποδίδει η απόφαση αυτή στην επίμαχη διάταξη, είναι πολλαπλώς εσφαλμένη και αντιστρατεύεται τον ίδιο τον δικαιολογικό λόγο θέσπισής της, καθώς, εάν γινόταν δεκτή η ανωτέρω ερμηνεία, τότε σε κάθε περίπτωση που υπήρχε υποβολή προσφοράς εκ μέρους ένωσης προσώπων για τη νόμιμη συμμετοχή της σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, θα έπρεπε η κάλυψη των εκάστοτε απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) να διαπιστώνεται αυτοτελώς στο πρόσωπο εκάστου συμμετέχοντος στην ένωση, μέλους και όχι αθροιστικά από αυτήν, ως ενιαίο οικονομικό φορέα (υπό την έννοια ότι θα αρκούσε το κριτήριο επιλογής να καλύπτεται έστω και από έναν και μόνο οικονομικό φορέα-μέλος της ένωσης). Μια τέτοια όμως παραδοχή, θα τορπίλιζε την ίδια την υπόσταση της ένωσης και θα έθετε εκποδών τη *ratio legis* της αναγνώρισής της από το δίκαιο και της ρύθμισής της από τον νομοθέτη ως αυθύπαρκτου οικονομικού φορέα, αφού εκ προοιμίου και εννοιολογικά, η ένωση επιδιώκει την από κοινού συμμετοχή των μελών της σε μία διαγωνιστική διαδικασία, τα οποία ενώνουν τις δυνάμεις τους, προκειμένου να καλύψουν εν συνόλω και αθροιστικά τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής ενός διαγωνισμού. Αν ήταν αναγκαία κάθε φορά η πλήρωσή τους μεμονωμένα από κάθε ένα μέλος, τότε ακυρώνεται ευθύς εξ αρχής η αναγκαιότητα σύστασης ένωσης, μεταξύ περισσότερων οικονομικών φορέων. Δευτερευόντως, ακόμα και αν γινόταν δεκτή η κατ' αρχήν όλως εσφαλμένη ερμηνευτική προσέγγιση που υιοθετεί η απόφαση της Α.Ε.Π.Π., είναι σαφές ότι το εν λόγω εδάφιο, αντιδιαστέλλει την πλήρωση των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παρ. 3 και 4 του άρθρου 75, η οποία αρκεί να ικανοποιείται από ένα εκ των μελών της συμμετέχουσας ένωσης, με την πλήρωση των απαιτήσεων της παρ. 2 του άρθρου 75 που αφορά την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας του προσφέροντος και του άρθρου 77 παρ. 1α)-θ), όπως αυτό θεσπίζει ειδικά κριτήρια επιλογής για την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, αμφοτέρωτα τα οποία πράγματι στις συγκεκριμένες διαδικασίες και μόνο, πρέπει να πληρούνται από το σύνολο των μελών της συμμετέχουσας ένωσης. Και υπό το πρίσμα αυτό όμως, ιδωμένη η διατύπωση της επίμαχης διάταξης, οδηγεί στο αυτό, ως άνω εξαχθέν συμπέρασμα, ήτοι ότι ο νομοθέτης, για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που αφορούν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ενός υποψηφίου (παρ. 3 του άρθρου 75) και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αυτού (παρ. 4 του άρθρου 75), στην περίπτωση συμμετοχής ένωσης προσώπων σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, προβλέπει επαναφορά στον γενικό κανόνα που προφανώς κατά λογική και νομική αναγκαιότητα, ισχύει και για τις λοιπές συμβάσεις και αρκείται στην κάλυψη των εν λόγω κριτηρίων (ακόμα και) από ένα και μόνο μέλος της συμμετέχουσας ένωσης. Σημειώνεται αυτονοήτως ότι, η επίμαχη υπόθεση, αφορούσε πράγματι διαγωνισμό προμήθειας και σε κάθε περίπτωση, η όποια αναφορά στο άρθρο 77 του νόμου, που αφορά συγκεκριμένες συμβάσεις, δεν έχει κανένα περιθώριο εφαρμογής.

Εξάλλου, τα ως άνω εξαχθέντα συμπεράσματα ενισχύονται και από τη γραμματική διατύπωση της παρ. 6 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, όπου ορίζεται ότι οι ενώσεις οικονομικών φορέων, τα μέλη των οποίων, προφανώς υποβάλλουν κοινή προσφορά, οφείλουν να προσκομίσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως αναφέρονται στις παρ. 1-5 του ίδιου άρθρου, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 19. Υπό την έννοια αυτή, είναι προφανές και συνάγεται άνευ άλλου τινός, ότι κάθε μέλος της συμμετέχουσας ένωσης, οφείλει να υποβάλλει στο τελικό διαγωνιστικό στάδιο, τα προβλεπόμενα από τη Διακήρυξη του διαγωνισμού ή την Πρόσκληση, αποδεικτικά στοιχεία, όπως δηλώθηκαν στο ατομικό του Ε.Ε.Σ.⁹⁷, προκειμένου να τεκμηριώσει τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής (επαγγελματική καταλληλότητα, οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) που του αναλογούν. Εκείνα δηλαδή τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που απαιτούνται, αλλά και αρκούν για να τεκμηριώσουν έναντι της αναθέτουσας αρχής, τη δική του εξατομικευμένη ποιοτική στάθμη, όπως αυτή εισφέρεται εκ μέρους του κάθε οικονομικού φορέα, που συμμετέχει στην ένωση, με σκοπό, καταληκτικά, την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επάρκειας αυτής, ως ενιαίο σύνολο, ήτοι είτε μεμονωμένα από ένα και μόνο μέλος της ένωσης, υπέρ όμως του συνόλου των μελών αυτής, είτε, σωρευτικά με το άθροισμα των συνεισφερόμενων δυνάμεων περισσοτέρων (ή και όλων των) μελών της ένωσης⁹⁸. Συνεπακόλουθα, οι

⁹⁷ Βλ. αμέσως πιο κάτω υπό ν.

⁹⁸ Βλ. αναλυτικά τη ΣτΕ 1245/2022 (όπως ακύρωσε την ΑΕΠΠ 368/2022), η οποία αναγνωρίζοντας την ευρεία διακριτική ευχέρεια που διαθέτει μία αναθέτουσα αρχή, εντός του ρυθμιστικού πλαισίου που καθορίζει η συνδυαστική ανάγνωση των διατάξεων των άρθρων 25, 39 και 40 του Ν. 4413/2016 για τις συμβάσεις παραχώρησης, αναφορικά με τη συμμετοχή ενώσεων σε προκηρυσσόμενους διαγωνισμούς, αλλά και τα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τα αντίστοιχα αποδεικτικά μέσα, προκειμένου να διασφαλιστεί η επιλογή του τελικού αναδόχου που διαθέτει αφενός τις κατάλληλες τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες και αφετέρου την απαραίτητη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό παραχώρηση υπηρεσίας, στις σκέψεις 16 έως και 22 αυτής, προσδιόρισε μεταξύ άλλων τον τρόπο με τον οποίο στην επίδικη υπόθεση, η αναθέτουσα αρχή, μπορεί θεμιτά να απαιτήσει να πληρούν όλα τα μέλη μιας συμμετέχουσας στον διαγωνισμό, ένωσης, ορισμένο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, εφόσον αιτιολογήσει επαρκώς τη σχετική απαίτηση με αναφορά στο αντικείμενο και τις ειδικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά την έννοια αυτή κρίθηκε ειδικώς όσον αφορά την απαίτηση κατοχής πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης ότι η αναγνωριζόμενη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ευρίσκει πεδίο εφαρμογής ιδίως στις περιπτώσεις, όπου τα μέλη της υποψήφιας ένωσης προτίθενται σύμφωνα με την έκταση και το είδος της συμμετοχής τους στο συμμετοχικό σχήμα, να αναλάβουν από κοινού την παροχή της συγκεκριμένης υπηρεσίας, για την οποία απαιτείται η ζητούμενη πιστοποίηση, ενώ αντιθέτως δεν ευρίσκει πεδίο εφαρμογής σε περίπτωση όπου τα μέλη της υποψήφιας ένωσης κατανέμουν τις υπό ανάθεση υπηρεσίες μεταξύ τους κατά τέτοιο τρόπο, ούτως ώστε μόνο ένα μέλος αυτής θα παρέχει την υπηρεσία, η οποία συνδέεται με την ζητούμενη πιστοποίηση, αντιδιαστέλλοντας μεταξύ του γενικού κανόνα, σύμφωνα με τον οποίο, μία υποβάλλουσα προσφορά ένωση στηρίζεται νομίμως αποκλειστικά στην πιστοποίηση που διαθέτει ένα μόνο μέλος αυτής, το οποίο και θα παράσχει τη συγκεκριμένη υπηρεσία και της περίπτωσης που εφόσον όλα τα μέλη της ένωσης θα εκτελέσουν από κοινού την επίμαχη υπηρεσία, εξαιτίας των εγγενών ιδιαιτεροτήτων και της φύσης της, νομίμως και συμφώνως με την αρχή της αναλογικότητας και της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διακρίσεων, μπορεί να απαιτεί η αναθέτουσα αρχή, την κατοχή της πιστοποίησης από όλα τα μέλη αυτής. Για το ίδιο ζήτημα της ορθής απαίτησης πλήρωσης των κριτηρίων επαγγελματικής καταλληλότητας κατά περίπτωση από όλα τα μέλη μιας προσωρινής ένωσης οικονομικών φορέων, πάντοτε τηρουμένης της αρχής αναλογικότητας και πάλι εντός του ρυθμιστικού πλαισίου της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, βλ. και την

δεσμοί αλληλεγγύης και αλληλεξάρτησης που γεννιούνται μεταξύ των μελών μιας ένωσης, καθώς και οι παρεπόμενες αμοιβαίες δεσμεύσεις που πηγάζουν εξ αυτών, παρίστανται όλως αυτονόητοι και προφανείς.

Σαν μια τελευταία χρήσιμη αναφορά στην πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής εκ μέρους μιας ένωσης οικονομικών φορέων, κρίνεται σκόπιμο να τονιστεί το εξής, εν είδη *case study*. Σε περίπτωση που ένας οικονομικός φορέας, ο οποίος λαμβάνει μέρος σε μία διαγωνιστική διαδικασία και προκειμένου να τεκμηριώσει την προηγούμενη εμπειρία του για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής του πληρότητας, ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, απαιτείται να προσκομίσει βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης προηγούμενης σύμβασης, την οποία όμως δεν εκτέλεσε αυτοτελώς, αλλά σαν μέλος ένωσης, είναι προφανές ότι αντλεί την εμπειρία του από βεβαίωση που χορηγήθηκε στην ένωση, ως αυτόνομο συμμετέχοντα σε προηγούμενο διαγωνισμό και όχι στον ίδιο ατομικά. Σε ένα τέτοιο ενδεχόμενο, είναι έκδηλο ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας, μπορεί πράγματι να στηρίζει την ποιοτική του στάθμη, σε μια ανάλογου περιεχομένου βεβαίωση ή βεβαιώσεις, ωστόσο, σε συνάφεια με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω και όσα αναπτύσσονται ευθύς κατωτέρω, υπό ν., θα πρέπει και να μπορεί να συναχθεί από την υποβληθείσα προσφορά του, άρα τις δηλώσεις του στο Ε.Ε.Σ. και τα λοιπά αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίζει, σε τί ποσοστό συμμετείχε στην ένωση και ποιο ακριβώς τμήμα της προηγούμενης σύμβασης, όντως εκτέλεσε⁹⁹.

Με αυτόν τον τρόπο, η εκδοθείσα υπέρ της ένωσης, βεβαίωση ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης σε προηγούμενο διαγωνισμό, όπως ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετείχε ως μέλος της, θα πρέπει να αντανακλά πραγματικά τις εκτελεσθείσες από αυτόν εργασίες, σε απόλυτη συνάφεια και σύνδεση με το αντικείμενο του δεύτερου χρονικά διαγωνισμού, προκειμένου να έχει ουσιαστικό περιεχόμενο για τη θεμελίωση του αντίστοιχου κριτηρίου επιλογής και στο πρόσωπο του μεμονωμένου οικονομικού φορέα, σε επιγενόμενη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης¹⁰⁰.

ν. *Τα υποβαλλόμενα δικαιολογητικά συμμετοχής-Η νόμιμη εκπροσώπηση της ένωσης.*

Κατόπιν των όσων εκτέθηκαν στις προηγούμενες ενότητες, είναι απαραίτητη και σκόπιμη στο σημείο αυτό, η ανάλυση του τρόπου με τον οποίο θα υποβάλλει νομίμως την προσφορά της, μία ένωση οικονομικών φορέων, υπό την έννοια της επισκόπησης των σχετικών διατάξεων που ρυθμίζουν τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής αυτής, αλλά και του τρόπου που θεμελιώνεται έναντι της αναθέτουσας αρχής, η νόμιμη εκπροσώπηση των πλειόνων οικονομικών φορέων, οι οποίοι συνασπίζονται στο συμμετοχικό αυτό σχήμα.

απάντηση στο έβδομο προδικαστικό ερώτημα που δόθηκε με την Απόφαση ΔΕΕ της 10.11.2022, C-486/21, *SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o.*, ECLI:EU:C:2022:868 (σκέψεις 98-104).

⁹⁹ Πρβλ. και τα οριζόμενα στο άρθρο 31 του ΠΔ 71/2019 για τα χορηγούμενα πιστοποιητικά εμπειρίας, όπως η τελευταία κατανέμεται μεταξύ των μελών της ομάδας κάθε κατηγορίας μελέτης.

¹⁰⁰ Εάν δεν αναφέρεται ρητά ή δεν συνάγεται ευχερώς η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα, η επί παραδείγματι, αναφερθείσα υπόθεση, συνιστά πολύ ωραία περίπτωση, ορθής και λελογισμένης χρήσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της δυνατότητας παροχής διευκρινίσεων, υπό τους όρους του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 310 για τους αναθέτοντες φορείς).

Από τη συνδυαστική ανάγνωση των οριζομένων στα άρθρα 93, 79, 79Α και 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016¹⁰¹, προκύπτει σαφώς ότι, η υποβολή προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, θεμελιώνει πράγματι από κοινού συμμετοχή των περισσοτέρων μελών αυτής. Βάσει του άρθρου 93, τα εκ του νόμου μοναδικά, απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής, όπως και για τους λοιπούς μεμονωμένους συμμετέχοντες, είναι (τουλάχιστον κατ' αρχήν), αποκλειστικά το Ε.Ε.Ε.Σ. και η εγγυητική επιστολή συμμετοχής¹⁰². Το τελευταίο εδάφιο του εν λόγω άρθρου, το οποίο παρέμεινε, στην ουσία του, αναλλοίωτο και μετά την πρόσφατη αντικατάστασή του, ρητά απαιτεί να υποβληθεί χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. για κάθε μέλος της υποβάλλουσας προσφορά, ένωσης οικονομικών φορέων¹⁰³, παρά το γεγονός ότι θα μπορούσαν να προκύψουν ενδεχόμενες ερμηνευτικές δυσχέρειες, βάσει και των προβλεπόμενων στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 79Α¹⁰⁴ που κάνουν λόγο για δυνατότητα υποβολής μιας προσφοράς

¹⁰¹ Όπως κατά περίπτωση τροποποιήθηκαν και αντικαταστάθηκαν από τα άρθρα 35, 27, 28 και 38 αντίστοιχα, του Ν. 4782/2021.

¹⁰² Παρά το γεγονός ότι η διάταξη δεν προβλέπει κάποια κύρωση, σε περίπτωση που οι αναθέτουσες αρχές απαιτήσουν την υποβολή πρόσθετων εγγράφων και άρα θεωρητικά τουλάχιστον, αυτό παραμένει μία «ανοιχτή» δυνατότητα για αυτές, είναι προφανές ότι μια τέτοια ενέργεια γεννά πλείστα όσα προβλήματα, λαμβάνοντας υπόψη ότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο θεμελιακός κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο Ν. 4412/2016, με την υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ. και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. επ' αυτού και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 949/13.02.2018, Κατευθυντήρια Οδηγία 23 (Απόφαση 3/24.01.2018 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), με θέμα: «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.)»). Στην ίδια λογική, υπενθυμίζεται η απόλυτα εύστοχη και νομοτεχνικά και δικαιοπολιτικά άρτια διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, δυνάμει της οποίας εκάστη αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς ή/και υποψηφίους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο της διαγωνιστικής διαδικασίας, να υποβάλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό κρίνεται σκόπιμο για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.

¹⁰³ Η υποχρέωση υποβολής χωριστού Ε.Ε.Ε.Σ. για όλα τα μέλη της συμμετέχουσας ένωσης προβλέπεται και στο Παράρτημα 1 όπως είχε προβλεφθεί ως Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (Ε.Ε.Ε.Π.) στο Παράρτημα 1 του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5^{ης} Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕ L 3/16 της 06.01.2016), όπως τροποποιήθηκε σε Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) με το Παράρτημα 2 του διορθωτικού στον εκτελεστικό κανονισμό (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής, της 5^{ης} Ιανουαρίου 2016, για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕ L 17/65 της 23.01.2018), όπου μεταξύ άλλων στο «Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», υπό «Τρόπος συμμετοχής», ερώτηση: «Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης από κοινού με άλλους», η λέξη «επικεφαλής» της ένωσης, αντικαταστάθηκε με τη λέξη «συντονιστής» («leader» στην αγγλική έκδοση του κειμένου). Αντιθέτως, η κοινοπραξία υποβάλλει κοινό Ε.Ε.Ε.Σ.

¹⁰⁴ Οι παρ. 1 και 2 του άρθρου 79Α: «1. Κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παρ. 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν.

2. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης.».

οικονομικού φορέα, με μόνη την υπογραφή του Ε.Ε.Ε.Σ. από τον κατά περίπτωση νόμιμο εκπρόσωπο αυτού¹⁰⁵.

Επιβεβλημένο συνεπώς είναι, αναφορικά με την έννοια του νομίμου εκπροσώπου της ένωσης οικονομικών φορέων, να ειπωθούν και να αποσαφηνιστούν τα ακόλουθα. Σε αντίθεση με την αυτοτελή υποχρέωση που υπέχουν τα επιμέρους μέλη μιας ένωσης, να υποβάλλουν χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. κατά τα ως άνω εκτεθέντα, η υποβαλλόμενη κοινή προσφορά αυτής, δύναται να υπογραφεί, κατά ρητή μάλιστα νομοθετική επιταγή¹⁰⁶, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση είτε από τον κοινό εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Μάλιστα σε απόλυτη συνάφεια και με όσα αναπτύχθηκαν ανωτέρω υπό ίν., σχετικά με την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από μία συμμετέχουσα ένωση, ενόψει και της ρητής υποχρέωσης που υπέχουν τα μέλη αυτής, να προσδιορίζουν εντός της προσφοράς τους (και όχι απαραίτητα εντός του ίδιου του Ε.Ε.Ε.Σ., όπως εσφαλμένα υπολαμβάνεται ορισμένες φορές από τους οικονομικούς φορείς), την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης¹⁰⁷ (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους¹⁰⁸), καθώς και τον εκπρόσωπο/συντονιστή αυτής¹⁰⁹, είναι προφανές ότι έκαστο μέλος της ένωσης, θα δηλώσει εντός του υποβληθέντος από αυτό, Ε.Ε.Ε.Σ. την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, τα οποία το ίδιο διαθέτει και συνέχονται με το τμήμα της σύμβασης που θα αναλάβει να εκτελέσει, σε περίπτωση που η ένωση ανακηρυχθεί ανάδοχος¹¹⁰.

Επιπλέον, προς περαιτέρω διάχυση φωτός στις απολύτως διάφορες και διακριτές έννοιες του νομίμως εξουσιοδοτημένου εκπροσώπου και του

¹⁰⁵ Είναι προφανές ότι η απαίτηση του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 93 για υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. για κάθε μέλος της ένωσης σε σχέση με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 79Α του Ν. 4412/2016, για παρεχόμενη δυνατότητα νόμιμης υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ. μόνο από τον νόμιμο εκπρόσωπο του οικονομικού φορέα, μόνο εν είδη ειδικού προς γενικό κανόνα μπορεί να αντιμετωπιστεί, προκειμένου να αποφευχθεί η αλληλοαναιρέσή τους.

¹⁰⁶ Άρθρο 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

¹⁰⁷ Βλ. σχετικά και ΔΕφΤριπ 8/2019, η οποία απέρριψε αίτηση αναστολής και επικύρωσε την ορθότητα της ΑΕΠΠ 1044/2018. Διαφορετική φυσικά η περίπτωση που ο προσδιορισμός της έκτασης και του είδους της συμμετοχής εκάστου μέλους της ένωσης, καθώς και της κατανομής της αμοιβής μεταξύ τους εντός του Ε.Ε.Ε.Σ. προβλέπεται ρητά ως όρος της διακήρυξης, βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 67/2021. Πάντως ο σχετικός όρος που προβλεπόταν στο προηγούμενο υπόδειγμα διακήρυξης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (Σεπτέμβριος 2021) έχει πλέον απαλειφθεί στο πρόσφατα επικαιροποιημένο (Ιούνιος 2023). Πρβλ. και ΔΕφΑθ 728/2023.

¹⁰⁸ Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, ορίζεται στο άρθρο 187 παρ. 9 του Τμήματος Ι «Συμβατικό στάδιο», Ενότητα Ι «Διοίκηση-Διαχείριση της σύμβασης» του Ν. 4412/2016, ότι: «Ο πίνακας κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης που έχει υποβληθεί με την προσφορά, κατά το άρθρο 19, μπορεί να τροποποιηθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης, μετά από έγκριση της Διευθύνουσας Υπηρεσίας.».

¹⁰⁹ Για αμφότερα τα ζητήματα αυτά και την εφαρμογή του άρθρου 96 παρ. 7, βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 338/2020, σκέψη 30 και ΑΕΠΠ 33/2021.

¹¹⁰ Στην ίδια λογική η απάντηση στο ερώτημα του τρόπου καταβολής της αμοιβής στην ένωση οικονομικών φορέων ως ανάδοχο της σύμβασης, παρίσταται όλως ευχερής. Συγκεκριμένα, καιτοι αναμφισβήτητα, η ίδια η ένωση με τη μορφή ενιαίου οικονομικού φορέα αναλαμβάνει ως ανάδοχος την εκτέλεση της σύμβασης, η ίδια εφόσον δεν διαθέτει χωριστό Α.Φ.Μ. δεν μπορεί και να εκδίδει νόμιμα παραστατικά για την καταβολή της αμοιβής απευθείας σε αυτήν. Ως εκ τούτου, η καταβολή της αμοιβής σε κάθε ένα εκ των μελών της ένωσης, θα γίνεται προφανώς με την έκδοση του αντίστοιχου παραστατικού από κάθε μέλος της, μόνο για το τμήμα που ανέλαβε να εκτελέσει για λογαριασμό της ένωσης, σύμφωνα και με τα δηλωθέντα στην εξ αρχής υποβληθείσα προσφορά της τελευταίας.

εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης, όπως αμφότερες αναφέρονται στον νόμο, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Όπως έχει κριθεί από τη νομολογία¹¹¹ ο νομίμως εξουσιοδοτημένος εκπρόσωπος μιας συμμετέχουσας σε δημόσιο διαγωνισμό, ένωσης οικονομικών φορέων, συνιστά όλως προαιρετικό ρόλο, ο οποίος δύναται να ανατίθεται και σε (φυσικό προφανώς) πρόσωπο, το οποίο δεν συμμετέχει αυτοτελώς στην ένωση, ενώ μπορούν να εκπροσωπούν την ένωση και περισσότερα του ενός φυσικά πρόσωπα. Ως εκ τούτου, ο ανωτέρω ρόλος μπορεί και να παραλείπεται. Αντιθέτως, ο ρόλος του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης προβλέπεται ως υποχρεωτικός για την ένωση¹¹² και τυχόν παράλειψη ορισμού κάποιου φυσικού προσώπου ως τέτοιου, προκαλεί αθεράπευτη πλημμέλεια της προσφοράς και αναπόδραστα οδηγεί την προσφορά της ένωσης σε απόρριψη¹¹³. Ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης έχει την έννοια του «επικεφαλής εταίρου» ή *lead partner* και ο συγκεκριμένος ρόλος ανατίθεται αναγκαστικά σε κάποιο εκ των μελών της ένωσης¹¹⁴, ενώ στη θέση αυτή, δεν μπορεί να διορίζονται περισσότερα του ενός (φυσικά πάντα) πρόσωπα¹¹⁵.

¹¹¹ Βλ. *ad hoc* ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνθεσης 590/2019, όπου κρίθηκε ότι: «...ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης έχει την έννοια του «επικεφαλής εταίρου» (*lead partner*) και ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο «επικεφαλής» (*leader*) που αναφέρεται στο ΕΕΕΣ, όρος που στον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 (ΕΕ) της Επιτροπής (ΕΕ L 3/6.1.2016), όπως διορθώθηκε για την ελληνική έκδοση με το C/2018/0225 «Διορθωτικό» (ΕΕ L 17/65/23.1.2018), αναφέρεται πλέον ως «συντονιστής», διασφαλίζοντας έτσι την ενότητα της ορολογίας.», ΕΑ ΣτΕ 163/2020, σκέψεις 11 και 13 και ΔΕφαΘ 2072/2021. Έτσι και ΑΕΠΠ 423/2020, 777-779/2020 και 557/2021.

¹¹² Η ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνθεσης 590/2019 φαίνεται να συνδέει εννοιολογικά τον εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης με τον θεσμό του «εκπροσώπου της σύμπραξης», όπως αναφερόταν στο άρθρο 1 περίπτωση 21) του Ν. 3316/2005 «Ανάθεση και εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων εκπόνησης μελετών και παροχής συναφών υπηρεσιών και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 42/22.02.2005).

¹¹³ Έτσι και ΣτΕ 892/2022. Ειδικά για την εξουσία του συντονιστή/εκπροσώπου της ένωσης να υπογράφει και προδικαστικές προσφυγές ενώπιον της Α.Ε.Π.Π./Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., στο όνομα και για λογαριασμό του συνόλου των μελών της ένωσης, βλ. ΔΕφΘεσσαλ 90/2021, σκέψη 10, με την οποία ανεστάλη η εκτέλεση της ΑΕΠΠ 765/2021 και ΔΕφαΘ 728/2023.

¹¹⁴ Κατ' αναλογία, σε περίπτωση που την ένωση απαρτίζουν περισσότεροι οικονομικοί φορείς, που έχουν τον χαρακτήρα νομικών προσώπων, τον ρόλο του συντονιστή/εκπροσώπου της ένωσης, θα αναλάβει κάποιο φυσικό πρόσωπο, το οποίο έχει επιφορτιστεί με τη νόμιμη εξουσία εκπροσώπησης ενός από τα συμμετέχοντα στην ένωση, νομικά πρόσωπα, όπως π.χ. ο διαχειριστής μιας προσωπικής εταιρείας (Ομόρρυθμης ή Ετερόρρυθμης κατά περίπτωση), ο διαχειριστής μιας Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης ή κάποιο από τα εκτελεστικά μέλη (Διευθύνων Σύμβουλος) του Διοικητικού Συμβουλίου μίας Ανώνυμης Εταιρείας.

¹¹⁵ Εξαιρετικό ενδιαφέρον παρουσιάζει η αντίθετη και μειωμένη άποψη που διατυπώθηκε από δύο Συμβούλους, μεταξύ των οποίων και η Πρόεδρος της σύνθεσης στην προαναφερθείσα απόφαση 590/2019 του ΕλΣυν, σύμφωνα με την οποία «Η έννοια του «εκπροσώπου» της ένωσης συνδέεται κατά κανόνα με τον ορισμό φυσικού προσώπου στο οποίο ανατίθεται, για τις ανάγκες της συμμετοχής στο διαγωνισμό, εξουσία αντιπροσώπευσης της ένωσης οικονομικών φορέων, δηλαδή, εξουσία να δηλώνει τη βούληση της ένωσης, να ενεργεί στο όνομά της και να τη δεσμεύει. Στο μέτρο δε που δεν απαγορεύεται ρητώς, οι συμμετέχοντες δύνανται να ορίσουν περισσότερους εκπροσώπους, ενεργούντες χωριστά ή από κοινού, για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό. Επιπλέον, στον νόμο προβλέπεται ρητώς ότι η προσφορά της ένωσης δεν είναι υποχρεωτικό να υπογράφεται από κοινό εκπρόσωπο όλων των μελών της, αλλά δύναται να υπογράφεται ξεχωριστά από τους εκπροσώπους των οικονομικών φορέων που μετέχουν σε αυτή, ομοίως δε και το Ε.Ε.Ε.Σ. υποβάλλεται και υπογράφεται, κατά νόμο, χωριστά από τους μετέχοντες στην ένωση φορείς. Ενόψει των ρυθμίσεων αυτών, ο ορισμός από τις ενώσεις «εκπροσώπου/συντονιστή», του οποίου η έννοια και τα καθήκοντα άλλωστε δεν προσδιορίζονται στον νόμο, δεν φαίνεται να έχει συγκεκριμένη λειτουργική χρησιμότητα και, επομένως, δεν δύναται να είναι υποχρεωτικός. Σε κάθε περίπτωση, η διαζευκτική παράθεση των δύο όρων (εκπροσώπου/συντονιστή) καταδεικνύει ότι δεν είναι αναγκαίος ο ταυτόχρονος ορισμός και «εκπροσώπου» και «συντονιστή», αλλά ότι οι όροι αυτοί χρησιμοποιούνται αδιακρίτως για να προσδιορίσουν το πρόσωπο που δύνανται να εξουσιοδοτήσουν οι

Ενόψει της άμβλυνσης της οξύτητας των εριζόμενων ζητημάτων γύρω από την προς τα έξω εκπροσώπηση, ακόμη και προσωπικών εταιρειών, όπου το προσωπικό στοιχείο μεταξύ των εταίρων είναι σαφώς εντονότερο σε σχέση με τους χαλαρούς δεσμούς που διέπουν τις σχέσεις των μελών μιας ένωσης, η για την ώρα εκτεθείσα και φαινομενικά κρατούσα, αυστηρή άποψη της νομολογίας, σχετικά με τον ορισμό συντονιστή/εκπροσώπου, δεν φαίνεται να συμβαδίζει με την ανάγκη για ταχύτητα και ευελιξία στις συναλλαγές της ένωσης, ούτε με τον πρόσκαιρο και ευκαιριακό χαρακτήρα της, στο πλαίσιο της συμμετοχής της σε έναν δημόσιο διαγωνισμό και πρέπει να αντιμετωπίζεται, τουλάχιστον με σκεπτικισμό. Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, παρά την απόλυτα κατανοητή ανάγκη να διασφαλιστεί, αντισταθμιστικά προς τις εγγενείς ιδιαιτερότητες του συναλλακτικού μορφώματος της ένωσης οικονομικών φορέων, ως παράγοντα συμμετοχής και διαμόρφωσης μιας διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, η σοβαρότητα και η υπευθυνότητα της εκπροσώπησης της έναντι της αναθέτουσας αρχής, παραμένει συζητήσιμο, κατά πόσο επιτυγχάνεται ο επιδιωκόμενος στόχος και δεν καταλήγει η διασταλτική τεολογική ερμηνεία της διάταξης, να υπερακοντίζει τον σκοπό του νομοθέτη.

Προκειμένου να γίνει απολύτως κατανοητή η υπό κρίση προβληματική, είναι σκόπιμο να διευκρινιστεί ότι επί σειρά ετών οι απόψεις δίσταντο σχετικά με τη νόμιμη εκπροσώπηση των προσωπικών εταιρειών. Συγκεκριμένα, η νομολογία¹¹⁶ και η θεωρία¹¹⁷ εμφανίζονταν διχασμένες γύρω από τη σύγκρουση του αναγκαστικού δικαίου κανόνα, της συλλογικής εκπροσώπησης που ισχύει στην αστική εταιρεία κατά το άρθρο 748 ΑΚ, σε σχέση με την ενδοτικού δικαίου διάταξη του άρθρου 22 του ΕμπΝ¹¹⁸ που καθιέρωνε την αρχή της ατομικής εκπροσώπησης και συνεπεία τούτου άνοιγε τον δρόμο για την ελεύθερη πρόβλεψη καταστατικής εκπροσώπησης στις προσωπικές εταιρείες. Η δογματική αυτή διαφωνία επιλύθηκε οριστικά υπέρ της

φορείς για την κοινή εκπροσώπησή τους. Εξάλλου, η έννοια του «επικεφαλής εταίρου» που ορίζεται στο Ε.Ε.Ε.Σ. αναφέρεται στον «ρόλο του οικονομικού φορέα στον όμιλο» και, κατά τούτο, συνδέεται με την απαίτηση του άρθρου 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016 να προσδιορίζεται από τη διαγωνιζόμενη ένωση οικονομικών φορέων η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους και όχι με την εκπροσώπηση αυτών. Συνεπώς, λαμβάνοντας υπόψη αφενός την ορολογική ασάφεια των κρίσιμων διατάξεων, αφετέρου την έλλειψη συγκεκριμένης διάταξης από την οποία να προκύπτει σαφώς υποχρέωση των υποψηφίων ενώσεων οικονομικών φορέων να ορίσουν, για την παραδεκτή συμμετοχή τους στον διαγωνισμό, «εκπρόσωπο/συντονιστή», η διάταξη του άρθρου 96 παρ. 7 του ν. 4412/2016: «Στην προσφορά απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται (...) ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής» έχει την έννοια της υποχρέωσης δήλωσης, διά του Ε.Ε.Ε.Σ., των προσώπων που εκπροσωπούν τους φορείς της ένωσης στον διαγωνισμό ή, εφόσον συντρέχει περίπτωση, του κοινού εκπροσώπου που έχει εξουσιοδοτηθεί από αυτούς.».

¹¹⁶ Υπέρ της συλλογικής εκπροσώπησης η ΑΠ (Ολομ.) 13/1997, Δ/νη 1997, 771, ΕΕμπΔ 1997, 518, ΕΕΝ 1997, 409, ΝοΒ 1998, 41, αν και με ισχυρή (μείζονα) αντίθετη μειοψηφία πέντε (5) μελών του Δικαστηρίου, η ΑΠ 751/1994, η οποία ωστόσο παρέπεμψε το ζήτημα λόγω της σπουδαιότητάς του στην Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, η ΑΠ 486/1971, ΕΕΝ 1971, 813, η ΕφΠειρ 206/1997, ΕΕμπΔ 1997, 280, η ΑΠ 1374/2013 και η ΜΠΚαλαμ 391/1988, ΕΕμπΔ 1989, 49. Αντίθετες οι ΑΠ 2039/1986, ΑΠ 1333/2017, ΜΠΡΑθ 2711/2018, ΑΠ 185/1969, ΕΕμπΔ 1969, 531, ΝοΒ 1969, 937, ΕΕΝ 1969, 463, ΑΠ 184/1955, ΕΕΝ 1955, 421 κ.ά., ενώ υπέρ της ατομικής και κατ' επέκταση καταστατικής εκπροσώπησης πρβλ. Γνμδ ΝΣΚ 339/2012.

¹¹⁷ Για τις αντικρουόμενες θέσεις αν και με σαφή τοποθέτηση υπέρ της δυνατότητας για ελεύθερη διαμόρφωση από το καταστατικό, πρόβλεψης, μεταξύ άλλων και για ατομική εκπροσώπηση, βλ. Ν. Ρόκα, ό.π., §18 και Ν. Τέλλη, εις ΔικΠΕ, Τόμος 1, 2001, §5, αριθμ. 31 επ. και εκεί περαιτέρω εκτενείς παραπομπές σε θεωρία και νομολογία.

¹¹⁸ Ήδη καταργηθείσα με την παρ. 2 του άρθρου 294 του Ν. 4072/2012.

δεύτερη άποψης, με τη θέσπιση του άρθρου 257 παρ. 1 του Ν. 4072/2012¹¹⁹. Λαμβανομένων υπόψη των ως άνω εκτεθέντων, είναι σοβαρά υποστηρίξιμη η άποψη που διατυπώνεται από τη μειοψηφία στην ΕΛΣυν 590/2019, καθώς, παρά τη σαφή εννοιολογική αντιδιαστολή που γίνεται στην επίμαχη διάταξη της παρ. 7 του άρθρου 96, μεταξύ του νομίμως διορισμένου εκπροσώπου της ένωσης, ο οποίος μπορεί ακόμα και να υπογράψει την προσφορά της για λογαριασμό του συνόλου των μελών αυτής και του εκπροσώπου/συντονιστή αυτής, χωρίς περαιτέρω προσδιορισμό των καθηκόντων του στις προς τα έσω (διαχειριστική εξουσία εν στενή εννοία) ή τις προς τα έξω σχέσεις αυτής (εκπροσωπευτική εξουσία), δεν φαίνεται να συνάγεται εναργώς, πρόθεση του νομοθέτη και για κάποια ουσιαστική διαφοροποίηση των συγκεκριμένων ρόλων.

Επιστρέφοντας και πάλι, στα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής που καλείται να υποβάλλει μία ένωση οικονομικών φορέων, βάσει του άρθρου 93, πέραν του Ε.Ε.Ε.Σ. (των Ε.Ε.Ε.Σ. για την περίπτωση ένωσης), το δεύτερο κατά σειρά και τελευταίο *de lege lata*, απαιτούμενο έγγραφο, είναι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής¹²⁰. Κατ' αντιδιαστολή με τα πολλαπλά Ε.Ε.Ε.Σ., η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, συνιστά το μοναδικό έγγραφο που προσκομίζεται εκ μέρους μιας ένωσης οικονομικών φορέων, σαν κοινό, υπό την έννοια ότι δεν εκδίδονται περισσότερες της μίας και μάλιστα χωριστές και αυτοτελείς εγγυήσεις για κάθε μέλος της ένωσης, αλλά μία και μοναδική που εκδίδεται στο όνομα και για λογαριασμό, ήτοι υπέρ όλων των μελών αυτής¹²¹.

Η νομοθετική αυτή επιλογή συνάδει τόσο με την αρχή της αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης, η οποία βαρύνει τα μέλη της ένωσης σε όλη τη διάρκεια του προσυμβατικού σταδίου ενός διαγωνισμού και τα ακολουθεί και κατά την εκτέλεση της σύμβασης ανάθεσης, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 19¹²², ενώ παρίσταται απολύτως συνεπής και με την αδιάσπικτη διατύπωση του τρίτου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 72 και αντίστοιχα του άρθρου 302¹²³. Συγκεκριμένα, οι εν λόγω διατάξεις ορίζουν ξεκάθαρα ότι σε περίπτωση που υποβάλλεται προσφορά από ένωση οικονομικών φορέων, η μία, ενιαία και κοινή για όλα τα μέλη, προσκομιζόμενη εγγύηση συμμετοχής, πρέπει υποχρεωτικά να περιλαμβάνει και τον όρο ότι η

¹¹⁹ Ίδια πάντως ήταν και η κρατούσα θέση κυρίως σε θεωρητικό, αλλά και νομολογιακό επίπεδο και πριν την οριστική επίλυση του ζητήματος με νομοθετική παρέμβαση. Μάλιστα, ενδιαφέρον παρουσιάζει και η δριμεία κριτική που ασκείται στο σκεπτικό των αποφάσεων που υποστηρίζουν τη συλλογική εκπροσώπηση στις προσωπικές εταιρείες, βλ. σχετικά και Ν. Τέλλη, ό.π.

¹²⁰ Πρόκειται για την εγγύηση συμμετοχής του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 για τις αναθέτουσες αρχές του Βιβλίου Ι και του άρθρου 302, σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στο άρθρο 315 παρ. 1 για τους αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου ΙΙ του νόμου.

¹²¹ Και όχι υπέρ της ένωσης ως αυθύπαρκτη νομική οντότητα, καθώς αυτή στερείται νομικής προσωπικότητας και δεν αποκτά αυτήν, σύμφωνα με όσα αναπτύχθηκαν ανωτέρω υπό 2.Α της παρούσας μελέτης.

¹²² Βλ. αναλυτικά ανωτέρω υπό 3.ii της παρούσας.

¹²³ Όπως αμφότερα αντικαταστάθηκαν με τα άρθρα 21 και 118 του Ν. 4782/2021 αντίστοιχα, δυνάμει των οποίων πλέον διαπιστώνεται απόλυτη ταύτιση στη διατύπωσή τους.

εκδοθείσα εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση¹²⁴.

Εντούτοις, παρά τη σχετική ρύθμιση του νομοθέτη, η οποία δεν καταλείπει κανένα περιθώριο παρερμηνείας επί των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι εξαιτίας της έλλειψης κάποιας ρητής κύρωσης σε βάρος της ένωσης, θα μπορούσε να υποστηριχθεί η ακόλουθη άποψη. Ποια θα ήταν άραγε η ορθή αντιμετώπιση της συμμετοχής μιας ένωσης, η οποία θα υποβάλλει προσφορά σε διαγωνισμό, έχοντας εκδώσει τόσες εγγυητικές όσες και τα συμμετέχοντα σε αυτήν, μέλη, κατ' αναλογία προς το ποσοστό συμμετοχής εκάστου οικονομικού φορέα στο συμμετοχικό σχήμα, αλλά και το αντίστοιχο τμήμα της σύμβασης, που θα κληθεί αυτός να εκτελέσει σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης στην προσφέρουσα ένωση, όπως αυτά δηλώνονται επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς της τελευταίας εντός του περιεχομένου της προσφοράς της κατά το άρθρο 96 παρ. 7; Φαινομενικά, κατ' αρχάς τουλάχιστον, δεν φαίνεται να προκαλείται κάποια αθεράπευτη πλημμέλεια στην προσφορά, εάν οι αυτοτελείς περισσότερες εγγυήσεις έχουν εκδοθεί νομότυπα και δεν παρουσιάζουν άλλη πλημμέλεια, ενώ αθροιστικά καλύπτουν και το απαιτούμενο κάθε φορά ποσοστό για τη νόμιμη συμμετοχή της ένωσης, προς διεκδίκηση του συνόλου του δημοπρατούμενου αντικειμένου του διαγωνισμού ή επιμέρους τμήματος ή τμημάτων αυτού¹²⁵.

¹²⁴ Επ' αυτού βλ. *ad hoc* ΣτΕ (7μελής) 2513/1993, ΣτΕ (Ολομ.) 4355/1997, ΣτΕ 963/2000, ΣτΕ 2789/2007, ΣτΕ 600/2011 και ΑΕΠΠ 9/2019 σκέψεις 43-44 και ΑΕΠΠ 56/2019 σκέψεις 22-25. Στην τελευταία αυτή υπόθεση είχε ασκηθεί προσφυγή κατά υποβληθείσας προσφοράς συμμετέχουσας σε διαγωνισμό, ένωσης, λόγω πλημμελειών στην προσκομισθείσα εγγυητική αυτής. Ειδικότερα, η επίμαχη εγγυητική επιστολή συμμετοχής είχε εκδοθεί υπέρ μη έτι συσταθείσας κοινοπραξίας, καθώς η προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού σαφέστατα υπέβαλε προσφορά ως ένωση, χωρίς μάλιστα η επίμαχη εγγυητική να αναφέρει ρητά ότι εκδίδεται «...ατομικά και για κάθε μια από αυτές και ως αλληλέγγυα και εις ολόκληρον υπόχρεων μεταξύ τους, εκ της ιδιότητάς τους ως μελών της ένωσης ή κοινοπραξίας.», κατά παράβαση του ρητά απαιτούμενου από το άρθρο 72 παρ. 1, στοιχείο α) του Ν. 4412/2016 και την παρ. 15.1 της διακήρυξης, όρου, περί κάλυψης από την εγγυητική επιστολή συμμετοχής, των υποχρεώσεων όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση (σκέψεις 22 και 23). Συναφώς κρίθηκε ότι η υπό κρίση εγγυητική επιστολή παρουσίαζε πλημμέλεια, καθώς είχε εκδοθεί με παραίτηση από το δικαίωμα ένστασης και διζήσεως υπέρ κοινοπραξίας, η οποία όμως ουδέποτε είχε συσταθεί και δεν υφίστατο στον νομικό κόσμο, ενώ αντίστοιχα διαπιστώθηκαν και έτερες πλημμέλειες (π.χ. έλειπαν και στοιχεία των μελών της ένωσης) που καθιστούσαν απορριπτέα την προσφορά της καθ' ης η προσφυγή ένωσης, λόγω παραβίασης του ελάχιστου περιεχομένου της εγγυητικής συμμετοχής, όπως διαμορφώνεται από το ρυθμιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και αποτυπώνονται στο συνημμένο στη διακήρυξη, υπόδειγμα (σκέψεις 24-25). Ως εκ τούτου κρίθηκε ότι καταληκτικά δεν καλύπτονταν οι υποχρεώσεις όλων των μελών της ένωσης και η προσφυγή έγινε δεκτή (πρβλ. και ΕΑ ΣτΕ 95/2009 και ΕΑ ΣτΕ 193/2011). Παρεμπιπτόντως για τη διάκριση της ένωσης προσώπων από την κοινοπραξία πρβλ. ΑΕΠΠ 9/2019, ιδίως σκέψη 44.

¹²⁵ Πρβλ. ΑΕΠΠ 1005/2020 σκέψεις 27-29. Παρά το γεγονός ότι δεν προβλήθηκε σχετικός ισχυρισμός εκ μέρους του προσφεύγοντος και άρα δεν κρίθηκε η νομιμότητα των εγγυητικών επιστολών της συμμετέχουσας ένωσης από αυτήν την άποψη, εντούτοις, έχουν εξαιρετικό ενδιαφέρον τα πραγματικά περιστατικά της συγκεκριμένης υπόθεσης, καθώς η κριθείσα προσφυγή ασκήθηκε κατά προσφοράς συμμετέχουσας ένωσης, η οποία αριθμούσε συνολικά έξι (6) μέλη και κάθε ένα εξ αυτών πράγματι είχε υποβάλλει χωριστή εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Όλα τα λοιπά μέλη της ένωσης είχαν υποβάλλει νομότυπες εγγυητικές, κατά το μέρος που τους αναλογούσε, εκτός από μία μόνο εγγυητική (από τις έξι συνολικά διαφορετικές εγγυητικές), η οποία όριζε χρόνο ισχύος της μικρότερο από τον προβλεπόμενο από τη διακήρυξη. Ο όρος πράγματι ήταν επί ποινή αποκλεισμού, αλλά ο αναθέτων φορέας στην προκειμένη περίπτωση, κρίθηκε από την Α.Ε.Π.Π. ότι έκανε ορθή χρήση της δυνατότητας που του έδινε το άρθρο 310 για την παροχή διευκρινίσεων. Ειδικότερα προέκυψε από τα πραγματικά περιστατικά ότι υπήρξε σφάλμα εκ παραδρομής, του ίδιου του φορέα που είχε εκδώσει την εγγυητική επιστολή, καθώς

Κατά την έννοια αυτή, θα μπορούσε πράγματι να γίνει δεκτό, ότι εφόσον οι περισσότερες εκδοθείσες εγγυητικές, συμμορφώνονται ως προς τα λοιπά τυπολογικά τους στοιχεία με το ελάχιστο απαιτούμενο περιεχόμενο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο ρυθμιστικό πλαίσιο, όπως κάθε φορά διαμορφώνεται από τον νόμο και τη διακήρυξη του εκάστοτε διαγωνισμού, μια τέτοια προσφορά ένωσης οικονομικών φορέων θα πρέπει να γίνει δεκτή και να της επιτραπεί να συμμετάσχει κανονικά στη διαγωνιστική διαδικασία¹²⁶. Επιχείρημα, απολύτως υποστηρίξιμο κατά την εκτίμηση του γράφοντος, υπέρ της αντίθετης άποψης θα μπορούσε να αντλήσει κάποιος εκ της αδιαπραγμάτευτης και κατά *jus cogens*, αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης των μελών μιας ένωσης έναντι της αναθέτουσας αρχής. Υπό το πρίσμα της εν λόγω ευθύνης, ιδωμένο, παραμένει ανοιχτό το ζήτημα, τι θα συνέβαινε, εάν προϊούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, ένας ή περισσότεροι οικονομικοί φορείς που μετέχουν στην ένωση, πτώχευαν, τίθεντο σε αναγκαστική διαχείριση ή εξέλιπαν λόγω π.χ. θανάτου φυσικού προσώπου ή διάλυσης νομικού προσώπου, μέλους αυτής κλπ., με τα υπόλοιπα, εναπομείναντα μέλη (ή και ένα μόνο¹²⁷) να παραμένουν εντός της διαδικασίας ανάθεσης, με τις εγγυητικές τους όμως, να έχουν εκδοθεί μόνο προς κάλυψη του ποσοστού του προϋπολογισμού της διεκδικούμενης σύμβασης, που αντιστοιχεί στο τμήμα αυτής που αναμένεται να εκτελέσουν, σύμφωνα και με τη δηλωθείσα συμμετοχή τους στην ένωση, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα. Και έτι περαιτέρω, εάν συνέτρεχε περίπτωση κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής υπέρ της αναθέτουσας αρχής και σε βάρος μίας τέτοιας «περικεκομμένης» ένωσης, πως η αναθέτουσα αρχή, θα μπορούσε να εισπράξει το σύνολο του ποσού της εγγύησης, έχοντας στα χέρια της, εγγυήσεις που, εν τέλει υπολείπονται του συνολικού

υπολόγισε λανθασμένα τις ακριβείς ημέρες ισχύος της εγγύησης, γεγονός το οποίο αυτός παραδέχθηκε. Μάλιστα με επιστολή του προς την αναθέτουσα αρχή δεσμεύτηκε εκ νέου για 335 μέρες αντί για 310 που ήταν ο χρόνος ισχύος της αρχικής εγγυητικής. Η διακήρυξη όριζε μέχρι τότε πρέπει να ισχύει η εγγυητική, αλλά δεν ανέφερε ρητά τις ημέρες και έτσι κατέλειπε τον ακριβή υπολογισμό τους, στους οικονομικούς φορείς και κατ' επέκταση στους φορείς που εξέδιδαν αυτές. Η προσφυγή αφορούσε προφανώς την ανεπίτρεπτη διευκρίνιση (και συμπλήρωση του χρόνου ισχύος) της μίας εκ των έξι (6) εκδοθέντων εγγυητικών της συμμετέχουσας ένωσης, ωστόσο απορρίφθηκε, με βάση την ανωτέρω αιτιολογία.

¹²⁶ Η ανωτέρω προβληματική αποκτά ιδιαίτερη σημασία ενόψει της «αναβάθμισης» του διεξαγόμενου από την αναθέτουσα αρχή, ελέγχου της νομιμότητας των εγγυητικών επιστολών των συμμετεχόντων, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72 και του άρθρου 302 του Ν. 4412/2016, όπως αμφότερα διαμορφώθηκαν μετά την έναρξη ισχύος του Ν. 4782/2021, όπου ορίζεται ότι: «Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, οι οποίες διενεργούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

Η προσφορά οικονομικού φορέα που παρέλειψε να προσκομίσει την απαιτούμενη από τα έγγραφα της σύμβασης εγγύηση συμμετοχής απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη του αρμόδιου συλλογικού οργάνου. Η απόφαση απόρριψης της προσφοράς του προηγούμενου εδαφίου εκδίδεται πριν από την έκδοση οποιασδήποτε άλλης απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της οικείας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης.».

¹²⁷ Οπότε εκεί ανακύπτει το πρόσθετο συστηματικό ζήτημα, εάν πλέον μιλάμε για προσφορά μεμονωμένου οικονομικού φορέα ή ένωση που *de facto* κατέληξε σε μονομετοχική παρουσία στον διαγωνισμό, εξαιτίας της αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης των μελών της ένωσης, η οποία εξακολουθεί εκ του νόμου, να βαρύνει το τελευταίο εναπομείναν μέλος αυτής. Υπό την αυτονόητη προϋπόθεση φυσικά ότι ο τελευταίος οικονομικός φορέας/μέλος της ένωσης εξακολουθεί να επιθυμεί την παραμονή του στη διαδικασία και να επιδιώκει την ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν.

απαιτούμενου ποσοστού, κατά τα ποσά που αντιστοιχούν στις εγγυητικές επιστολές των μελών της ένωσης που τέθηκαν «εκτός μάχης»;

Κατά απόλυτα προσωπική εκτίμηση, το πραγματευόμενο θεωρητικό ζήτημα, επιλύεται ευχερώς, εφόσον σε εκάστη εκ των περισσοτέρων εγγυητικών επιστολών, περιλαμβάνεται απερίφραστα ο όρος ότι η καθεμία από αυτές, καλύπτει τις υποχρεώσεις του συνόλου των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση, σε συνδυασμό πάντοτε με την αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη του άρθρου 19 παρ. 4¹²⁸. Έτσι, ανεξαρτήτως του ποσού, για το οποίο έχει εκδοθεί η κάθε προσκομιζόμενη εγγυητική επιστολή εκ μέρους των επιμέρους μελών της ένωσης, τα εναπομείναντα αυτής μέλη, θα εξακολουθούν να παραμένουν υπόλογα έναντι της αναθέτουσας αρχής για την κάλυψη και του ελλείποντος ποσοστού της εγγύησης¹²⁹. Λιγότερο ανάγλυφοι παρουσιάζονται οι ανωτέρω προβληματισμοί στο στάδιο εκτέλεσης της ανατεθείσας στην ένωση σύμβασης και μάλλον αντιμετωπίζονται ομαλότερα. Όταν πλέον η αναθέτουσα αρχή έχει απέναντί της τον οριστικό ανάδοχο τα πράγματα φαίνεται να απλοποιούνται. Ειδικότερα, είτε τα μέλη της ένωσης θα κληθούν να συστήσουν κοινοπραξία, οπότε πλέον έχουμε να κάνουμε με ένα μόρφωμα¹³⁰ που αποκτά ξεχωριστό Αριθμό Φορολογικού Μητρώου (Α.Φ.Μ.), έχει δική του αυτοτελή έδρα, επωνυμία κλπ. και άρα οι δεσμοί των μελών της αρχικής ένωσης, γίνονται ακόμα στενότεροι και προφανώς η εγγύηση καλής εκτέλεσης πλέον της σύμβασης θα εκδοθεί στο όνομα και για λογαριασμό της κοινοπραξίας και μόνο. Είτε, εφόσον ανάδοχος παραμείνει η ένωση, ως έχει, δεδομένου ότι αυτή έλαβε μέρος στη διαγωνιστική διαδικασία ως αυτοτελής οικονομικός φορέας και πάλι η εγγύηση συμμετοχής, θα αντικατασταθεί από μία και μόνη εγγύηση καλής εκτέλεσης που αναγκαστικά θα εκδοθεί υπέρ των (ενεργών) μελών της ένωσης.

vi. *Η σχέση της ένωσης οικονομικών φορέων με άλλους θεσμούς lato sensu συμμετοχικής παρουσίας.*

Η δυνατότητα διαπλοκής μεταξύ τους των υπό εξέταση θεσμών συμμετοχικής παρουσίας στις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες, όχι μόνο πρέπει να θεωρείται απολύτως δεδομένη και αναγκαία για την πραγμάτωση των σκοπών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, αλλά ταυτόχρονα δεν γνωρίζει περιορισμούς ως προς τους δυνατούς συνδυασμούς τους. Μοιραία λοιπόν και η παρουσία μίας ένωσης οικονομικών φορέων σε μία διαδικασία ανάθεσης, δεν αποτελεί εξαίρεση και μπορεί κάλλιστα να συνυφάνεται με τη στήριξή της στις ικανότητες τρίτου/-ων φορέα/-ων, με

¹²⁸ Προς αυτή την κατεύθυνση και η ΕΑ ΣτΕ 68/2021, σκέψη 9, με ρητή αναφορά στην πραγματική και ακώλυτη δυνατότητα είσπραξης του ποσού της εγγυητικής συμμετοχής σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, εφόσον με την προσθήκη του επίμαχου όρου περί αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης των μελών της ένωσης, δεν καταλείπεται αμφιβολία ότι πράγματι η εκδοθείσα εγγυητική επιστολή συμμετοχής, καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των μελών αυτής, όπως απορρέουν από την υποβολή προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό.

¹²⁹ Χρήσιμο είναι να αναγνωρίζεται και να αντιλαμβάνεται ο εκάστοτε μελετητής ή/και εφαρμοστής του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ότι το τελευταίο ήταν και παραμένει εξόχως περιπτώσιολογικό και η οριζόντια εφαρμογή ενός κανόνα σε απροσδιόριστο αριθμό πραγματικών περιστατικών, είναι όχι μόνο παρακινδυνευμένη, αλλά και πρακτικά ανέφικτη. Εξάλλου, η πράξη ξεπερνά σε φαντασία όχι μόνο τον νομοθέτη, αλλά και τον δικαστή.

¹³⁰ Αναλυτική παρουσίαση της κοινοπραξίας θα γίνει στο επόμενο κεφάλαιο της παρούσας.

τη μορφή της δάνειας εμπειρίας, κατά την έννοια του άρθρου 78 του νόμου¹³¹, ενώ εξίσου ολοφάνερο είναι ότι η ένωση μπορεί και να αναθέτει υπεργολαβικά σε τρίτο ή τρίτους φορείς την εκτέλεση μέρους της διεκδικούμενης σύμβασης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 58 και 131 του Ν. 4412/016¹³². Ενόψει της εκτενούς ανάλυσης που ακολουθεί στα επόμενα κεφάλαια και αφορά τη δάνεια εμπειρία και την υπεργολαβική ανάθεση της εκτέλεσης μέρους της σύμβασης σε τρίτο φορέα, όπου και υπάρχει ενδελεχής παρουσίαση των επιμέρους θεσμών συμμετοχικής παρουσίας, περιοριζόμαστε για την ώρα στις ακόλουθες σύντομες αναφορές.

Ως προς τη δυνατότητα που έχει η ένωση οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής να στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσοτέρων τρίτων προς αυτήν φορέων, υπό την έννοια της μη συμμετοχής τους ως μέλη της ένωσης, η διατύπωση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 είναι σαφής. Εκεί ορίζεται ότι με τους όρους και τις προϋποθέσεις που θέτει το ίδιο το άρθρο 78, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως προσδιορίζεται η δυνατότητα αυτοτελούς υποβολής προσφοράς εκ μέρους της, δυνάμει της παρ. 2 του άρθρου 19 του νόμου, αυτή μπορεί πράγματι να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων¹³³. Επίσης, η παρ. 2 του ίδιου ως άνω άρθρου ορίζει σε πλήρη σύμπλευση με την νομοθετική επιφύλαξη που διατυπώνει ο νομοθέτης στο τρίτο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 19¹³⁴ για τις πρόσθετες προϋποθέσεις που μπορεί να θέτει μια αναθέτουσα αρχή σχετικά με την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής εκ μέρους μιας προσφέρουσας ένωσης, ότι ειδικά, στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων προμηθειών, στις οποίες περιλαμβάνονται και εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, όταν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα-μέλος της, από τους περισσότερους συμμετέχοντες σε αυτήν.

Αντίστοιχα, σε περίπτωση που μία προσφέρουσα ένωση, κρίνει σκόπιμο να αναθέσει την εκτέλεση μέρους της σύμβασης σε τρίτο φορέα, ως υπεργολάβου της, θα πρέπει υποχρεωτικά να αναφέρει στην προσφορά της το τμήμα της σύμβασης, που προτίθεται να αναθέσει στον τρίτο αυτόν φορέα, αλλά και να θέσει υπόψη της αναθέτουσας αρχής, τα στοιχεία του υπεργολάβου που προτείνει, ώστε να ελεγχθεί από την αναθέτουσα αρχή, με τους όρους του άρθρου 131 η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του υπεργολάβου¹³⁵.

¹³¹ Αντίστοιχα πρόκειται για τα άρθρα 307 και 308 για τους αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016.

¹³² Όμοια ρύθμιση στα άρθρα 287 και 336 για τους αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου ΙΙ του ίδιου νόμου.

¹³³ Βλ. επίσης σχετικά την παρ. 3 του άρθρου 39 του Ν. 4413/2016, αλλά και την παρ. 3 του άρθρου 59 και την παρ. 4 του άρθρου 60 του Ν. 3978/2011. Έτσι και το άρθρο 29 του ΠΔ 71/2019 που ρυθμίζει τον όρο και τις προϋποθέσεις χρήσης της δυνατότητας στήριξης μιας ένωσης στις ικανότητες τρίτου φορέα, προκειμένου να εγγραφεί και να καταταγεί σε τάξη στα αντίστοιχα Μητρώα.

¹³⁴ Βλ. ανωτέρω υπό 3.ii.

¹³⁵ Δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης από ένωση οικονομικών φορέων σε τρίτο, αναγνωρίζεται και στο πλαίσιο του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016, αλλά και του άρθρου 34 του Ν. 3978/2011.

4. Τελικές σκέψεις ως προς τον θεσμό της ένωσης οικονομικών φορέων.

Κλείνοντας το πρώτο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης και έχοντας ολοκληρώσει μια ολιστική επισκόπηση του πρώτου κατά σειρά θεσμού συμμετοχικής παρουσίας στις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες, είναι επιβεβλημένη η εξαγωγή ορισμένων συμπερασμάτων. Είναι εκ προοιμίου και πέραν πάσης αμφιβολίας δεδομένο, μέσα από τη δογματική και νομολογιακή διαδρομή της, ότι η ένωση οικονομικών φορέων, έχει επιτελέσει σε ικανοποιητικό βαθμό, τον σκοπό της. Προσφέρει στους οικονομικούς φορείς το μέσο για να συνεργαστούν, να ενισχύσουν τις δυνάμεις τους και να βελτιστοποιήσουν τις πιθανότητες ανάδειξής τους σε ανάδοχο μιας δημοπρατούμενης δημόσιας σύμβασης, όχι ατομικά και μεμονωμένα, αλλά ως ενιαίο σύνολο. Παράλληλα, οι, ενοχικής φύσης, χαλαροί δεσμοί μεταξύ των μελών και ο, κατά κανόνα, ευκαιριακός συνασπισμός τους υπό τη σκέπη αυτού του συναλλακτικού μορφώματος, παρέχει στα μέλη της ένωσης και την απαραίτητη ευελιξία κινήσεων, δίνοντάς τους τη δυνατότητα να διατηρούν μεταξύ τους σχετικές «αποστάσεις ασφαλείας», χωρίς να «ασφυκτιούν» υπό την πίεση μίας στενότερης και περισσότερο απαιτητικής μεταξύ τους συνεργασίας. Στην ίδια συλλογιστική και στα όρια ενός εννοιολογικού οξύμωρου σχήματος, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι η ένωση οικονομικών φορέων, κινείται στο απώτατο σύνορο επιφύλαξης μιας κάποιας αυτοτέλειας στους οικονομικούς φορείς που αποτελούν τα μέλη της, σαφέστατα όμως εντός του πλαισίου μιας από κοινού συμμετοχής τους σε δημόσιο διαγωνισμό.

Ωστόσο, είναι επίσης αναμφισβήτητο, ότι αυτή η ανάγκη να συνδυαστούν αρμονικά, από τη μία πλευρά οι ιδιαίτερες συνθήκες που γεννούν οι ελαστικές και μάλλον παροδικές σχέσεις μεταξύ των μελών της ένωσης και από την άλλη, η απαίτηση για διασφάλιση της αναθέτουσας αρχής, ότι έχει απέναντί της μία σοβαρή και υπεύθυνη συμμετοχή εκ μέρους της ένωσης, ισότιμη με τις προσφορές μεμονωμένων υποψηφίων αναδόχων, η οποία την καθιστά ικανό ανταγωνιστή να της ανατεθεί η σύμβαση και να την εκτελέσει άρτια, έγκαιρα και με τον προσήκοντα τρόπο, οδηγεί σε ορισμένες διαπιστωθείσες αρρυθμίες του νομοθετικού πλαισίου που διέπει τη λειτουργία της. Δημιουργείται κατ' αυτόν τον τρόπο ένα δίπολο, το οποίο ο νομοθέτης καλείται να ισορροπήσει και να γεφυρώσει με τις σχετικές διατάξεις. Έτσι, παρατηρούμε ότι υπάρχει μια νομοθετική μεταβλητότητα ως προς την ενιαία αντιμετώπιση, φαινομενικά ίδιας φύσης, ζητημάτων. Από τη μία μεριά, έκαστο μέλος της συμμετέχουσας ένωσης υποβάλλει χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. και άρα ελέγχεται με όρους αυτόνομου προσφέροντος οικονομικού φορέα, εντούτοις, η εγγύηση συμμετοχής που υποβάλλεται, είναι μία και εκδίδεται υπέρ όλων των μελών της ένωσης, ως ενιαίου συμμετέχοντος φορέα, παρά τη μη ύπαρξη κοινού Α.Φ.Μ. ή εν πάση περιπτώσει, στενότερης σχέσης μεταξύ των επιμέρους μελών.

Στη ίδια λογική, το μείζον, ήτοι η προσφορά της ένωσης, μπορεί να υπογράφεται – με χαρακτηριστική ελαστικότητα – είτε από όλα τα μέλη της ένωσης είτε από μόνο τον νομίμως εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο αυτής. Αντιθέτως, το έλασσον (κατά την εκτίμηση του γράφοντος), δηλαδή η παράλειψη ορισμού συγκεκριμένου εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης οδηγεί και μάλιστα αναπόδραστα

(!!!) – κατά εξαντλητική αυστηρότητα – σε απόρριψη της προσφοράς της¹³⁶. Έτι περαιτέρω, ως προς το τελευταίο ζήτημα, μένει να δούμε πόσο στέρη θα αποδειχθεί η υιοθέτηση της αυστηρής αυτής θέσης από τα δικαστήρια, ενόψει και της διαμόρφωσης των άρθρων 102 και 310 του Ν. 4412/2016, κατόπιν της τελευταίας νομοθετικής τροποποίησής τους¹³⁷, με ευρύτατα πλέον περιθώρια για παροχή διευκρινίσεων, συμπληρώσεων κλπ. των προσφορών των προσφερόντων οικονομικών φορέων.

Κατόπιν των ανωτέρω εκτεθέντων, οι όποιες δογματικές ή νομολογιακές προσεγγίσεις του θεσμού της ένωσης οικονομικών φορέων, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τον επιδιωκόμενο σκοπό θέσπισής τους ούτε να υπερακοντίζουν τα όρια του ρυθμιστικού πλαισίου που ήθελε ο νομοθέτης να θέσει. Εξάλλου, είναι άνευ άλλου τινός δεδομένο, ότι οι ως εκ περισσού διασταλτικές προσεγγίσεις, προκαλούν πρόσθετες, αχρείαστες αγκυρώσεις στην ευελιξία που επιδιώκει ο νομοθέτης να προσδώσει στην ένωση, πλήττοντας την πρακτική λειτουργικότητα του θεσμού εις βάρος της δεδομένης χρηστικότητας που προσφέρει στους οικονομικούς φορείς.

¹³⁶ Όπως τουλάχιστον ερμηνεύεται από τη νομολογία η συγκεκριμένη ρύθμιση, με την επιφύλαξη των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω υπό 3.ν της παρούσας.

¹³⁷ Κατ' ουσίαν πρόκειται για πλήρη αντικατάστασή τους, από τα άρθρα 42 και 121 του Ν. 4782/2021 αντίστοιχα.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙ «Η Κοινοπραξία»

1. Εισαγωγικά.

Έχοντας εξαντλήσει, στο μέτρο του δυνατού, την αναλυτική επισκόπηση της ένωσης, ως του πρώτου θεσμού *stricto sensu* «συμμετοχικής παρουσίας» περισσοτέρων του ενός οικονομικών φορέων που αναγνωρίζει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, θα περάσουμε στο δεύτερο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης στην παρουσίαση του έτερου και δεύτερου κατά σειρά θεσμού «εν στενή εννοία» από κοινού συμμετοχής οικονομικών φορέων σε μια δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι αυτόν της κοινοπραξίας. Η διεξοδική και σε βάθος ανάπτυξη των θεμάτων που σχετίζονται με τη νομική φύση και τη δικονομική υπόσταση της κοινοπραξίας, παρουσιάζει εξαιρετικό ενδιαφέρον όχι μόνο λόγω της ευρείας χρήσης της από τους οικονομικούς φορείς στην πράξη, αλλά και εξαιτίας της μάλλον ασταθούς διαδρομής αυτού του συναλλακτικού μορφώματος μέχρι σήμερα, τόσο σε δογματικό επίπεδο, όσο και από πρακτική άποψη, μέσα από την κατά περιόδους μεταβαλλόμενη ή/και αντιφατική νομολογιακή αντιμετώπισή του.

Χαρακτηριστικό δε είναι το γεγονός ότι, καίτοι στα αλλοδαπά κείμενα, ακόμα και των πρώιμων οδηγιών, υπάρχει ενιαία εννοιολογική αναφορά σε κάθε είδους ένωση οικονομικών φορέων¹³⁸, υπό την έννοια της συνεργασίας/σύμπραξης τους για την από κοινού υποβολή προσφοράς, ασφαλώς συμπεριλαμβανομένης και της κοινοπραξίας, κατά την απόδοση των αντίστοιχων οδηγιών στην ελληνική γλώσσα, στις περισσότερες των περιπτώσεων προτιμήθηκε ο όρος «κοινοπραξία», παρά το ότι ήταν προφανώς στενότερος των, απροσδιόριστου αριθμού, μορφών ενώσεων προσώπων που θα μπορούσαν εν δυνάμει να λάβουν μέρος σε μία διαγωνιστική διαδικασία. Το ίδιο φαινόμενο παρατηρείται και κατά τη μεταφορά και ενσωμάτωση των σχετικών οδηγιών στο ελληνικό δίκαιο, όπου φαίνεται να αποτέλεσε επιλογή του Έλληνα νομοθέτη ο μονοσήμαντος και στενότερος όρος «κοινοπραξία», προκειμένου εντούτοις, να περιγράψει κάθε συνεργατική παρουσία δύο ή περισσοτέρων οικονομικών φορέων για την κοινή υποβολή προσφοράς εκ μέρους τους σε έναν διεξαγόμενο δημόσιο διαγωνισμό. Με αυτή τη λογική, δεν είναι τυχαίο που σε αρκετές περιπτώσεις, ο όρος «κοινοπραξία» φαίνεται να ταυτίζεται εννοιολογικά, με τον σαφώς

¹³⁸ Οι συνηθέστερα χρησιμοποιούμενοι όροι στο αγγλικό κείμενο είναι αυτοί των «*Group of contractors*» (άρθρο 21 της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ), «*Groupings of suppliers*» (άρθρο 18 της Οδηγίας 77/62/ΕΟΚ), «*Groups of service providers*» (άρθρο 26 της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ), «*Groups of suppliers*» (άρθρο 18 της Οδηγίας 93/36/ΕΟΚ), «*Groups of contractors*» (άρθρο 21 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ), «*Groupings of suppliers, contractors or service providers*» (άρθρο 33 της Οδηγίας 93/38/ΕΟΚ). Ανεξάρτητη η χρήση του όρου «*Bietergemeinschaften*» στα γερμανικά κείμενα, ενώ οι εναλλακτικά χρησιμοποιούμενοι όροι «*Les groupements de fournisseurs, d' entrepreneurs ou de prestataires de services*», «*Les groupements d' entrepreneurs*», «*Les groupements de prestataires de services*», «*Les groupements de fournisseurs*» στα γαλλικά κείμενα και «*Le associazioni di fornitori, di imprenditori o prestatori di servizi*», «*Raggruppamenti di imprenditori*», «*Raggruppamenti di fornitori*», «*Raggruppamenti di prestatori di servizi*» στα ιταλικά κείμενα των αντίστοιχων οδηγιών, αποδίδουν κατά περίπτωση, αναλόγως και του ρυθμιστέου πεδίου εκάστης οδηγίας, την ευρύτερη δυνατή έννοια της κοινής συμμετοχής οικονομικών φορέων σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες.

ευρύτερο όρο της άτυπης «ένωσης» και μάλιστα υπό τη μορφή οποιασδήποτε δυνατής σύμπραξης μεταξύ περισσότερων οικονομικών φορέων¹³⁹.

Σαφώς περισσότερο εκλεπτυσμένη – και ολιστική κατά την εκτίμηση του γράφοντος – είναι η αντιμετώπιση των μορφών συμμετοχικής παρουσίας στις πλέον πρόσφατες οδηγίες, παρά το γεγονός ότι, τουλάχιστον στο ελληνικό κείμενο, ο όρος «κοινοπραξία» διατηρείται, προκειμένου να περιγράψει όλες τις δυνατές μορφές συνεργασίας και κοινής συμμετοχής μεταξύ οικονομικών φορέων¹⁴⁰. Πάντως, νομοτεχνικά αρτιότερη, περιληπτικότερη και με πρόθεση σαφούς διαχωρισμού μεταξύ των διαφορετικών συμμετοχικών σχημάτων που έχουν τη δυνατότητα να επιλέξουν οι οικονομικοί φορείς, ώστε να λάβουν από κοινού μέρος σε μια διαγωνιστική διαδικασία¹⁴¹, είναι η διατύπωση των εν ισχύ οδηγιών¹⁴², όπου πλέον απαντώνται στο ελληνικό κείμενο, οι έννοιες «προσωρινές ενώσεις» και «όμιλοι οικονομικών

¹³⁹ Προς αυτήν την κατεύθυνση *E. Κουτούπα-Πεγκάκου*, Δημόσιες Συμβάσεις και κοινοτικό δίκαιο, 1995, σελ. 57 και *E. Αδαμαντίδου*, Συμμετοχή κοινοπραξιών σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων και μεταβολές στη σύνθεση αυτών, ΔηΣΚΕ 1/2004, σελ. 35, *Andre Brabant*, Les marchés publics et privés dans la C.E.E. et Outre Mer, Bruylant, 1992, *G. Liet Vaux/A Thuillier*, Le droit des constructeurs, Litec, 1994, *M. A. Flamme*, Les associations momentanées, Annales de Droit de Liege, 1964, 290. Υπό αυτή την έννοια, έχει ιδιαίτερο ενδιαφέρον η διάκριση που γινόταν στο πλαίσιο του προϋχούσαντος νομοθετικού καθεστώτος, πριν την εισαγωγή του Ν. 4412/2016, στο άρθρο 20 του Ν. 3316/2005, όπου αναγνωριζόταν το δικαίωμα συμμετοχής στους σχετικούς διαγωνισμούς τόσο σε συμπράξεις, χωρίς μάλιστα ιδιαίτερη νομική μορφή, όσο και – κατά ρητή αντιδιαστολή – σε κοινοπραξίες.

¹⁴⁰ Βλ. άρθρο 1 περίπτωση (7) και άρθρο 11 παρ. 2 αυτής της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ και άρθρο 1 παρ. 8 και άρθρο 4 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Στην αγγλική έκδοση παρέμειναν συνεπείς οι όροι «*Group of such persons and/or entities*» ή «*Group of such persons and/or bodies*» και «*Groups of economic operators*». Αντιθέτως, στο γερμανικό κείμενο προτιμήθηκαν σε σχέση με τις παλαιότερες οδηγίες, οι ευρύτεροι όροι «*Gruppen dieser Personen und/oder Einrichtungen*» και «*Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern*». Ομοίως, γενικότερη αναφορά και στο γαλλικό κείμενο με τη χρήση των όρων «*Groupement de ces personnes et/ou entités*» ή «*Groupement de ces personnes et/ou organismes*» και «*Groupements d'opérateurs économiques*», αλλά και στο ιταλικό κείμενο, όπου απαντώνται οι όροι «*Raggruppamento di tali persone e/o enti*» και «*Raggruppamenti di operatori economici*» αντίστοιχα.

¹⁴¹ Για πρώτη φορά στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΜΕΡΟΣ Δ με τίτλο «Πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις γνωστοποιήσεις ανάθεσης σύμβασης» (όπως αναφέρεται στο άρθρο 50), υπό 12, β) γίνεται χωριστή αναφορά σε «όμιλο οικονομικών φορέων» που δύναται να περιλαμβάνει «κοινή επιχείρηση, κοινοπραξία ή άλλο» κατά αντιστοιχία προς τους αγγλικούς, γερμανικούς, γαλλικούς και ιταλικούς όρους «*Group of economic operators (joint venture, consortium or other)*», «*Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern (gemeinsames Unternehmen, Konsortium oder andere)*», «*Groupement d'opérateurs économiques (coentreprise, consortium ou autre)*» και «*Gruppo di operatori economici (joint-venture, consorzio o altro)*», παρά το γεγονός ότι συνήθως ο όρος «consortium» χρησιμοποιείται για μορφές συνεργασίας που έχουν μονιμότερο χαρακτήρα, ενώ η «κοινοπραξία» κατά βάση προσδιορίζεται από παροδικότητα, δηλαδή εξυπηρετεί αποκλειστικά και μόνο συγκεκριμένο σκοπό όπως π.χ. στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, την ανάληψη και εκτέλεση συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης. Έτσι και *J.P. Jouguelet/R. Granjon*, Les groupements d'entreprises: le nouveau Code léve-t-il tout les incertitudes?, BJCP 2003, 2.

¹⁴² «*Group of such persons and/or entities, including any temporary association of undertakings*» και «*Groups of economic operators, including temporary associations*» για την αγγλική έκδοση, «*Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen*» και «*Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, einschließlich vorübergehender Zusammenschlüsse von Unternehmen*, » για τη γερμανική, «*Groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises*» και «*Groupements d'opérateurs économiques, y compris les associations temporaires*» για το γαλλικό κείμενο και «*Grupamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese*» και «*Grupamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee*» στην ιταλική έκδοση. Βλ. και *Michael Steinicke/Peter L. Vesterdorf*, EU Public Procurement Law, Brussels Commentary, 2018, σελ. 134, 335, 918 και 978.

φορέων»¹⁴³ και κατά τη μεταφορά και ενσωμάτωσή τους στην εθνική έννομη τάξη με τον Ν. 4412/2016 έχουν υποστεί περαιτέρω επεξεργασία και έχουν αποτυπωθεί με τους αντίστοιχους όρους «*ενώσεις προσώπων ή φορέων*» και «*προσωρινές συμπράξεις*».

Σε κάθε περίπτωση, η δυνατότητα της κοινοπραξίας να λάβει μέρος σε έναν δημόσιο διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά αυτοτελώς, ουδέποτε αμφισβητήθηκε είτε στο πλαίσιο του ενωσιακού είτε του εθνικού δικαίου¹⁴⁴, με τη νομολογία και τη θεωρία μάλιστα εντός των ελληνικών συνόρων, να έχουν αμφοτέρως ασχοληθεί ενδελεχέστατα με πληθώρα ζητημάτων που αφορούσαν τη δράση και τη λειτουργία της στον επιχειρηματικό κόσμο, ήδη πολύ πριν τη νομοθετική αναγνώρισή της. Υπό αυτή την έννοια, παρουσιάζει μεγάλο ενδιαφέρον, να αναδειχθεί αρχικά, η θεσμική αντιμετώπιση του συναλλακτικού αυτού μορφώματος τόσο από την άποψη της δογματικής του προσέγγισης από τη θεωρία, όσο και από τη σκοπιά της μεταχείρισης που επιφύλαξαν σε αυτό τα ελληνικά Δικαστήρια μέσα από τις αποφάσεις τους, προτού βρει τελικά θέση στην ελληνική δικαιοσύνη τάξη, μέσα από τη ρητή ρύθμισή του με νομοθετικό κείμενο.

2. Η νομική φύση και η δικονομική υπόσταση της κοινοπραξίας μέσα από την ιστορική διαδρομή της.

A. Ως προς τη νομική φύση της κοινοπραξίας.

i. Η πρώιμη θεωρητική και νομολογιακή αντιμετώπιση της νομικής φύσης της κοινοπραξίας.

Αυτό που πρέπει ευθύς εξ αρχής να καταστεί σαφές, είναι ότι ο θεσμός της κοινοπραξίας, ως κατ' εξοχήν γέννημα της συναλλακτικής πρακτικής¹⁴⁵, δεν

¹⁴³ Άρθρο 2 παρ. 1 περίπτωση 10) και άρθρο 19 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 περίπτωση 6) και άρθρο 37 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Την ίδια λογική ακολούθησε και η Οδηγία 2014/23/ΕΕ στα άρθρα 5 περίπτωση 2) και 26 παρ. 2 αυτής, αν και με ελαφρώς διαφοροποιημένη ορολογία, κάνοντας λόγο για «*ομάδα προσώπων και/ή φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών ενώσεων επιχειρήσεων*» και για «*ομίλους οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων προσωρινών ενώσεων*». Το αντίστοιχο άρθρο 2 παρ. 2 του Ν. 4413/2016 δεν διαφοροποιείται, ενώ η παρ. 2 του άρθρου 25 προσαρμόστηκε ως εξής: «*ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων προσωρινών συμπράξεων*». Αντιθέτως, η μονοδιάστατη έννοια της «*κοινοπραξίας*» διατηρήθηκε στο άρθρο 1 περίπτωση 13) και στο άρθρο 5 παρ. 2 της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ (αντίστοιχα άρθρα 15 παρ. 1 περίπτωση 7) και 21 παρ. 4 του Ν. 3978/2011), αν και επαναλαμβάνουμε είναι σαφές ότι με αυτήν καλύπτονται όλες οι περιπτώσεις από κοινού συμμετοχής και υποβολής προσφοράς περισσότερων οικονομικών φορέων.

¹⁴⁴ Μοναδική ίσως εξαίρεση, η διάταξη της παρ. 7 του άρθρου 2 του ΠΔ 609/1985, όπως η τελευταία κωδικοποιήθηκε με την παρ. 7 του άρθρου 16 του Ν. 3669/2008 «*Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημόσιων έργων*» (ΦΕΚ Α' 116/18.06.2008), κατά την οποία προβλεπόταν ότι: «*Οι εργοληπτικές επιχειρήσεις γίνονται δεκτές στις δημοπρασίες και σε κοινοπραξία αν δεν το αποκλείει η διακήρυξη. [...]*». Ωστόσο, με το άρθρο 140 παρ. 2 του Ν. 3669/2008, η οποία κωδικοποίησε τη διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 4 της Οδηγίας 2004/18 είναι σαφές ότι δεν μπορούσε να τύχει εφαρμογής η προαναφερθείσα επιφύλαξη και καθιερώθηκε η ανεξάρτητη αποδοχή προσφορών που υποβάλλονται και από κοινοπρακτικά σχήματα. Προς αυτή την κατεύθυνση, ενδεικτικά ΔΕφΑθ 267/2015, ΔΕφΑθ 238/2014, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 231/2012. Πρβλ. και την Απόφαση ΔΕΕ της 14.04.1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV*, ECLI:EU:C:1994:133, η οποία μάλιστα αποτέλεσε τον προπομπό της αναγνώρισης του θεσμού της «*δάνειας εμπειρίας*», όπως θα αναλυθεί εκτενώς στο επόμενο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης.

¹⁴⁵ Τη μεγάλη πρακτική εφαρμογή της κοινοπραξίας ως «*εταιρεία ευκαιρίας*», την οποία κατ' αρχάς χαρακτηρίζει ως αστική εταιρεία που έχει πρόσκαιρα συσταθεί για την τέλεση συγκεκριμένων πράξεων

ρυθμιζόταν ενιαία και ομοιόμορφα σε διάταξη νόμου και συνεπώς, η περίπτωση της παρέμενε επί σειρά ετών, κατ' αρχήν, αρρυθμιστή¹⁴⁶. Ως εκ τούτου, παρά το γεγονός ότι η χρήση του όρου «κοινοπραξία», προκειμένου να περιγραφούν τα εν λόγω εταιρικά μορφώματα παρέμενε ευρύτατα διαδεδομένη, εντούτοις, υπήρχε έντονη αμφισβήτηση γύρω από τη νομική της φύση, την εν τοις πράγμασι λειτουργία της στις συναλλαγές, αλλά και τις ουσιαστικές και δικονομικές δυνατότητες αυτής, με την ελληνική θεωρία και νομολογία να ερίζουν γύρω από τα αναφερόμενα ζητήματα¹⁴⁷. Η αλήθεια είναι ότι η κοινοπραξία, ως μορφή σύμπραξης περισσότερων προσώπων (φυσικών ή νομικών) με σκοπό τον κατ' αρχάς, συντονισμό της δράσης τους, δεν ήταν άγνωστη στον Έλληνα νομοθέτη και μάλιστα απαντώνται ρητές αναφορές του όρου «κοινοπραξία» σε διάφορα νομοθετικά κείμενα, ποικίλης προελεύσεως ως προς τα ρυθμιζόμενα από αυτά ζητήματα (πχ. φορολογικοί νόμοι κλπ.), τα οποία και αντιμετώπιζαν ειδικές μορφές

ή την επίτευξη κερδοσκοπικών σκοπών, οι οποίοι όμως χαρακτηρίζονται από παροδικότητα, όπως ιδίως, η ανάληψη μεγάλων τεχνικών έργων, αναγνώριζε σύσσωμη η θεωρία, βλ. σχετικά *N. Ρόκα*, ό.π., §16, σελ. 115 επ., *M. Λεοντάρη*, Προσωπικές Εταιρείες, Ε.Π.Ε., Κοινοπραξίες, 2003, σελ. 321 επ., *A. Σόφτα*, ό.π., *Π. Γκλαβίνη*, Διεθνείς συμβάσεις κατασκευών & Παροχής σχετικών υπηρεσιών, εις Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών, Επιμ. Χ. Παμπούκη, 2010, σελ. 701, *B. Παπαθανασοπούλου*, Κοινοπραξία: Σκέψεις γύρω από τη νομική μορφή, το νομικό καθεστώς και την αντιμετώπιση του εταιρικού αυτού μορφώματος από τη νομοθεσία και τη νομολογία, ΔηΣΚΕ 1/2004, σελ. 28, ενώ πρβλ. και *Hani Sarie-Eldin*, Consortia Agreements in the International Construction Industry with Special Reference to Egypt, International and Economic Development Law 4, Kluwer Law International, 1996.

¹⁴⁶ Νομικά μάλλον «άχρωμος» και «περιγραφικός» χαρακτηριζόταν ο όρος αυτός, ο οποίος κατά κανόνα απέδιδε τις συνεργασίες μεταξύ μεγάλων επιχειρήσεων (συνήθως Α.Ε.) και χρησίμευε ως «όχημα» κυρίως για την ανάληψη μεγάλων έργων, μέσω της συνένωσης σημαντικών κεφαλαίων, εκτεταμένης υλικοτεχνικής υποδομής, τεχνογνωσίας και προσωπικού για την εκτέλεσή τους. Επρόκειτο δηλαδή ουσιαστικά για ανάληψη υποχρέωσης από περισσότερα (νομικά ή φυσικά) πρόσωπα για την από κοινού επίτευξη κάποιου, συγκεκριμένης εμβέλειας και χρονικής διάρκειας και άρα παροδικού, σκοπού. Μάλιστα, θεωρείτο ότι τα κοινοπρακτικά σχήματα αποτελούσαν στην ουσία αδημοσίευτες ομόρρυθμες εταιρείες, εφόσον διαπιστωνόταν και το στοιχείο της *affectio societatis* και προέβαιναν οι ίδιες, υπό ξεχωριστή εταιρική επωνυμία στη διενέργεια εμπορικών πράξεων, χωρίς να έχουν τηρηθεί οι διατυπώσεις δημοσιότητας για τη σύσταση κάποιας εμπορικής εταιρείας κατά το τυπικό σύστημα, βλ. *Γ. Σωτηρόπουλο*, ό.π., αριθμ. 27 και *B. Παπαθανασοπούλου*, ό.π.

¹⁴⁷ Βλ. ενδεικτικά *B. Αντωνόπουλο*, ό.π., σελ. 187, *E. Αντωνίου*, περί της κοινοπραξίας, ΕΕμπΔ 34, 1983, 696, *E. Λεβαντή*, Και πάλι, τί είναι η κοινοπραξία, Δ/νη (32), 1991, 25, *του ιδίου*, Τι είναι κοινοπραξία, ΝοΒ 33, 1092, *Κ. Παμπούκη*, Κοινοπραξία προς εκτέλεση δημόσιου έργου (Γνμδ.), Δ/νη 1994, 65, *του ιδίου*, Η κοινοπραξία, Νομική φύση και μεταχείριση, στον τόμο «Οι προσωπικές εμπορικές εταιρείες στο εμπορικό και φορολογικό δίκαιο», 1993, σελ. 53, *του ιδίου*, Η κοινοπραξία προς κατασκευή έργου, ΕπισκΕΔ 1996, 501, *του ιδίου*, Νομική φύση της «κοινοπραξίας» και σχέσις αυτής προς τα μέλη της (Γνμδ.), Αρμ 1976, 368, *του ιδίου*, παρατηρήσεις στην ΑΠ 1180/1995, ΕπισκΕΔ 1995, 578, *του ιδίου*, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 22/1998, ΕπισκΕΔ 1998, 683, *Γ. Σωτηρόπουλο*, Κοινοπραξία εκτέλεσης δημόσιου τεχνικού έργου: νομική φύση και εφαρμοστέοι κανόνες ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου (Παρατ. στην ΑΠ 22/1998), ΕΕμπΔ 1998, 897, *A. Κοτσίρη*, Η εταιρεία ευκαιρίας, ΝοΒ 9, 1961, 1055, *Γ. Κουτράκη*, Κοινοπραξία εκτέλεσης δημοσίων έργων, Τεύχος Α', 1993, *M. Λεοντάρη*, ό.π., σελ. 321 επ., *Θ. Λιακόπουλο*, Η νομοθετική ρύθμιση της κοινοπραξίας, εις Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου Ι, 1985, 383, *Γ. Μητσόπουλο*, Η ικανότης ως διαδίκων των ενώσεων προσώπων μη κεκτημένων νομική προσωπικότητα, Δ 1970, 432-452, *Γ. Μπεχρή-Κεχαγιόγλου*, Κοινοπραξία για την κατασκευή δημόσιου έργου, ΕπισκΕΔ 1996, 527, *B. Βάθη*, Συμπράξεις Επιχειρήσεων (Joint Ventures), 2009, *E. Πουρνάρα*, Η Κοινοπρακτική Σύμβαση στον κατασκευαστικό τομέα (CONSORTIUM), 2010, *H. Αλεξόπουλο*, Η κοινοπραξία εκτέλεσης δημοσίου έργου μετά την ΟΛΑΠ 22/1998, ΔΕΕ 2000, 803 και επ., *A. Γαζή*, Ζητήματα από την ανώμαλη εξέλιξη των σχέσεων μεταξύ εταιρειών που συμμετέχουν σε διεθνή κοινοπραξία (Γνμδ.), ΝοΒ 2000, 20, *Z. Σκουλούδη*, Περιορισμοί Κοινοπραξιών, ΝοΒ 1995, 649 και επ., *A. Δεσποτίδου-Αντωνιάδου*, παρατηρήσεις στην ΜΠρΒολ 1134/1993, ΕπισκΕΔ 1995, 165 και επ., *Γ. Αληφαντή*, Η Λογιστική και Φορολογία της Κοινοπραξίας, ΛΟΓ 2009, 36.

κοινοπραξιών¹⁴⁸, εντός όμως ενός πολύ συγκεκριμένου και περιορισμένου θεσμικού πλαισίου¹⁴⁹.

Όπως γινόταν παγίως δεκτό και κατά το παρελθόν, ο χαρακτηρισμός από τα κοινοπρακτούντα μέλη, της μορφής αυτής συνεργασίας μεταξύ τους ως «κοινοπραξίας» και η ενδεχόμενη ένταξή της σε μία από τις νομοθετικά προβλεπόμενες περιπτώσεις τέτοιας συνεργασίας, δεν σήμαινε άνευ άλλου τινός την αναγνώριση αυτής από την έννομη τάξη ως νέου, ξεχωριστού εταιρικού τύπου¹⁵⁰. Αντιθέτως, η περιπτώσιολογική εμφάνισή της, απαιτούσε τον *ad hoc* νομικό προσδιορισμό της

¹⁴⁸ Κυριότερες οι αναφορές στο ΠΔ 609/1985 και στον Ν. 3669/2008 για τις κοινοπραξίες εκτέλεσης δημοσίων έργων, στο άρθρο 2 παρ. 2 του ΠΔ 186/1992 «Κώδικας Βιβλίων και Στοιχείων» (ΦΕΚ Α΄ 84/26.05.1992) για φορολογική αντιμετώπιση των κοινοπραξιών επιτηδευματιών, στον Ν. 2169/1993 «Αγροτικές Συνεταιριστικές Οργανώσεις και άλλες διατάξεις» για τη δυνατότητα σύστασης Κοινοπραξιών Αγροτικών Συνεταιριστικών Οργανώσεων (Κ.Α.Σ.Ο.) (ΦΕΚ Α΄ 149/10.09.1993), στο άρθρο 8 του Ν.Δ. 3874/1958 «Περί τροποποίησης και συμπλήρωσης ενίων των περί Αγροτικής Τραπέζης της Ελλάδος κλπ. κειμένων διατάξεων» (ΦΕΚ Α΄ 176/29.10.1958), στο Ν.Δ. 551/1970 «Περί Ιδιωτικής επιχειρήσεως Ασφαλίσεως Πλοίων και Αεροσκαφών» (ΦΕΚ Α΄ 114/25.05.1970) για τη δυνατότητα σύστασης κοινοπραξιών μεταξύ ασφαλιστικών εταιρειών. Αντίστοιχα, για τις κοινοπραξίες πετρελαιοειδών γίνεται λόγος στο Ν.Δ. 1312/1949 «Περί κυρώσεως των περί διαιτησίας διατάξεων της από 8 Ιανουαρίου 1949 Συμβάσεως μεταξύ του Δημοσίου και της Κοινοπραξίας Πετρελαιοειδών» (ΦΕΚ Α΄ 304/31.10.1949), στον Ν. 2117/1952 «Περί παροχής εξουσιοδοτήσεως προς τους Υπουργούς Συντονισμού, Εμπορίου και Οικονομικών διά την παράτασιν της από 8 Ιανουαρίου 1949 Συμβάσεως μεταξύ Ελληνικού Δημοσίου και Κοινοπραξίας Εταιρειών Πετρελαίου» (ΦΕΚ Α΄ 126/07.05.1952), στον Α.Ν. 1845/1951 «Περί τροποποίησης και συμπλήρωσης διατάξεων τινών αφορωσών εις την είσπραξιν των δημοσίων εσόδων» (ΦΕΚ Α΄ 180/21.06.1951). Επιπλέον, στο άρθρο 53 παρ. 5 του Ν. 3190/1955 «Περί Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης» (ΦΕΚ Α΄ 91/16.04.1955) υπάρχει αναφορά σε δημοσιογραφικές επιχειρήσεις, οι οποίες λειτουργούν με τη μορφή κοινοπραξίας, στο άρθρο 17 του ΠΔ 226/1992 «Περί συστάσεως οργανώσεως και λειτουργίας του Σώματος Ορκωτών Ελεγκτών, καθώς και περί των όρων εγγραφής σε Ειδικό Μητρώο και ασκήσεως του επαγγέλματος του Ορκωτού Ελεγκτή» (ΦΕΚ Α΄ 120/14.07.1992) που αφορά την κοινοπραξία Ορκωτών Ελεγκτών. Ομοίως, στον Ν. 3484/1955 «Περί μέτρων προστασίας της σταφίδος σουλτανίνας» (ΦΕΚ Α΄ 353/31.12.1955) υπάρχει επίσης αναφορά στην Κοινοπραξία Συνεταιρικών Οργανώσεων Σουλτανίνας (Κ.Σ.Ο.Σ.), στον Ν. 2810/2000 «Αγροτικές Συνεταιριστικές Οργανώσεις» (ΦΕΚ Α΄ 61/09.03.2000) και στον Ν. 4015/2000 «Θεσμικό πλαίσιο για τους αγροτικούς συνεταιρισμούς, τις συλλογικές οργανώσεις και την επιχειρηματικότητα του αγροτικού κόσμου - Οργάνωση της εποπτείας του Κράτους» (ΦΕΚ Α΄ 210/21.09.2011), υπάρχουν εκ νέου αναφορές σε Κοινοπραξίες Αγροτικών Συνεταιριστικών Οργανώσεων (Κ.Α.Σ.Ο.). Σημειώνεται δε ότι, διατάξεις για την κοινοπραξία είχαν περιληφθεί και στο ΣχΕΚ του 1991, στα άρθρα 201-203 αυτού. Τέλος, στη φορολογική αντιμετώπιση της κοινοπραξίας αναφέρεται και ο Ν. 4308/2014 «Ελληνικά Λογιστικά Πρότυπα, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α΄ 251/24.11.2014). Για όλα τα ανωτέρω βλ. αναλυτικά Γ. Σωτηρόπουλο, εις ΔικΠΕ, Τόμος 2, 2001, §28, αριθμ. 16-29, Μ. Χατζήκωστή, Η Κοινοπραξία: δικαιοπρακτική δέσμευση και ευθύνη των μελών της, Διπλωματική Εργασία για το μάθημα «Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας», Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2001, Α. Χειμών, Η νομική προσωπικότητα της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2012, σελ. 3 επ., Α. Σιαφαρίκα, Ζητήματα εκ της κοινοπραξίας, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2012 και Α. Χαραλαμποπούλου, Η νέα ρύθμιση στο δίκαιο της κοινοπραξίας με τον Ν. 4072/2012, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2015, σελ. 10.

¹⁴⁹ Κατά κανόνα πάντως εκτός των ορίων του εταιρικού δικαίου.

¹⁵⁰ Φαινομενικά, εξαιρουμένων των «ειδικού τύπου εταιρείας» κοινοπραξιών του Ν. 2169/1993 και του άρθρου 8 του Ν.Δ. 3874/1958. Έτσι και Ι. Δεληγιάννης, Κοινοπραξία του άρθρου 8 Ν.Δ. 3874/1958, Αρμ 1985, 643 επ., Κ. Παμπούκης, Η κοινοπραξία, Νομική φύση και μεταχείριση, στον τόμο «Οι προσωπικές εμπορικές εταιρείες στο εμπορικό και φορολογικό δίκαιο», 1993, σελ. 53 επ., όπου δεχόταν την τότε προϊούσα νομολογική αναγνώριση, με βάση το τότε ισχύον δίκαιο, ενός νέου εταιρικού τύπου και για την κατασκευαστική κοινοπραξία, η οποία συστήνεται προς τον σκοπό ανάληψης της εκτέλεσης ενός τεχνικού έργου και Γ. Σωτηρόπουλο, εις ΔικΠΕ, Τόμος 2, 2001, §29, αριθμ. 30.

εκάστοτε συμβατικής σχέσης που χαρακτήριζε τις σχέσεις των συμβαλλομένων μερών¹⁵¹ και συνακόλουθα την κατάταξή της σε έναν από τους υπάρχοντες και νομοθετικά αναγνωρισμένους, από άποψη εμπορικού δικαίου, εταιρικούς τύπους, σύμφωνα και με την αρχή του *numerous clausus* αυτών¹⁵², ακολουθώντας αναγκαστικά και τα τυπολογικά χαρακτηριστικά εκάστου εταιρικού τύπου. Υπό την έννοια αυτή, η θεωρία αναγνώριζε εκ προοιμίου, δύο εγγενή, μη νομικά, τυπολογικά στοιχεία κάθε συσταθείσας κοινοπραξίας, ήτοι αφενός το γεγονός ότι συνήθως τα κοινοπρακτούντα μέλη είναι ήδη φορείς αυτοτελούς επιχείρησης και αφετέρου ότι επ' ευκαιρία του πρόσκαιρου συνασπισμού τους σε μία κοινοπραξία, δεν χάνουν τη νομική και οικονομική τους αυτοτέλεια, αλλά μπορούν ταυτόχρονα να αναπτύσσουν και παράλληλη με αυτήν επιχειρηματική δραστηριότητα, είτε στον τομέα που δραστηριοποιείται η κοινοπραξία είτε και σε άλλον¹⁵³.

Κατά συνέπεια, χαρακτηριστικό γνώρισμα της κοινοπραξίας¹⁵⁴, τουλάχιστον στην πρωτογενή μορφή αυτής, είναι ότι τα μέλη της παραμένουν ανεξάρτητα και δεν προβαίνουν στη σύσταση ενός νέου νομικού προσώπου, αλλά διατηρούν την επιχειρηματική και νομική τους αυτοτέλεια, θεωρώντας κατά κανόνα τη συνεργασία τους ως ευκαιριακή. Εξάλλου, δεδομένης της διατηρούμενης νομικής και επιχειρηματικής αυτοτέλειας των μελών που απαρτίζουν την κοινοπραξία και του ευκαιριακού χαρακτήρα της συνεργασίας τους¹⁵⁵, παρέπεται ότι μετά την επίτευξη ή τη διαπίστωση αδυναμίας επίτευξης του σκοπού, για τον οποίο συστάθηκε η κοινοπραξία ή της παρέλευσης του χρονικού διαστήματος που προβλέπει η μεταξύ τους συμφωνία σύστασής της κλπ., τα κοινοπρακτούντα μέλη συνεχίζουν ανεξάρτητα την επιχειρηματική τους δραστηριότητα, την οποία φυσικά μπορούν να ασκούν και παράλληλα κατά τη διάρκεια που δραστηριοποιείται η μεταξύ τους συσταθείσα κοινοπραξία¹⁵⁶.

Μία περαιτέρω, δογματική διάκριση του οιονεί εταιρικού τύπου της κοινοπραξίας, είναι σε «*γνήσιες*» και «*μη γνήσιες*»¹⁵⁷. Η πρώτη μορφή κοινοπραξιών

¹⁵¹ Περί του ότι η συνηθέστερα απαντώμενη στην πράξη μορφή κοινοπραξίας ήταν πράγματι η κοινοπραξία (ως εταιρεία ευκαιρίας) για την εκτέλεση τεχνικού έργου βλ. σχετικά *Μ. Χατζηκωστή*, ό.π., σελ. 28 επ., *Α. Χειμώνας*, ό.π., σελ. 29 επ., *Α. Γαζή*, ό.π., *Α. Γέροντα*, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σελ. 695 επ., *Χ. Μητκίδη*, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009, σελ. 434 επ., πρβλ. *του ιδίου*, Δημόσιες Συμβάσεις Μελετών και Συναφών Υπηρεσιών, Ν. 3316/2005 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2010, σελ. 227 επ.

¹⁵² Έτσι και ΑΠ 1180/1995, ΕΕμπΔ 1996, 77, ΔΕΝ 1996, 22, Δ/νη 1997, 778 και *Ε. Λεβαντής*, Και πάλι, τί είναι η κοινοπραξία, Δ/νη (32), 1991, 25.

¹⁵³ Βλ. σχετικά *Γ. Σωτηρόπουλο* ό.π., ΕφΑθ 3849/1989, ΑρχΝ 1992, 391, ΕΕμπΔ 1992, 577.

¹⁵⁴ Για την έννοια της κοινοπραξίας, τη νομική φύση αυτής και τα κύρια χαρακτηριστικά της, βλ. και ΑΕΠΠ 1166/2018 σκέψη 34.

¹⁵⁵ *Β. Βάθης*, ό.π., σελ. 7.

¹⁵⁶ *Ε. Αλεξανδρίδου*, Δίκαιο Εμπορικών Εταιρειών, Προσωπικές & Κεφαλαιουχικές Εταιρείες, 2^η Έκδοση 2016, §§48-49, σελ. 192 επ., *Γ. Μπεχρή-Κεχαγιόγλου*, ό.π., *Κ. Παμπούκης*, Η κοινοπραξία προς κατασκευή έργου, ΕπισκεΔ 1996, 501, ΠΠρθεσσαλ 11999/1995 με παρατηρήσεις *Γ. Κουτράκη*.

¹⁵⁷ Διάκριση που έτυχε κατά κάποιο τρόπο και νομοθετικής αναγνώρισης, αφού υπάρχει ρητή αναφορά σε «*γνήσιες*» και «*μη γνήσιες*» κοινοπραξίες, στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4072/2012. Για τη διάκριση σε «*γνήσιες*» και «*μη γνήσιες*» βλ. ενδεικτικά *Ε. Αλεξανδρίδου*, ό.π., §48, σελ. 192-193, αριθμ. 2-3, *Ν. Ρόκα*, ό.π., σελ. 117, *Α. Σινανιώτη-Μαρούδη*, Εμπορικό Δίκαιο, Εταιρείες, 3^η Έκδοση 2012, σελ. 121 επ., *Γ. Σωτηρόπουλο*, εις ΔικΠΕ, Τόμος 2, 2001, §28, αριθμ. 2, *Α. Γαζή*, ό.π., *Β. Παπαθανασοπούλου*, ό.π., σελ. 30, *Μ. Χατζηκωστή*, ό.π., σελ. 37, *Α. Χαραλαμποπούλου*, ό.π., σελ. 8-9 και *Α. Χειμώνας*, ό.π., με έμφαση στις «*γνήσιες*» κατασκευαστικές κοινοπραξίες.

περιλαμβάνει εκείνες που συστήνονται χωρίς να είναι οι ίδιες αυτοτελώς φορείς εμπορικής δραστηριότητας, αλλά διατηρούν τον μονοσήμαντο οργανωτικό και διοικητικό σκοπό τους, ο οποίος εξαντλείται αποκλειστικά και μόνο στον συντονισμό της δράσης των μετεχόντων μελών τους. Αντιθέτως, οι δεύτερες αναλαμβάνουν οι ίδιες την άσκηση εμπορικής δραστηριότητας, απολύτως διακριτής από την αντίστοιχη δραστηριότητα των μελών που τις απαρτίζουν. Συνεπώς, το συναλλακτικό μόρφωμα της κοινοπραξίας, το οποίο, όπως ήδη ειπώθηκε, δεν ανήκει στον *numerous clausus* των εταιρικών τύπων, αποσκοπεί πρωτίστως στον συντονισμό και την οργάνωση της δράσης των μελών της και συνιστά ιδιότυπη επιχειρηματική δραστηριότητα, η οποία λειτουργεί ως ενοχικός δεσμός σύμπραξης και συνεργασίας ανάμεσα στα μέλη της, κατ' αρχήν άτυπη¹⁵⁸. Θα μπορούσε να ειπωθεί με αρκετή ασφάλεια ότι η κοινοπραξία στην αρχική της τουλάχιστον σύλληψη, διατηρώντας ευθείες καταβολές στην επιχειρηματική πρακτική, αποτελεί ένα εξωνομικό επιχειρηματικό μοντέλο συνεργασίας μεταξύ περισσοτέρων, με σκοπό κυρίως, αλλά όχι αποκλειστικά, την επίτευξη υπέρτερων στόχων που τα συμβαλλόμενα μέρη της, μεμονωμένα δεν θα μπορούσαν να αναλάβουν¹⁵⁹.

Ενόψει των ως άνω εκτεθέντων και σε μία προσπάθεια οριοθέτησης και σταχυολόγησης κάποιων οριζόντιων τυπολογικών χαρακτηριστικών της συνεργατικής αυτής παρουσίας περισσοτέρων προσώπων (νομικών ή φυσικών) στις συναλλαγές, γίνονται κατά το παρελθόν δεκτό ότι η κοινοπραξία κατ' αρχήν δεν διέθετε αυτοτελώς νομική προσωπικότητα, αλλά επρόκειτο για μια ενοχική σύμβαση, της οποίας το κύριο χαρακτηριστικό είναι η εκ μέρους των συμβαλλομένων μερών ανάληψη ευθύνης για την από κοινού επίτευξη ενός κοινού στόχου¹⁶⁰. Συναφώς, η επιλογή του όρου «κοινοπραξία» εκ μέρους των συναλλασσομένων, η οποία υποκρύπτει ποικίλες νομικές σχέσεις, στο σύνολό τους όμως χαρακτηριζόμενες ως σύμπραξη προσώπων προς επιδίωξη κοινού σκοπού, δύναται να συνιστά κατ' αρχήν είτε μία απλή σύμβαση (κατ' ΑΚ 361) είτε κοινωνία δικαίου ή δικαιώματος (κατ' ΑΚ 785)¹⁶¹ είτε στις συνηθέστερες μορφές εμφάνισής της¹⁶², εταιρεία (κατ' ΑΚ 741). Στην τελευταία αυτή περίπτωση, όπου και διαπιστώνεται η πρόθεση εταιρικής συνεργασίας των κοινοπρακτούντων μερών, η θεωρία και η νομολογία πάσχιζαν να εντάξουν ομαλά την *in abstracto* αφηρημένη εμφάνιση της κοινοπραξίας, όπως αποτυπωνόταν στην καθημερινή πρακτική σε έναν *in concreto* νομοθετικά ρυθμιζόμενο εταιρικό τύπο, χωρίς όμως ενιαία κάθε φορά προσέγγιση, προκαλώντας πολλές φορές σύγχυση στον μελετητή του δικαίου.

Η συχνότητα όμως εμφάνισής της στις συναλλαγές, οι πολυσχιδείς μορφές που μπορούσε να λάβει αυτή, εξαιτίας (και) της φαντασίας των ενδιαφερομένων να ενδυσθούν την επιχειρηματική τους συνεργασία με τον τύπο του κοινοπρακτικού σχήματος και φυσικά ο τρόπος διαμόρφωσης της σχετικής σύμβασης από αυτούς, η

¹⁵⁸ Μ. Λεοντάρης, ό.π., σελ. 321 επ., Α. Σιαφάρικα, ό.π. σελ. 6.

¹⁵⁹ Για τους οικονομικούς, νομικούς, αλλά και ψυχολογικούς λόγους που τα συμπράττοντα μέλη επιλέγουν να χαρακτηρίσουν τη συνεργασία τους ως «κοινοπραξία» βλ. ενδεικτικά Γ. Σωτηρόπουλο, ό.π., §28, αριθμ. 15, Β. Παπαθανασοπούλου, ό.π., σελ. 30 και Α. Χειμώνα, ό.π., σελ. 20 επ.

¹⁶⁰ Β. Βάθης, ό.π., σελ. 20.

¹⁶¹ ΕφΑθ 3062/1975, ΕΕμπΔ 1976, 430.

¹⁶² Και προφανώς υπό αυτή τη μορφή απασχολούν και το αντικείμενο της παρούσας μελέτης.

τήρηση ή μη των διατυπώσεων σύστασης και δημοσιότητας, η εμπορικότητα του επιδιωκόμενου σκοπού ή όχι, αλλά και η ποικιλία των επιλεγόμενων τρόπων λειτουργίας και οργάνωσής της, ενέτειναν την αβεβαιότητα γύρω από τη φύση και τον νομικό της χαρακτήρα και δυσχέραναν την εκ προοιμίου, κάθε φορά, ομαλή ένταξη της σε έναν από τους γνωστούς εταιρικούς τύπους¹⁶³. Κοινή πάντως αφετηρία αποτελούσε η παραδοχή ότι η κοινοπραξία έχει τη μορφή εταιρείας, η οποία μπορεί να εμφανίζεται στις συναλλαγές ως αστική ή εμπορική¹⁶⁴, ανάλογα με τη φύση της και τον επιδιωκόμενο αυτής, σκοπό. Ειδικότερα, γινόταν δεκτό ότι εφόσον μια κοινοπραξία επεδίωκε σκοπό μη εμπορικό και δεν είχαν τηρηθεί οι προβλεπόμενες κάθε φορά, διατυπώσεις δημοσιότητας για τη σύσταση εμπορικής κατά το τυπικό σύστημα, εταιρείας, δεν διέθετε τουλάχιστον κατ' αρχήν, νομική προσωπικότητα και άρα διατηρούσε τον χαρακτήρα της αστικής εταιρείας¹⁶⁵, η οποία μπορούσε περαιτέρω να λειτουργεί ως εξωτερική ή εσωτερική (αφανής)¹⁶⁶ εταιρεία.

Ωστόσο, μία κοινοπραξία παρέμενε «γνήσια», ακόμα και αν εμφανιζόταν ως εξωτερική αστική εταιρεία, διεξάγοντας τις συναλλαγές της με τρίτους, αυτοτελώς, με δική της επωνυμία και εκπροσωπούμενη από τα κατά περίπτωση διαχειριστικά της όργανα. Στην περίπτωση αυτή μπορούσε να αποκτήσει νομική προσωπικότητα, με την τήρηση των αντίστοιχων διατυπώσεων δημοσιότητας, έστω και αν δεν επεδίωκε οικονομικό/εμπορικό σκοπό. Συνεπακόλουθα και αυτονοήτως, δεν αλλοιωνόταν ο χαρακτήρας μιας τέτοιας κοινοπραξίας, ως απλού συντονιστικού συνασπισμού περισσοτέρων προσώπων, σε περίπτωση που αυτή, καίτοι λειτουργούσα ως εξωτερική αστική εταιρεία, δεν αποκτούσε νομική προσωπικότητα, οπότε η εκπροσώπησή της μπορούσε να ασκείται είτε από κοινού από όλους τους συμμετέχοντες σε αυτήν είτε

¹⁶³ Παρά το γεγονός ότι, κατά την εκτίμηση του γράφοντος, η συσχέτιση της κοινοπραξίας με την όλη δογματική προβληματική γύρω από την ύπαρξη ή όχι ενός *numerous clausus* εταιρικών τύπων, πέρα από την κατανοητή ανάγκη επίτευξης μιας κάποιας ασφάλειας δικαίου, ως προς το νομικό καθεστώς που διέπει την απροσδιόριστη φύση της, εμφανίζεται όλως παρωχημένη, ξεπερασμένη και χωρίς κάποιο ουσιαστικό περιεχόμενο. Ενδεικτικά και προς επίρρωση του ανωτέρω επιχειρήματος, απλώς αναφέρουμε ότι η εισαγωγή της Ιδιωτικής Κεφαλαιουχικής Εταιρείας (Ι.Κ.Ε.) με το άρθρο 43 του Ν. 4072/2012 ήδη διέυρνε τον υποτιθέμενο μέχρι το 2012, *numerous clausus* των υφιστάμενων εταιρικών τύπων, για τους λόγους που αναφέρονται στην αιτιολογική έκθεση του εν λόγω νόμου.

¹⁶⁴ Και μάλιστα προσωπική εμπορική εταιρεία, δεδομένων των σχέσεων που δημιουργεί η πρόθεση στενής συνεργασίας των μελών της κοινοπραξίας για πραγμάτωση του κοινού σκοπού που αναλαμβάνουν, οι οποίες και προσομοιάζουν με τον συμβατικό δεσμό που συνδέει τους εταίρους προσωπικής εταιρείας. Βλ. σχετικά ΑΠ 1365/1992, Δ/νη 1994, 1334, ΔΕΝ 1993, 87, ΕΕμπΔ 1994, 233, με αντίθετη, αλλά εσφαλμένη μειοψηφία, ΑΠ 581/2004, ΕΕμπΔ 2004, 761, Δ/νη 2006, 813, ΑΠ 36/2011, ΕΕμπΔ 2011, 362, Αρμ 2011, 1665, Δ/νη 2011, 1389, ΕφΑθ 6608/2006, Δ/νη 2007, 906, ΕφΘεσσαλ 27/1994, Αρμ 1994, 1392, ΕφΘεσσαλ 2186/2006 με παρατηρήσεις Κ. Παμπούκη, ΕπισκΕΔ 2006, 1146 και ΠΠρΘεσσαλ 11999/1995 με παρατηρήσεις Γ. Κουτράκη, με τις οποίες έγινε δεκτό ότι όταν δεν έχουν τηρηθεί οι διατυπώσεις δημοσιότητας για συσταθείσα κοινοπραξία, η οποία δρα στις συναλλαγές με εταιρική επωνυμία και ενεργεί εμπορικές πράξεις, εξομοιούται, σε ό,τι αφορά την ευθύνη των μελών αυτής έναντι τρίτων, με αδημοσίευτη, εν τοις πράγμασι (*de facto*) ομόρρυθμη εταιρεία, με συνέπεια την αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη αυτών.

¹⁶⁵ ΑΠ 1266/1996, Δ/νη 1997, 1117, ΕΕμπΔ 1997, 57, ΕΕΝ 1998, 304 και ΕφΘεσσαλ 27/1994, Αρμ 1994, 1392, ΕφΑθ 4426/1998, Δ/νη 1998, 915, ΕφΠειρ 16/2003, ΕπισκΕΔ 2003, 485, ΕφΔυτΜακ 9/2006, Αρμ 2006, 153. Αστικές εταιρείες χαρακτηρίζονται προφανώς, κατ' εξοχήν οι «γνήσιες» κοινοπραξίες, συντονιστικού-οργανωτικού χαρακτήρα της δράσης των μελών τους, σύμφωνα και με την ανάλυση που προηγήθηκε, βλ. σχετικά Ε. Περάκη, Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, σελ. 249.

¹⁶⁶ Πρβλ. και ΑΠ 393/2006, ΕΕμπΔ 2006, 934, ΕφΑθ 2328/2008, Αρμ 2009, 391, ΕφΔυτΜακ 44/2011 και ΕφΠειρ (Μον.) 143/2011.

από έναν ορισμένο εξ αυτών ή ακόμα και τρίτο εξουσιοδοτημένο πρόσωπο στο όνομα και για λογαριασμό όλων των υπολοίπων¹⁶⁷.

Συναφώς, μία «μη γνήσια» κοινοπραξία, εφόσον γίνεται η ίδια φορέας εμπορικής δραστηριότητας, ανεξάρτητα από την επιχειρηματική δράση που ασκούν αυτοτελώς τα συμμετέχοντα σε αυτήν μέλη, οπότε και είναι προφανές ότι επιδιώκει οικονομικό σκοπό, ασφαλώς αποκτά νομική προσωπικότητα, εφόσον τηρηθούν οι διατυπώσεις δημοσιότητας συγκεκριμένου εταιρικού τύπου. Σε αυτή την περίπτωση, καθίσταται η ίδια αυτοτελώς υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων κατά τα άρθρα 61 και 34 ΑΚ. Επομένως, απαραίτητο στοιχείο για τη σύσταση νομικής προσωπικότητας είναι η τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας που ορίζονται κάθε φορά στον νόμο. Μάλιστα η απόκτηση νομικής προσωπικότητας εκ μέρους κοινοπραξίας συνδεόταν αναπόδραστα με την τήρηση των απαιτούμενων διατυπώσεων δημοσιότητας συγκεκριμένου εταιρικού τύπου και υπό το πρίσμα αυτό, γινόταν παγίως δεκτό και από τη νομολογία ότι ακόμα και η δημόσια άσκηση εμπορικής δραστηριότητας δεν μπορούσε να αναπληρώσει την τήρηση των ρητά από το νόμο απαιτούμενων διατυπώσεων δημοσιότητας¹⁶⁸ και να αποδώσει νομική προσωπικότητα στην κοινοπραξία, με τις όποιες επακόλουθες συνέπειες και ως προς τη δικονομική της θέση, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω υπό Β.ι-iv.

ii. *H expressis verbis αναγνώριση της κοινοπραξίας από το δίκαιο.*

Από όσα εκτέθηκαν ανωτέρω αναλυτικά, καθίσταται σαφές ότι η έλλειψη ρητής και σαφούς νομοθετική ρύθμισης της κοινοπραξίας, επιδείνωνε την αμηχανία τόσο των δικαστηρίων όσο και των θεωρητικών σε δογματικό επίπεδο, γύρω από τα αμφισβητούμενα ζητήματα που σχετίζονταν με τη φύση, τη λειτουργία και την εμφάνισή της στις συναλλαγές. Έτσι, με το άρθρο 293 του Ν. 4072/2012 αποτυπώθηκαν οριστικά σε διάταξη νόμου, παγιωμένες αντιλήψεις σχετικά με τη νομική φύση και τη λειτουργία της κοινοπραξίας, αίροντας κατά το μάλλον ή ήττον την αμφισβήτηση και την ανασφάλεια δικαίου, για όσα ζητήματα αφορούσαν τη δράση της¹⁶⁹. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 293, η κοινοπραξία αναγνωρίστηκε ρητά

¹⁶⁷ Για τα πλείστα συνυφαινόμενα ζητήματα, αλλά και για την κατά περιπτώσεις, οριακή και δυσχερή διάκριση μεταξύ «γνήσιων» και «μη γνήσιων» κοινοπραξιών, η περαιτέρω ανάλυση των οποίων εκφεύγει του πεδίου ενδιαφέροντος της παρούσας μελέτης, βλ. σχετικά Β. Αντωνόπουλο, ό.π. και Γ. Σωτηρόπουλο, εις ΔικΠΕ, Τόμος 2, 2001, §29, αριθμ. 33.

¹⁶⁸ ΑΠ (Ολομ.) 22/1998, Δ/νη 1998, 532, Δ 1999, 234, ΕΕμπΔ 1998, 782, ΕΕΝ 1998, 629, ΝοΒ 1999, 228, ΑΠ 936/2002 ΝοΒ 2003, 245, Δ/νη 2003, 1331, ΔΕΕ 2003, 539, ΧρΙΔ 2002, 817, όπως επικύρωσε την ΕφΑθ 8046/2000, ΕφΛαρ 6/2006, Περιοδικό Δικογραφία 2007, 49.

¹⁶⁹ Με ποικίλες αντιδράσεις υποδέχτηκε η θεωρία τις διατάξεις του Ν. 4072/2012, οι οποίες κυμαίνονταν μεταξύ της πλήρους αρνητικής στάσης, του σκεπτικισμού και της επιφυλακτικότητας για τη σκοπιμότητα και την αναγκαιότητα των εν λόγω ρυθμίσεων, φτάνοντας στον αντίποδα, μέχρι και τη δικαιολόγησή της ως μίας *de lege ferenda* επιβεβλημένης ρύθμισης. Βλ. σχετικά Σ. Κόκκινος, Ο νόμος 4072/2012 και το εταιρικό δίκαιο - Η αφανής εταιρεία και η κοινοπραξία αντιμέτωπες με τον νομοθέτη, Αρμ 2013, 1442 επ., Κ. Παμπούκης, Νομική προσωπικότητα - ανακίνηση μιας παλιάς συζήτησης, ΕπισκεΔ 2012, 805, Π. Παναγιώτου, Το νομοθετικό πρόβλημα της αναγνώρισης ουσιαστικής αυτοτέλειας στην αδημοσίευτη ομόρρυθμη εταιρεία και στην κοινοπραξία, ΝοΒ 2013, 2106 επ., Γ. Σωτηρόπουλος, Θέματα διαχείρισης και εκπροσώπησης της ομόρρυθμης και ετερόρρυθμης εταιρείας - Σύγχρονες σκέψεις σε ορισμένα θεμελιώδη ζητήματα του δικαίου των προσωπικών εμπορικών εταιρειών μετά το Ν. 4072/2012, ΔΕΕ 2013, 196 επ., Σ. Ψυχομάνης, Οι επελθούσες με το Ν. 4072/2012

και απεριφραστα πλέον ως κατ' αρχήν εταιρεία χωρίς νομική προσωπικότητα¹⁷⁰. Σύμφωνα μάλιστα με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 1, εφόσον η κοινοπραξία καταχωρηθεί στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο (εφεξής «Γ.Ε.ΜΗ.»)¹⁷¹ ή εμφανίζεται στις συναλλαγές προς τα έξω και άρα θα πρόκειται για εξωτερική αστική εταιρεία κατά την ανάλυση που προηγήθηκε, απονέμεται *de lege lata* πλέον σε αυτήν, ως ένωση προσώπων, ικανότητα δικαίου και πτωχευτική ικανότητα. Το τελευταίο δε αντιδιαστέλλοντας προφανώς την ικανότητα δικαίου σε σχέση με την απόκτηση νομικής προσωπικότητας¹⁷² εκ μέρους της κοινοπραξίας, ως ένωσης προσώπων.

Ακολουθως, με την παρ. 2 του άρθρου 293, επαναδιατυπώθηκε ο κανόνας που γίνονταν ήδη δεκτός από τη θεωρία και τη νομολογία. Ειδικότερα, ορίστηκε ότι στις περιπτώσεις «γνήσιων» κοινοπραξιών που έχουν συσταθεί με μοναδικό σκοπό τον συντονισμό της δραστηριότητας των μελών τους, ισχύουν οι διατάξεις για την αστική εταιρεία, αναλογικά εφαρμοζόμενες. Παράλληλα, βάσει του δεύτερου εδαφίου της παρ. 2, παρέχεται στα συμβαλλόμενα μέρη η δυνατότητα να προβλέπουν στη μεταξύ τους σύμβαση κοινοπραξίας, ότι για τις υποχρεώσεις της τελευταίας έναντι τρίτων, θα ισχύει ο κανόνας της αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης των κοινοπρακτούντων μελών. Περαιτέρω, η παρ. 3 του άρθρου 293 ορίζει ότι εφόσον η κοινοπραξία ασκεί εμπορική δραστηριότητα, καταχωρίζεται υποχρεωτικά στο Γ.Ε.ΜΗ. και εφαρμόζονται ως προς αυτήν αναλόγως οι διατάξεις για την ομόρρυθμη εταιρεία¹⁷³, ενώ οι διατάξεις των παρ. 1-3 εφαρμόζονται και σε όλες τις ειδικά ρυθμιζόμενες κοινοπραξίες, εκτός αν υπάρχει αντίθετη πρόβλεψη στην ειδική αυτή ρύθμιση (παρ. 4 του άρθρου 293)¹⁷⁴.

Η περαιτέρω ανάλυση των διατάξεων του άρθρου 293 του Ν. 4072/2012, εκφεύγει του πεδίου ενασχόλησης της παρούσας μελέτης.

αλλαγές στο δίκαιο των προσωπικών εταιρειών, 2012, *του ιδίου*, Δίκαιο εμπορικών εταιρειών, 2013, Ζ. Τσολακίδης, Η αναγνώριση «ικανότητας δικαίου» σε στερούμενες νομικής προσωπικότητας ενώσεις στο Ν. 4072/2012, ΧρΙδΔ 2013, 12 επ., Ν. Ρόκας, ό.π., σελ. 129 επ., *του ιδίου*, Οι ρυθμίσεις του Ν. 4072/2012 εντασσόμενες στην εξέλιξη του όλου εταιρικού δικαίου, ΝοΒ 2013, 6 επ., ιδίως 22-26. Πρβλ. και Ι. Μάρκου, Οι νέες ρυθμίσεις στο δίκαιο της κοινοπραξίας, ΕφαρμΑστΔ 2013, 838 επ., Κ. Παναγόπουλος, Ατελής ικανότητα δικαίου μορφωμάτων δίχως νομική προσωπικότητα, Ομιλία στο 11^ο Συνέδριο της Ένωσης Αστικολόγων, Πάτρα 24.04.2015, Digesta 2015, δημοσιευμένη στις ΕφαρμΑστΔ 2015, 678 και *του ιδίου*, Κοινοπραξία & Ο.Ε. δίχως νομική προσωπικότητα ως υποκείμενα του δικαίου, ΕΕμπΔ 2014, 809 επ.

¹⁷⁰ Παρά το γεγονός ότι στην αιτιολογική έκθεση του νόμου, διευκρινίζεται ότι σκοπός των προτεινόμενων διατάξεων δεν είναι η ρύθμιση της κοινοπραξίας ως ενός νέου εταιρικού τύπου, αλλά απλώς η θέση ορισμένων κανόνων που εφαρμόζονται σε αυτήν, ενόψει και της αβεβαιότητας που υπάρχει στη νομολογία και της πληθώρας των μορφών εμφάνισής της στη συναλλακτική πρακτική. Ο Ν. Ρόκας, Οι ρυθμίσεις του Ν. 4072/2012 εντασσόμενες στην εξέλιξη του όλου εταιρικού δικαίου, ΝοΒ 2013, σελ. 24, β' ημίσηλο και σελ. 25, β' ημίσηλο, αντιμετωπίζει τη νομοθετικά πλέον ρυθμιζόμενη περίπτωση της κοινοπραξίας, ως μόρφωμα που έχει μεν ικανότητα δικαίου, χωρίς να είναι «πλήρες» νομικό πρόσωπο, καταλήγοντας να τη χαρακτηρίσει ως «ατελής» νομικό πρόσωπο.

¹⁷¹ Όπως εισήχθη με τον Ν. 3419/2005 «Γενικό Εμπορικό Μητρώο (Γ.Ε.ΜΗ.) και εκσυγχρονισμός της Επιμελητηριακής Νομοθεσίας» (ΦΕΚ Α' 297/06.12.2005).

¹⁷² Πρβλ. ανωτέρω στο Κεφάλαιο Ι, 2.Α και Β της παρούσας μελέτης.

¹⁷³ Πρβλ. και άρθρο 1 του Ν. 3419/2005.

¹⁷⁴ Για τη ρύθμιση της κοινοπραξίας με το άρθρο 293 του Ν. 4072/2012, βλ. αναλυτικά Ν. Ρόκα, ό.π., σελ. 116, αριθμ. 3, Ε. Αλεξανδρίδου, ό.π., §§47-49, σελ. 189-201, Α. Σινανιώτη-Μαρούδη, ό.π., σελ. 121-123 και Α. Χαλαμπαπούλου, ό.π. με εκτενείς αναφορές σε σχετική νομολογία, βιβλιογραφία και αρθρογραφία. Πρβλ. και Ε. Καραμανάκου, εις ΔικΠροσΕτ, 2017, Παράρτημα ΙΙ, Η Αστική Εταιρεία με νομική προσωπικότητα, αριθμός 1-14.

B. Ως προς τη δικονομική υπόσταση της κοινοπραξίας.

i. Οι αρχικές προσεγγίσεις.

Κατόπιν των ανωτέρω εκτεθέντων, η θεωρητική και νομολογιακή προσέγγιση της κοινοπραξίας, ως μορφή εμπορικής συνεργασίας μεταξύ περισσότερων προσώπων, εκκινούσε από την πάγια θέση, ότι σε περίπτωση που αυτή επιδιώκει πράγματι οικονομικό σκοπό και άρα καθίσταται αυτοτελώς φορέας εμπορικής δραστηριότητας, εάν για τη σύστασή της δεν τηρηθούν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, κάποιου από τους γνωστούς στο δίκαιο, εταιρικούς τύπους και εφόσον δεν προκύπτει κάτι άλλο, δρα στις συναλλαγές, ως αδημοσίευτη, εν τοις πράγμασι (*de facto*) ομόρρυθμη εταιρεία¹⁷⁵, με όλες τις συνέπειες που απορρέουν από το γεγονός αυτό. Συγκεκριμένα, τύγχανε εφαρμογής στην κοινοπραξία το δίκαιο της ομόρρυθμης εταιρείας σε όλη του την έκταση, ως προς τη διαχείριση της εταιρείας, την ευθύνη των εταίρων, τη λύση και τις συνέπειες αυτής. Κατά την έννοια αυτή, έβρισκε εφαρμογή ο κανόνας της απεριόριστης και εις ολόκληρον ευθύνης των εταίρων¹⁷⁶, καθώς και ο κανόνας της ατομικής εκπροσώπησης, ο οποίος στη δικονομική του αντανάκλαση, οδηγούσε στο συμπέρασμα ότι τα πρόσωπα που συναποτελούν την κοινοπραξία (φυσικά ή νομικά) και όχι μόνο αυτοτελώς η ίδια, μπορούσαν να είναι διάδικοι στις διεξαγόμενες δίκες που αφορούσαν τα έννομα συμφέροντά της¹⁷⁷.

Η νομολογιακή αυτή θέση, είχε σαν αφετηρία την ορθή λογική ότι σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 62 εδάφιο β' και 64 παρ. 3 ΚΠολΔ, μιας τέτοιας μορφής εταιρεία, όπως η αδημοσίευτη κοινοπραξία που ασκεί εμπορική δραστηριότητα, έχει την ικανότητα διαδίκου και άρα μπορεί να παρίσταται στο δικαστήριο, μέσω των νομίμων εκπροσώπων της. Η αναγνωριζόμενη όμως αυτή, ικανότητα διαδίκου της κοινοπραξίας, δεν έφτανε μέχρι του σημείου να αποκλείει να καταστούν διάδικοι και τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα που την απαρτίζουν, για λόγους προστασίας των τρίτων κατά τις συναλλαγές τους με αυτήν¹⁷⁸. Παρά το γεγονός ότι η ικανότητα διαδίκου της κοινοπραξίας δεν αμφισβητήθηκε ποτέ, εντούτοις, η αντιμετώπιση της κοινοπραξίας από τα ελληνικά Δικαστήρια, όχι μόνο δεν ήταν ενιαία και ομοιόμορφη, αλλά απαρτιζόταν από ένα μωσαϊκό ποικίλων κάθε φορά ερμηνευτικών απόψεων, η οποία επέτεινε έτι περαιτέρω την ανασφάλεια γύρω και από τη δικονομική της υπόσταση¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Έτσι και Γνμδ. ΝΣΚ 223/2017 και 259/2017.

¹⁷⁶ Την απεριόριστη και εις ολόκληρον ευθύνη των μελών της κοινοπραξίας, υπό το φως των διατάξεων του Ν. 4072/2012, δέχονται αναλογικά εφαρμοζόμενη και οι *Μ.-Θ. Μαρίνος/Θ. Κατσάς*, εις ΔικΠροσΕτ, 2017, άρθρο 258, αριθμός 10, κατ' αντιδιαστολή προς *Ε. Αλεξανδρίδου*, ό.π., §49, σελ. 194-195, αριθμ. 8 και *Σ. Ψυχομάνη*, Οι επελθούσες με το Ν. 4072/2012 αλλαγές στο δίκαιο των προσωπικών εταιρειών, 2012, σελ. 184, οι οποίοι, βασιζόμενοι στη γραμματική διατύπωση της διάταξης της παρ. 3 του άρθρου 293 του Ν. 4072/2012 υποστηρίζουν την ευθεία και όχι την αναλογική εφαρμογή των σχετικών για τις Ο.Ε. διατάξεων.

¹⁷⁷ ΑΠ 1180/1995, ΕΕμπΔ 1996, 77, ΔΕΝ 1996, 22, Δ/νη 1997, 778.

¹⁷⁸ Βλ. το σκεπτικό υπό Ι. της ΑΠ 1180/1995, ΕΕμπΔ 1996, 77, ΔΕΝ 1996, 22, ΕπισκΕΔ 1995, 576 με παρατηρήσεις *Κ. Παμπούκη*, η οποία αναίρεσε την υπ' αριθμ. 2374/1994 του ΕφΑθ. Στην ίδια λογική ενδεικτικά, η ΑΠ 1266/1996, Δ/νη 1997, 1117, ΕΕμπΔ 1997, 57, ΕΕΝ 1998, 304 και η ΑΠ 1365/1992, Δ/νη 1994, 1334, ΔΕΝ 1993, 87, ΕΕμπΔ 1994, 233.

¹⁷⁹ Βλ. ενδεικτικά και την ΕφΑθ 3849/1989, ΑρχΝ 1992, 391, ΕΕμπΔ 1992, 577, η οποία δέχτηκε ότι: «...η κοινοπραξία έχει την ικανότητα να είναι υποκείμενο μόνο της διαδικασίας και όχι της έννομης σχέσης της δίκης επειδή, στο χώρο του ουσιαστικού δικαίου, η κοινοπραξία δεν αποτελεί αυθύπαρκτη νομική

ii. *Η μεταστροφή της νομολογίας με την ΑΠ (Ολομ.) 22/1998.*

Ρηξικέλευθη μεταστροφή, η οποία αντίστοιχα προκάλεσε και αναταράξεις στη δικονομική αντιμετώπιση της κοινοπραξίας, σημειώθηκε με την περιβόητη ΑΠ (Ολομ.) 22/1998¹⁸⁰. Αγνοώντας την περιρρέουσα ατμόσφαιρα, την εποχή που δημοσιεύθηκε η εν λόγω απόφαση, με μερίδα της θεωρίας και της νομολογίας¹⁸¹ να τάσσεται υπέρ της αναγνώρισης νομικής προσωπικότητας σε κοινοπραξία, για τη σύστασή της οποίας, καίτοι επιδιώκει εμπορικό σκοπό και ασκεί δημοσίως εμπορική δραστηριότητα, δεν έχουν τηρηθεί οι απαραίτητες διατυπώσεις δημοσιότητας, η ΑΠ (Ολομ.) 22/1998 φαίνεται να τήρησε μάλλον άτεγκτη και εντελώς μη πραγματιστική στάση απέναντι στη δικονομική θέση της κοινοπραξίας. Συγκεκριμένα, κρίθηκε ότι για την άσκηση προσφυγής, βάσει των διατάξεων του νόμου περί εκτελέσεως δημοσίων έργων, νομιμοποιούνται αποκλειστικά και μόνο τα φυσικά (ή και νομικά) πρόσωπα, ως μέλη της κοινοπραξίας αυτής, τα οποία κατά το άρθρο 62 εδάφιο 1 ΚΠολΔ έχουν την ικανότητα να είναι διάδικοι στη δίκη της προσφυγής. Τα μέλη λοιπόν της κοινοπραξίας και μόνο, δύνανται ταυτόχρονα να είναι και υποκείμενα της επίδικης ουσιαστικής έννομης σχέσεως και όχι η μη έχουσα νομική προσωπικότητα κοινοπραξία, παρά την άσκηση δημόσιας εμπορικής δραστηριότητας εκ μέρους της.

Κατά το σκεπτικό της ίδιας απόφασης, το άρθρο 62 εδάφιο 2 του ΚΠολΔ αναγνωρίζει σε εταιρείες χωρίς νομική προσωπικότητα, όπως εν προκειμένω, μία κοινοπραξία, μόνο τη δικονομικού χαρακτήρα ικανότητα να ενάγουν ή να ενάγονται¹⁸². Στην περίπτωση όμως αυτή, η κοινοπραξία δεν αποκτά εξ αυτού του γεγονότος, νομική προσωπικότητα και δεν μπορεί να αναγνωρίζεται από το δίκαιο, αυτοτελώς ως υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων. Αντιθέτως, διατηρεί απλώς την ικανότητα να είναι διάδικος κατ' άρθρο 62 ΚΠολΔ, καθιστάμενη μεν υποκείμενο της δίκης ως

προσωπικότητα και επομένως δεν έχει την ικανότητα, όπως έχουν τα νομικά πρόσωπα, να είναι υποκείμενο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων που συνθέτουν την έννομη σχέση της δίκης. Έτσι υποκείμενα της δίκης είναι αποκλειστικά τα πρόσωπα που συγκροτούν την κοινοπραξία και διατηρούν την αυτοτέλειά τους, εξακολουθώντας να είναι φορείς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που απορρέουν από τις δικαιοπραξίες ή από τις έννομες γενικά σχέσεις της κοινοπραξίας με τρίτους, νομιμοποιούμενα ενεργητικώς και παθητικώς ως προς τις διαφορές που ανέκυψαν από τη δραστηριότητα της κοινοπραξίας...». Αναλυτικά Γ. Σωτηρόπουλος, ό.π., §29, αριθμ. 42 επ.

¹⁸⁰ Βλ. *Η. Αλεξόπουλο*, ό.π., *Φ. Δωρή*, ό.π., *Κ. Μπέη*, ό.π., *Κ. Παμπούκη*, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 22/1998, ΕπισκΕΔ 1998, 683, *Γ. Σωτηρόπουλο*, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 22/1998, ΕΕμπΔ 1998, 897.

¹⁸¹ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1180/1995 ΕΕμπΔ 1996, 77, ΔΕΝ 1996, 22, ΕπισκΕΔ 1995, 576 με παρατηρήσεις *Κ. Παμπούκη*, ΑΠ 1266/1996, Δ/νη 1997, 1117, ΕΕμπΔ 1997, 57, ΕΕΝ 1998, 304, ΑΠ 1365/1992, Δ/νη 1994, 1334, ΔΕΝ 1993, 87, ΕΕμπΔ 1994, 233 και *Η. Αλεξόπουλο*, ό.π. Ωστόσο, οι ανωτέρω αποφάσεις φαίνεται μάλλον να επιχειρούν να αναγνωρίσουν για λόγους αυτονόητης διευκόλυνσης των συναλλαγών και δικαστικής διεκδίκησης των έννομων συμφερόντων τους, παράλληλη και συντρέχουσα με τα μέλη τους, δικονομική υπόσταση και στις κοινοπραξίες και όχι να αποδώσουν νομική προσωπικότητα σε κοινοπρακτικά σχήματα που ασκούν δημόσια εμπορική δραστηριότητα, ακόμα και αν δεν έχουν τηρηθεί για τη νόμιμη σύστασή τους, οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας. Σαφώς πάντως υπέρ της τελευταίας αυτής άποψης, ενδεικτικά, η ΕφΘεσσαλ 3396/1987, Αρμ 1989, 36, ΕφΑθ 10734/1986, ΑρχΝ 37, 714 και ΕφΠειρ 907/1988, ΠειρΝομολ 1988, 362.

¹⁸² ΑΠ (Ολομ.) 22/1998, Δ/νη 1998, 532, ΕΕμπΔ 1998, 782, ΕΕΝ 1998, 629, ΝοΒ 1999, 228, ΑΠ 936/2002 ΝοΒ 2003, 245, Δ/νη 2003, 1331, ΔΕΕ 2003, 539, ΧρΙΔ 2002, 817, όπως επικύρωσε την ΕφΑθ 8046/2000, ΕφΘεσσαλ 3449/2003, ΕπισκΕΔ 2004, 115 και ΑΠ 654/2010, Αρμ 2011, 1177.

διαδικασίας, όχι όμως και της δικαστικά κρινόμενης έννομης σχέσης¹⁸³. Υποκείμενα της τελευταίας παραμένουν τα μεμονωμένα μέλη της κοινοπραξίας υπό την έννοια ότι το παραγόμενο δεδικασμένο και η εκτελεστότητα μιας δικαστικής απόφασης, εξακολουθούν να ισχύουν και να δεσμεύουν μόνο τα μέλη της κοινοπραξίας¹⁸⁴, και όχι αυτοτελώς την ίδια, ως στερούμενη νομικής προσωπικότητας¹⁸⁵. Σε κάθε περίπτωση πάντως, η νομολογία δεχόταν παγίως ότι, εφόσον εναχθούν από κοινού η μη κεκτημένη νομική προσωπικότητα κοινοπραξία και ορισμένα ή/και όλα τα μέλη αυτής, δημιουργείται αναγκαστική ομοδικία μεταξύ των εναγομένων, αφού το δεδικασμένο (ή και η εκτελεστότητα) της απόφασης που θα παραχθεί έναντι της πρώτης ισχύει και έναντι των μετεχόντων σε αυτή φυσικών ή νομικών προσώπων, ήτοι των αποτελούντων αυτή μελών, κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 329 ΚΠολΔ¹⁸⁶.

Κατόπιν των ανωτέρω εκτεθέντων, η υπό κρίση απόφαση κατέληξε στο συμπέρασμα¹⁸⁷ ότι εταιρείες χωρίς νομική προσωπικότητα, ήτοι εκείνες, για τις οποίες δεν έχουν τηρηθεί οι προβλεπόμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, ακόμα και αν δρουν δημοσίως επιχειρηματικά ή λειτουργούν συναλλακτικά, με συνέπεια να εμφανίζονται προς τα έξω ως «ανώμαλες» ή *de facto* (αδημοσίευτες) ομόρρυθμες εταιρείες, δεν αποκτούν ενόψει αυτού του γεγονότος, ικανότητα δικαίου, καθώς δεν αναπληρώνονται οι συνέπειες της τήρησης των διατυπώσεων δημοσιότητας και απλώς διατηρούν τη δικονομικού χαρακτήρα ιδιότητα, να ενάγουν ή να ενάγονται. Κατά την ανωτέρω έννοια, το Δικαστήριο προέβη σε μία σαφή διάκριση μεταξύ των προϋποθέσεων του παραδεκτού για τη δικονομική εκπροσώπηση της κοινοπραξίας, ήτοι εκείνη της νομιμοποίησής της (ενεργητικής και παθητικής) ως φορέας της επίδικης έννομης

¹⁸³ Βλ. σχετικά ΠΠρΑθ 5336/2009, ΕφΑθ 6420/2003, Δ 2004, 222 και ΕφΑθ 1724/1981, Αρμ 1982, 37, ΕΕμπΔ 1983, 60, με την οποία είχε κριθεί ότι η ρύθμιση των άρθρων 62, 64, 951 παρ. 1 εδάφιο 2 ΚΠολΔ είναι καθαρά δικονομικού χαρακτήρα, μη δυνάμενη να επεκταθεί και στις ουσιαστικού δικαίου σχέσεις των μελών της ένωσης με αυτήν και με τρίτους.

¹⁸⁴ Βλ. και Β. Βαθρακοκόλη, Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, 2012, άρθρο 62.

¹⁸⁵ Μάλιστα η ΑΠ (Ολομ.) 22/1998, επιχειρώντας να ενισχύσει τη μείζονα πρότασή της, έκρινε ότι: «...ικανότητα να είναι υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων από τη σύμβαση εκτελέσεως δημόσιου τεχνικού έργου δεν αναγνωρίζεται στη στερούμενη νομικής προσωπικότητας κοινοπραξία ούτε από τις διατάξεις περί εκτελέσεως δημοσίων έργων, αφού τα άρθρα 17 παρ. 3 και 35 του Πρ. Δ/τος 609/1985, που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 18 Ν. 1418/1984 «περί εκτελέσεως δημοσίων έργων» για τη ρύθμιση κάθε θέματος που αναφέρεται στην κατάρτιση και εκτέλεση των συμβάσεων κατασκευής δημοσίων έργων καθώς και «των υποχρεώσεων των κοινοπρακτούντων αναδόχων», εφαρμόζεται δε και επί των δημοσίων έργων που εκτελούνται από τους Οργανισμούς Τοπικής αυτοδιοικήσεως (άρθρο 21 παρ. 5 του Πρ. Δ/τος 171/1987), αναφέρονται μόνο στα απαρτίζοντα την κοινοπραξία πρόσωπα.»

¹⁸⁶ Πρβλ. και ΕφΑθ 9482/2001, Δ/νη 2004, 183, ΕφΛαρ 198/2014, Δικογραφία 2014, 731, ΕφΑθ 6721/2004, Δ/νη 2005, 528 και ΠΠρΑθ 545/2012. Βλ. Κ. Παμπούκη, Νομική φύση της «κοινοπραξίας» και σχέσις αυτής προς τα μέλη της (Γνμδ.), Αρμ 1976, 368, του ιδίου Κοινοπραξία προς εκτέλεση δημόσιου έργου (Γνμδ.), Δ/νη 1994, 65, ΑΠ 1365/1992, Δ/νη 1994, 1334, ΔΕΝ 1993, 87, ΕΕμπΔ 1994, 233, ΕφΘεσαλ. 961/1983, Αρμ 1984, σελ. 126, ΕΕμπΔ 1984, 253, ΕφΘεσσαλ 1261/1979 Αρμ, 239, ΕφΑθ 3486/2002 Δ/νη 2003, 221, ΑΠ 1266/1996, Δ/νη 1997, 1117, ΕΕμπΔ 1997, 57, ΕΕΝ 1998, 304 και ΑΠ 1180/1995 ΕΕμπΔ 1996, 77, ΔΕΝ 1996, 22, ΕπισκΕΔ 1995, 576 με παρατηρήσεις Κ. Παμπούκη. Έτσι και Δ. Κονδύλης, Το δεδικασμένο κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2^η Έκδοση, 2007, σελ. 348.

¹⁸⁷ Για τη δριμεία κριτική που ασκήθηκε από μερίδα της θεωρίας ως προς την αντιφατικότητα των πορισμάτων της συγκεκριμένης απόφασης, αλλά και τα πρακτικά αδιέξοδα που δημιουργούσε, βλ. Ν. Ρόκα, Εμπορικές Εταιρείες, 6^η Έκδοση, 2008, σελ. 146, Φ. Δωρή, ό.π., Κ. Μπέη, ό.π., 234, Κ. Παμπούκη, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 22/1998, ΕπισκΕΔ 1998, 683.

σχέσης και της αντίστοιχης ικανότητάς της να είναι διάδικος¹⁸⁸. Η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου (εφεξής «ΑΠ») έκρινε ότι οι κοινοπραξίες, ως μορφώματα χωρίς νομική προσωπικότητα έχουν το δεύτερο, αλλά όχι το πρώτο. Τούτων δοθέντων, ως αυτόθροη συνέπεια των εξαχθέντων πορισμάτων της ΑΠ (Ολομ.) 22/1998 θα έπρεπε κάθε ένδικο βοήθημα της κοινοπραξίας προς τρίτο και αντιστρόφως να απορρίπτεται ως απαράδεκτο, λόγω έλλειψης νομιμοποίησης αυτής, εκτός εάν στο δικόγραφο αναφέρονταν και τα μέλη αυτής¹⁸⁹.

iii. Η αντίθετη ΑΠ (Ολομ.) 14/2007.

Παρά τις όποιες μεμονωμένες αντίθετες αποφάσεις¹⁹⁰, τα πορίσματα της προαναφερθείσας απόφασης, αγνοώντας την κριτική που δέχτηκαν από σημαντική μερίδα της θεωρίας, φάνηκε για σχεδόν μία δεκαετία να παγιώνονται¹⁹¹. Έτσι, χρειάστηκε να φτάσουμε στο 2007, όταν ο ΑΠ, με την αντίθετη και ορθότερη απόφασή του¹⁹² έκρινε ότι, με σκοπό τη δικονομική διευκόλυνση των συναλλασσομένων με την κοινοπραξία, τρίτων, οι, στερούμενες ικανότητας δικαίου, ενώσεις προσώπων, οι οποίες εξ αυτού του λόγου, δεν δύνανται να είναι αυτοτελώς φορείς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, έχουν εντούτοις τη δυνατότητα να είναι διάδικοι και να παρίστανται στο δικαστήριο με τα πρόσωπα εκείνα που, σύμφωνα με το καταστατικό τους, τις

¹⁸⁸ Συνολικά για τα πραγματικά περιστατικά και το εν γένει περιεχόμενο της ΑΠ (Ολομ.) 22/1998 βλ. αναλυτικά *Α. Χαραλαμποπούλου*, ό.π., σελ. 16 επ., *Α. Χειμώνας*, ό.π., σελ. 56 επ., *Α. Σιαφαρίκα*, ό.π., σελ. 9 επ., *Κ. Παναγόπουλο*, Ατελής ικανότητα δικαίου μορφωμάτων δίχως νομική προσωπικότητα, Ομιλία στο 11^ο Συνέδριο της Ένωσης Αστικολόγων, Πάτρα 24.04.2015, *Digesta 2015*, δημοσιευμένη στις ΕφαρμΑστΔ 2015, 678 και ιδιαίτερα υποσημειώσεις 28 και 33 και *Ι. Πισίνα*, Η δικονομική μεταχείριση των ενώσεων προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Πολιτική Δικονομία και Εργατικό Δίκαιο, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2018-2019, σελ. 21-25.

¹⁸⁹ Βλ. και την ανάλυση που προηγήθηκε στο Κεφάλαιο Ι της παρούσας, υπό 2. Β, σχετικά με τη δικονομική υπόσταση των ενώσεων προσώπων, οι οποίες δεν διαθέτουν νομική προσωπικότητα. Για την κριτική μεταξύ άλλων στο οξύμωρο δικονομικό σχήμα, στο οποίο οδηγεί η ΑΠ (Ολομ.) 22/1998, βλ. *Κ. Μπέη*, ό.π., *Κ. Καλαβρό*, Πολιτική Δικονομία, Γενικό μέρος: Διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, Δ' Έκδοση 2016, σελ. 924 και 932, *Χ. Απαλαγάκη* σε *Κ. Μακρίδου/Χ. Απαλαγάκη/Γ. Διαμαντόπουλο*, Πολιτική Δικονομία. Επικαιροποιημένη και με το Ν. 4512/2018, Θεωρία – Νομολογία – Υποδείγματα, 2^η Έκδοση, 2018, σελ. 199 επ., *Ε. Ποδηματά*, Ικανότητα δικαίου χωρίς νομική προσωπικότητα; Σκέψεις για τις ρυθμίσεις των §§2-3 άρθρ. 251 Ν. 4072/2012 και την δογματική ένταξή τους στο ουσιαστικό και δικονομικό πεδίο, σε *ΕΕΔ/Δικηγορικός Σύλλογος Πατρών*, Ενώσεις προσώπων και λοιπές οντότητες στην πολιτική δίκη, Πρακτικά του 40^{ου} Πανελληνίου Συνεδρίου ΕΕΔ (2015), 2016 σελ. 21, *Α. Πλεύρη*, ό.π., σελ. 74 επ., *Ε. Κιουπταΐδου-Στρατουδάκη*, Νομιμοποίηση ενώσεων προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα, σε *ΕΕΔ/Δικηγορικός Σύλλογος Πατρών*, Ενώσεις προσώπων και λοιπές οντότητες στην πολιτική δίκη, Πρακτικά του 40^{ου} Πανελληνίου Συνεδρίου ΕΕΔ (2015), 2016, σελ. 93 επ.

¹⁹⁰ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1325/2002, ΕΕμπΔ 2002, 822, η οποία αποφάνθηκε ότι: «*Αν συνεπώς η ανωμάλως συσταθείσα αυτή εταιρεία ανέπτυξε φανερή συναλλακτική δραστηριότητα, η ακυρότητα καλύπτεται για το παρελθόν έναντι των τρίτων, ως προς τους οποίους αποκτά νομική προσωπικότητα.*»

¹⁹¹ ΕφΠειρ 754/2001, ΔΕΕ 2001, 1241, ΑΠ 936/2002, ΝοΒ 2003, 245, Δ/νη 2003, 1331, ΔΕΕ 2003, 539, ΧρΙΔ 2002, 817, όπως επικύρωσε την ΕφΑθ 8046/2000, ΕφΑθ 6766/2005, ΔΕΕ 2006, 56 και ΕφΑθ 176/2007, Δ/νη 2007, 907, ΕπισκΕΔ 2007, 536.

¹⁹² ΑΠ (Ολομ.) 14/2007, ΔΕΕ 2007, 932, παρατηρήσεις *Ε. Πουρνάρα* στην ΟΛΑΠ 14/2007, ΕΕμπΔ 2007, 817, *Κ. Μπέη*, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 14/2007, Δ 2007, 1207, *Δ. Σκαρίπα*, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 14/2007, ΝοΒ 2007, 2409, όπως παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια με την ΑΠ 1511/2006 και εν τέλει, ανείρεσε την ΕφΠειρ 412/2004. Την ίδια γραμμή ακολούθησαν ενδεικτικά και οι ΕφΑθ 3263/2008, ΕφΘεσσαλ 114/2008, ΕπισκΕΔ 2008, 270 με εισαγωγικό σημείωμα *Κ. Παμπούκη*, ΕφΠατρ 56/2009, ΑχΝομ 2010, 276, ΑΠ 241/2010, ΕπισκΕΔ 2011, 63, Δ/νη 2011, 1364 και ΑΠ 680/2014. Βλ. σχετικά και *Κ. Καλαβρό*, Διάδικοι χωρίς νομική προσωπικότητα στην πολιτική δίκη, ΧρΙΔ 2003, σελ. 289.

αντιπροσωπεύουν ή έχουν εξουσιοδοτηθεί να διαχειρίζονται τις υποθέσεις τους. Συναφώς, αποφάνθηκε ο ΑΠ ότι εφόσον απονεμήθηκε από τον νομοθέτη στις εν λόγω εταιρείες και ενώσεις προσώπων η ικανότητα να είναι διάδικοι, είναι αυτονόητο ότι αυτές θα πρέπει να μπορούν να καθίστανται και φορείς των κατ' ιδίαν δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μετεχόντων σε αυτές, μελών. Συνεπεία τούτου, δέχτηκε κατ' επέκταση η Ολομέλεια του ΑΠ ότι οι εν λόγω ενώσεις, ασφαλώς νομιμοποιούνται να ενάγουν και να ενάγονται ως προς τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μελών τους¹⁹³.

Ομοίως, στο ίδιο πνεύμα, κρίθηκε εν τέλει, ότι από τη συνδυαστική ανάγνωση των επίμαχων διατάξεων του ΚΠολΔ, για το κύρος του δικογράφου δεν απαιτείται να αναφέρονται τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα που απαρτίζουν την κοινοπραξία, ούτε το ποσοστό συμμετοχής του καθενός στο επίδικο ουσιαστικό δικαίωμα και ανεξαρτήτως του γεγονότος αν αυτή βρίσκεται στη θέση του ενάγοντος ή εκείνη του εναγόμενου, αλλά αρκεί η μνεία της επωνυμίας της, κατά τρόπο που να μην προκαλείται αμφιβολία ως προς την ταυτότητά της. Η υπό κρίση απόφαση, αν και με αμφισβητούμενης σταθερότητας και μάλλον αντιφατική θεμελίωση¹⁹⁴, επιχείρησε να συνδέσει για λόγους εξυπηρέτησης των συναλλαγών, τη δικονομική ικανότητα να παρίσταται ως διάδικος η ίδια η κοινοπραξία, με την ουσιαστικού δικαίου πτυχή, να είναι αυτή και φορέας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μελών που την απαρτίζουν, προκειμένου να μπορέσει αυτοτελώς να προασπίσει αυτά ενώπιον του δικαστηρίου. Η ανωτέρω δε απονομή ικανότητας δικαίου στην κοινοπραξία, επ' ευκαιρία της παρουσίας της ως διαδίκου, κρίθηκε επιβεβλημένη, ώστε, παρά την ενδεχόμενη έλλειψη νομικής προσωπικότητας αυτής, να μην επέρχεται αχρείαση και *contra legem* διάσπαση της έννοιας του διαδίκου. Εξάλλου, είναι σαφές ότι η αναγνώριση ικανότητας διαδίκου στην κοινοπραξία, χωρίς ουσιαστικά να μπορεί η ίδια να αναγνωρίζεται ταυτόχρονα και ως φορέας των αμφισβητούμενων εννόμων σχέσεων, θα έπληττε από κάθε άποψη τον πυρήνα της ύπαρξής της και θα απονεύρωνε την πρακτική λειτουργικότητά της, ως συναλλακτικού μορφώματος, αποδίδοντας σε αυτήν, ένα κενό περιεχομένου δικονομικό δικαίωμα, αμφίβολης χρησιμότητας¹⁹⁵.

Εν κατακλείδι και μέσα από τις νομολογιακές ζυμώσεις, όπως εκτέθηκαν αμέσως παραπάνω, το συμπέρασμα, στο οποίο κατέτειναν οι πλέον πρόσφατες αποφάσεις της Ολομέλειας του ΑΠ, ήταν ότι έστω και με διαφορετική κάθε φορά

¹⁹³ Επιρρωνύοντας τη μείζονα σκέψη της, η συγκεκριμένη απόφαση διαλαμβάνει σχετικά ότι: «Η άποψη ότι οι ανωτέρω ενώσεις και εταιρείες είναι μόνο υποκείμενα της διαδικασίας, ενώ υποκείμενα της έννομης σχέσεως της δίκης και της επίδικης έννομης σχέσεως είναι τα κατ' ιδίαν μέλη αυτών, είναι αντίθετη προς το γράμμα και το πνεύμα των ανωτέρω διατάξεων, επιπλέον δε διασπά χωρίς λόγο την καθιερωμένη τυπική έννοια του διαδίκου και εισάγει την έννοια του υποκειμένου της διαδικασίας ως έννοιας διάφορης του υποκειμένου της έννομης σχέσεως της δίκης ενώ αυτά, εφόσον ως διαδικασία νοείται το σύνολο των διαδοχικών διαδικαστικών πράξεων δια των οποίων αρχίζει, εξελίσσεται και περατούται η έννομη σχέση της δίκης, δεν μπορεί παρά να ταυτίζονται και, τέλος, καθιερώνει διάκριση μεταξύ κανόνων που ρυθμίζουν την έννομη σχέση της δίκης και κανόνων που ρυθμίζουν τη διαδικασία, η οποία, όμως, δεν απορρέει από καμία διάταξη του ΚΠολΔ.».

¹⁹⁴ Ε. Περάκης, σημειώσεις στην ΟΛΑΠ 14/2007, Δ 2007, 1212, Ε. Καστήσιος, «Η κοινοπραξία και άλλες Ενώσεις Προσώπων» σε Κ. Ρούσσο (επιμ.), Δίκαιο Νομικών Προσώπων, 2010, σελ. 615 επ.

¹⁹⁵ Βλ. *a contrario* τις ανεπιτυχείς και ατελέσφορες λύσεις, στις οποίες οδηγήθηκαν η ΕφΑθ 4379/2006, ΕπισκΕΔ 2006, 831 και η ΕφΘεσσαλ 25/2004, ΕπισκΕΔ 2004, 118.

αιτιολόγηση, σε επίπεδο πολιτικών δικών, αναγνωριζόταν τόσο στην κοινοπραξία όσο και στα μέλη αυτής, η ικανότητα να μπορούν να διεξάγουν τη δίκη αυτοτελώς. Η δε υποκείμενη έννομη σχέση από την οποία πηγάζαν τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των επιμέρους μελών, «μεταλαμπαδευόταν» και στην κοινοπραξία, παρά την έλλειψη νομικής προσωπικότητας της τελευταίας, με συνέπεια αυτή να αποκτά περιορισμένη ικανότητα δικαίου ως φορέας των αντίστοιχων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, στο πλαίσιο της ανοιγείσας δίκης.

Η ρητή νομοθετική ρύθμιση της κοινοπραξίας με το άρθρο 293 του Ν. 4072/2012, επέλυσε οριστικά τα ανωτέρω ζητήματα, υπέρ της θέσης που είχε διατυπωθεί με την ΑΠ (Ολομ.) 14/2007.

iv. Η κοινοπραξία ως φορέας δικονομικών δικαιωμάτων στο δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων.

Η ίδια αμφιταλάντευση σε ό,τι αφορά τη δικονομική θέση της κοινοπραξίας εντός του νομοθετικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, αποτυπώνεται και στις αποφάσεις των διοικητικών δικαστηρίων και του ΣτΕ. Ωστόσο, διαπιστώνεται σαφώς μικρότερη ένταση γύρω από τα εριζόμενα ζητήματα, καθώς κατά κανόνα τα διοικητικά εφετεία και το ΣτΕ¹⁹⁶ δεν είχαν καμία αναστολή να αναγνωρίσουν ότι η κοινοπραξία¹⁹⁷, εφόσον δραστηριοποιείται επιχειρηματικά, καθίσταται εν τοις πράγμασι φορέας εννόμων σχέσεων, επ' ευκαιρία της συμμετοχής της σε έναν δημόσιο διαγωνισμό και ως εκ τούτου, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι στερείται νομικής προσωπικότητας, πράγματι είναι εξοπλισμένη με ενεργητική (και παθητική) νομιμοποίηση. Κατ' επέκταση, ως υποκείμενο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων που πηγάζουν από την ιδιότητά της ως (υποψηφίου) αναδόχου δημόσιας σύμβασης έργου, νομιμοποιείται και να ασκεί προσφυγές, αιτήσεις αναστολής και ακύρωσης ενώπιον του αρμόδιου κατά περίπτωση διοικητικού οργάνου ή/και δικαστηρίου, στο πλαίσιο μιας ενδικοφανούς διαδικασίας ή μιας ανοιγείσας δίκης¹⁹⁸. Μάλιστα, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, το ζήτημα ανέκυπτε αντίστροφα

¹⁹⁶ Βλ. ενδεικτικά ΔΕφαΘ 6000/1999, ΔΔικ 2000, 857, ΔΕφαΘ 576/1989, ΔΔικ 1989, 1384, ΣτΕ (7μελής) 239/1990, Δ/νη 1990, 422, ΔΔικ 1990, 1112, ΕΔΕ 1990, 9, ΣτΕ 1884/1996, ΣτΕ 3143/1987, ΣτΕ 2840/1988, ΣτΕ 2672/1987, ΣτΕ 18/1983, ΝοΒ 1983, 1256. Αντίθετες η ΣτΕ 3725/1982, η οποία δεν δέχτηκε ενεργητική νομιμοποίηση κοινοπραξίας προς άσκηση αίτησης ακύρωσης, λόγω έλλειψης εκ μέρους της, νομικής προσωπικότητας, η ΣτΕ (Ολομ.) 1934/1998, Αρμ 1998, 879, Δ/νη 1998, 713, ΕΕμπΔ 1999, 50, ΝοΒ 1999, 502, ΑρχΝ 1998, 750, η οποία ακολουθώντας το «ρεύμα της εποχής», συνάδει απόλυτα με τα πορίσματα της ΑΠ (Ολομ.) 22/1998 και αρνήθηκε να αναγνωρίσει ικανότητα διαδικού στις αιτούσες κοινοπραξίες, λόγω έλλειψης νομικής προσωπικότητας που τους στερεί την ικανότητα να είναι φορείς εννόμων σχέσεων και άρα και των αντίστοιχων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, οι οποίες πηγάζουν από την ένδικη διαφορά, με μείζονα εντούτοις, μειοψηφία 7 Συμβούλων και ενός Παρέδρου της σύνθεσης που υποστήριξε ότι η ασκηθείσα αίτηση ακύρωσης πρέπει να θεωρηθεί ότι ασκείται παραδεκτώς, εφόσον νομιμοποιούνται προς τούτο, οι εταιρείες που απαρτίζουν τις κοινοπραξίες και η ΔΕφαΘ 909/1999, ΔΔικ 2000, 190.

¹⁹⁷ Ειδικά η κοινοπραξία εκτέλεσης δημόσιου έργου, αφού ιστορικά, η συναλλακτική αυτή μορφή εξελίχθηκε στους κόλπους της ανάθεσης εκτέλεσης συμβάσεων δημοσίων έργων.

¹⁹⁸ Θυμίζουμε τη ΣτΕ 1845/1983, Αρμ 1986, 351, η οποία ρητά αναγνώριζε δικονομικό δικαίωμα για την άσκηση αίτησης ακύρωσης και σε, στερούμενες νομικής προσωπικότητας, ενώσεις προσώπων, οι οποίες, ωστόσο, εξαιτίας της συναλλακτικής δράσης τους καθίστανται από την έννομη τάξη φορείς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων σε ορισμένο κύκλο σχέσεων ή τομέα δραστηριοτήτων, αλλά και ΔΕφαΘ 762/1988, ΔΔικ 1989, 119, βλ. ανωτέρω υποσημείωση 47.

σε σχέση με τις δίκες στα πολιτικά δικαστήρια, καθώς η σχετική ικανότητα διαδίκου, αποδιδόταν, τουλάχιστον από τα διοικητικά εφετεία, κατ' αποκλειστικότητα στην κοινοπραξία και όχι στα κοινοπρακτούντα μέλη¹⁹⁹, στα οποία σειρά δικαστικών αποφάσεων, αρνιόταν την αναγνώριση, έστω συντρέχουσας με το συνεργατικό μόρφωμα της κοινοπραξίας, ενεργητικής (ή και παθητικής) νομιμοποίησης, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος²⁰⁰.

Ενόψει της αντιφατικής αντιμετώπισης των υπό εξέταση ζητημάτων από τα διοικητικά δικαστήρια και το ΣτΕ, αλλά και με ορατό τον κίνδυνο να βρεθούν οι κοινοπραξίες, ως οικονομικοί φορείς ή/και ανάδοχοι δημοσίων συμβάσεων έργων, απογυμνωμένες από το δικαίωμα να διεκδικήσουν τη δικαίωσή τους δικαστικά για διαφορές που ανέκυπταν μέσα από τη συμμετοχή τους σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες, ανέλαβε δράση ο νομοθέτης²⁰¹, ρητά επιλύοντας το επίμαχο θέμα, προβλέποντας ότι: «*Αν ο ανάδοχος του έργου είναι κοινοπραξία, η προσφυγή ασκείται είτε από την ίδια είτε από όλα τα μέλη της, που μεταξύ τους στην περίπτωση αυτή υπάρχει αναγκαστική ομοδικία.*»²⁰².

3. Οι δικονομικές εξελίξεις για τη νομιμοποίηση της κοινοπραξίας στον τομέα των Δημοσίων Συμβάσεων σε εθνικό και ενωσιακό επίπεδο.

A. Εθνική νομολογία.

ι. Η κρατούσα άποψη.

Σε συνέχεια της ανάλυσης που προηγήθηκε και παρά τις διαφορετικές προσεγγίσεις της νομολογίας²⁰³, στην πλειοψηφία των περιπτώσεων, αναγνωριζόταν η (έστω συντρέχουσα με τα μέλη αυτής) δικονομική υπόσταση της κοινοπραξίας, με σκοπό να έχει αυτή τη δυνατότητα να ενάγει και να ενάγεται στο όνομά της και για την προάσπιση των έννομων συμφερόντων της. Συγκεκριμένα, όπως ήδη εκτέθηκε, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, η νομολογία έκανε σχεδόν παγίως δεκτό ότι, εφόσον η κοινοπραξία ως ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων, η οποία δεν έχει ιδιαίτερη νομική μορφή και δεν διαθέτει νομική προσωπικότητα, εντούτοις, δύναται ως τοιαύτη να μετέχει εν τοις πράγμασι σε διαγωνισμό διενεργούμενο για τη σύναψη δημοσίας

¹⁹⁹ Παράλληλη ενεργητική νομιμοποίηση αναγνωρίζει τόσο στα μέλη της κοινοπραξίας όσο και στην ίδια αυτοτελώς η ΣτΕ 1941/1998, σημειώνοντας στη σκέψη 3 αυτής, ότι: «*Επειδή στην άσκηση της προβλεπομένης από το άρθρο 2 § 1 του Ν. 1406/83 (Α 182) και 17 § 4 του Ν.Α. 1266/72 (Α 198) που είναι εφαρμοστέο ως εκ του χρόνου διεξαγωγής της δημοπρασίας, μετά την οποία καταρτίστηκε η από 16.5.85 σύμβαση εκτελέσεως του ως άνω δημοσίου έργου (άρθ. 21 Ν.Α. 1266/72, άρθ. 27 παρ. 1 Ν. 1418/84, άρθ. 15 Ν. 1561/85, άρθ. 61 Π.Α. 609/85), προσφυγής νομιμοποιούνται τόσο τα μέλη της Κοινοπραξίας ατομικώς, όσο και η ίδια η Κοινοπραξία, δεδομένου ότι από τις διατάξεις των άρθρων 6 παρ. 3 και 57 του εκτελεστικού του ως άνω ν.δ/τος Π.Α. 475/76 (Α 172), τα οποία ρυθμίζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των κοινοπραξιών και τον τρόπο εκπροσώπησης των έναντι του κυρίου του έργου, προκύπτει ότι οι κοινοπραξίες είναι φορείς εννόμων σχέσεων που πηγάζουν από τη νομοθεσία περί εκτελέσεως των δημοσίων έργων και συνεπώς νομιμοποιούνται στην άσκηση των σχετικών ενδίκων μέσων (πρβλ. ΣτΕ 3143/87, 239/90).*». Έτσι και ΔΕφΠειρ 87/2005.

²⁰⁰ Έτσι ενδεικτικά οι ΔΕφΑθ 354/1988, ΔΔικ 1989, 1147, ΔΕφΑθ 505/1989, Δ/νη 1990, 1144, ΔΔικ 1989, 1402, ΔΕφΠειρ 883/1989, ΔΔικ 1990, 288, ΔΕφΑθ 1922/1990, ΔΔικ 1990, 1126, ΕΔΕ 1991, 138, ΕΔΚΑ 1991, 251, ΔΕφΑθ 74/1999, ΔΔικ 2000, 392.

²⁰¹ Ν. 2940/2001 «*Αναπτυξιακά, φορολογικά και θεσμικά κίνητρα για τις επιχειρήσεις του κατασκευαστικού τομέα και άλλες διατάξεις*» (ΦΕΚ Α' 06.08.2001).

²⁰² Άρθρο 13 παρ. 8 του Ν. 1418/1984.

²⁰³ Βλ. Γ. Σωτηρόπουλο, εις ΔικΠΕ, τόμος 2, 2001, §29, αριθμ. 42 επ. και ειδικά αριθμ. 46.

σύμβασης, καθίσταται εξ αυτού του λόγου, υποκείμενο όλων των συναφών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων. Συνακόλουθα, έχει δε, κατ' εξαίρεση, την ικανότητα να είναι διάδικος στις υποθέσεις εκείνες, στις οποίες ο νόμος αναγνωρίζει αυτήν ως υποκείμενο εννόμων σχέσεων, όπως συμβαίνει με τη νομοθεσία που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση της κατασκευής δημοσίων έργων, υπό τους όρους όμως τους οποίους η συγκεκριμένη νομοθεσία θεσπίζει²⁰⁴. Συναφώς, σε αντίθεση με όσα έκαναν δεκτά τα διοικητικά εφετεία, η κρατούσα άποψη στη νομολογία του ΣτΕ, ελλείψει ρητής νομοθετικής πρόβλεψης, τουλάχιστον μέχρι την τροποποίηση της παρ. 8 του άρθρου 13 του Ν. 1418/1984 με τον Ν. 2940/2001, δεχόταν την ύπαρξη συντρέχουσας με εκείνη της κοινοπραξίας, δυνατότητα μεμονωμένων μελών της τελευταίας, να αιτηθούν δικαστικής προστασίας²⁰⁵, η οποία δεν τίθετο εν αμφιβόλω²⁰⁶.

Συνοψίζοντας τα όσα αναπτύχθηκαν διεξοδικά ανωτέρω, η δικονομική υπόσταση της κοινοπραξίας, μέχρι περίπου και το τέλος της πρώτης δεκαετίας της τρέχουσας χιλιετίας, διαμορφωνόταν ως εξής. Σε επίπεδο πολιτικών δικαστηρίων,

²⁰⁴ ΕΑ ΣτΕ 242/2002, ΣτΕ 3485/2014, ΣτΕ 3335/1998, ΣτΕ (7μελής) 239/1990, Δ/νη 1990, 422, ΔΔικ 1990, 1112, ΕΔΕ 1990, 9, ΣτΕ 2094/1990, ΣτΕ 734/2004, ΣτΕ 2840/1988, ΣτΕ 2672/1987, ΣτΕ 3143/1987, ΣτΕ 2923/1986, ΣτΕ 1666/1986, ΣτΕ 1845/1983, ΔΕφΑθ 75/1990, ΕΔΔΔΔ 1990, 454, ΔΕφΛαρ 324/2000, ΔΔικ 2001, 44 και ΔΕφΧαν 296/2000, ΔΔικ 2001, 530. Μάλιστα η ΣτΕ (Ολομ.) 971/1998, Αρμ 1996, 869, Δ/νη 1998, 1046, ΝοΒ 1999, 346 περιείχε μία μάλλον μονοδιάστατη αιτιολογία στη σκέψη 6, επιδιώκοντας βέβαια να αντιμετωπίσει τη μεταβολή στη σύνθεση των μελών της κοινοπραξίας μετά την υπογραφή της σύμβασης, κρίνοντας ότι: «Ως κοινοπραξίες δε νομιμοποιούμενες να ασκήσουν αίτηση ακυρώσεως κατά των παραπάνω πράξεων νοούνται εκείνες μόνο οι κοινοπραξίες που έλαβαν μέρος στον επίδικο διαγωνισμό και υπό τη συγκεκριμένη σύνθεση με την οποία έλαβαν μέρος, γιατί μόνο τις κοινοπραξίες αυτές αφορούν οι διάφορες πράξεις των οργάνων του διαγωνισμού και μόνο σ' αυτές μπορεί να κατακυρωθούν τελικώς τα αποτελέσματα του διαγωνισμού. Στην προκειμένη περίπτωση, μετά την υποβολή των προσφορών, ύστερα μάλιστα και από την ανακήρυξη της ως προσωρινού αναδόχου, η αιτούσα κοινοπραξία μετέβαλε τη σύνθεσή της, σύμφωνα δε με όσα έχουν πιο πάνω εκτεθεί, στο στάδιο αυτό η αιτούσα δεν μπορούσε να μεταβάλει σύνθεση και να εξακολουθεί να μετέχει στο διαγωνισμό. Συνεπώς, με τη νέα σύνθεσή της, με την οποία έχει ασκήσει και την κρινόμενη αίτηση, η αιτούσα κοινοπραξία δε νομιμοποιείται να ζητήσει την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων, επιδιώκοντας τελικώς να κατακυρωθούν στην ίδια τα αποτελέσματα του επίδικου διαγωνισμού.». Ορθότερη πάντως και περισσότερο ρεαλιστική κατά την εκτίμηση του γράφοντος, η άποψη που διατυπώθηκε από μείζονα μειοψηφία, 9 Συμβούλων που μετείχαν στη σύνθεση, με το ακόλουθο περιεχόμενο: «...η ικανότητα των κοινοπραξιών εργοληπτών δημόσιων έργων να είναι διάδικοι στην ακυρωτική δίκη δεν καταλύεται αν τροποποιείται η σύμβαση συστάσεως της κοινοπραξίας με μεταβολή των μελών της ή των ποσοστών συμμετοχής τους σ' αυτήν, διότι στην περίπτωση αυτή η μεταβολή στη σύνθεση δεν αναιρεί την ταυτότητά της ως διαδίκου στην ακυρωτική δίκη. Περαιτέρω, ούτε από το ν. 1418/1984 ούτε από το π.δ. 609/1985 αλλά ούτε από την αρχική και τη συμπληρωματική διακήρυξη της συγκεκριμένης δημοπρασίας προκύπτει ότι αποκλείεται η μεταβολή της σύνθεσης της κοινοπραξίας, η οποία έχει αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος. Τούτο, όχι μόνο διότι ελλείπει ρητή περί τούτου πρόβλεψη, που θα ήταν εν προκειμένω αναγκαία για να επέλθει η εξαιρετική συνέπεια της λήξεως των διαπραγματεύσεων με τον προσωρινό ανάδοχο, αλλά και διότι, με την κρατήσασα εκδοχή, θα ήταν εξαιρετικός δυσχερής η εκτέλεση οποιουδήποτε δημόσιου έργου από τον προσωρινό ανάδοχο όταν, όπως στην προκειμένη περίπτωση, οι διαπραγματεύσεις για την υπογραφή της σύμβασης διαρκούν μεγάλο χρονικό διάστημα (εν προκειμένω δύομισι έτη), χωρίς να είναι δυνατή, κατά το διάστημα αυτό, οποιαδήποτε, έστω και μικρής έκτασης, μεταβολή στη σύνθεση της κοινοπραξίας, ακόμη και όταν αυτή υπαγορεύεται από απρόβλεπτα περιστατικά. Εξάλλου, η μεταβολή της σύνθεσης τελεί πάντοτε υπό την αίρεση της εγκρίσεώς της από το Δημόσιο, τα συμφέροντα του οποίου με τον τρόπο αυτόν πλήρως διασφαλίζονται.».

²⁰⁵ ΣτΕ (7μελής) 2218/1992, ΣτΕ (7μελής) 1125/1998, ΣτΕ 2403/1997, ΣτΕ 3199/1998, ΣτΕ 3243/2004 σκέψη 9 και ΕΑ ΣτΕ 12/2001.

²⁰⁶ Βλ. Χ. Μητκίδη, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009, σελ. 120 και Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σελ. 643 επ.

τουλάχιστον μέχρι τη δημοσίευση της της ΑΠ (Ολομ.) 14/2007 και τη μετέπειτα ρητή νομοθετική αναγνώριση νομικής προσωπικότητας και ικανότητας δικαίου σε αυτήν, υπό την προϋπόθεση της τήρησης των όρων δημοσιότητας, η κοινοπραξία «*πάσχιζε*» να βρει ανοιχτές τις πόρτες των ελληνικών δικαστηρίων, προκειμένου να μπορέσει να προασπίσει τα έννομα συμφέροντά της, παριστάμενη «*επ' ιδίω ονόματι*». Ειδικά, υπό το φως των κριθέντων με την ΑΠ (Ολομ.) 22/1998 και την αδιανόητη διάσπαση της ικανότητας διαδίκου σε βάρος της διευκόλυνσης των συναλλαγών της κοινοπραξίας με τους τρίτους, αναγνωριζόταν αποκλειστικά στα μέλη της ενεργητική και παθητική νομιμοποίηση ως φορείς των έννομων σχέσεων αυτής, ώστε να παρίστανται ως διάδικοι σε δίκες που αφορούσαν διαφορές από τη δράση που ανέπτυξε η κοινοπραξία.

Στον αντίποδα, στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, η νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων και του ΣτΕ παρουσίαζε ουσιώδη διαφοροποίηση και διαμορφωνόταν ως ακολούθως, κυμαινόμενη μεταξύ της πλήρους αναγνώρισης ικανότητας διαδίκου και μάλιστα, αποκλειστικά και μόνο στην κοινοπραξία και της απόλυτης άρνησης ικανότητας παράστασης «*επ' ιδίω ονόματι*» στην τελευταία, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος αυτής. Ειδικότερα, σε κάποιες – λίγες – περιπτώσεις, διαπιστώθηκε κατηγορηματικά η ύπαρξη συντρέχουσας ενεργητικής και παθητικής νομιμοποίησης κοινοπρακτούντων μελών και κοινοπραξίας, χωρίς πάντως, κατά γενική ομολογία, να αμφισβητείται η ικανότητα αμφοτέρων να παρασταθούν στο δικαστήριο, προασπίζοντας τα συμφέροντα της κοινοπραξίας, ενώ τέλος, υπήρχαν, όπως ήδη ειπώθηκε και μεμονωμένες περιπτώσεις αποφάσεων του ΣτΕ και των διοικητικών εφετείων που ταυτίζονταν με την αρχική περιοριστική προσέγγιση της ΑΠ (Ολομ.) 22/1998 και αρνήθηκαν συλλήβδην την απόδοση ικανότητας διαδίκου στην κοινοπραξία, εξαιτίας της έλλειψης νομικής προσωπικότητας.

Στην ίδια λογική, πληθώρα αποφάσεων των διοικητικών εφετείων της χώρας μας, ακολουθούσαν αντίστροφη πορεία από τα πολιτικά δικαστήρια, αναγνωρίζοντας με σχετική ευχέρεια, την ικανότητα διαδίκου της κοινοπραξίας, φτάνοντας όμως μέχρι του σημείου να αποκλείουν τη δικονομική παρουσία των μελών της, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος αυτών, θεωρώντας ότι αποκλειστικός φορέας των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων από την επιχειρηματική δραστηριότητα της κοινοπραξίας, παρέμενε η ίδια και μόνο. Ωστόσο, με μία δικαιολογημένη πραγματιστική προσέγγιση, προσανατολισμένη στις αληθείς ανάγκες των συναλλαγών, οι οποίες και γέννησαν το μόρφωμα της κοινοπραξίας, η συντριπτική πλειοψηφία των αποφάσεων του ΣτΕ, εφόσον από το κανονιστικό πλαίσιο, εντός του οποίου ανέπτυξε τη δράση της, όπως χαρακτηριστικά ήταν εκείνο της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η ίδια καθίστατο εν τοις πράγμασι φορέας εννόμων σχέσεων και άρα συνεπακόλουθα, ήταν αναγκαίο να διεκδικήσει τη δικαίωσή της, μέσω της δικαστικής οδού, δεν αρνήθηκαν την απόδοση της ιδιότητας του διαδίκου στην κοινοπραξία. Μάλιστα, η κρατούσα άποψη, όπως αποτυπωνόταν στις αποφάσεις του ΣτΕ έκανε δεκτή, παράλληλη με αυτήν της κοινοπραξίας, ικανότητα διαδίκου και στα μέλη αυτής.

ii. *Η μεταστροφή της νομολογίας με τις ΣτΕ (Ολομ.) 605 και 606/2008.*

Τα φαινομενικά, κατά τα ανωτέρω, «λιμνάζοντα» νερά, στα οποία «έπλεαν» τα δικονομικά δικαιώματα και δη η ικανότητα διαδίκου της κοινοπραξίας, αλλά και των συμπραττόντων οικονομικών φορέων που μετείχαν σε αυτήν, ήρθαν να ταράζουν δύο αποφάσεις της Ολομέλειας του ΣτΕ²⁰⁷ του 2008. Με τις υπό κρίση αποφάσεις του, το ΣτΕ μετέβαλε την πάγια θέση του και με μία εκτενή αιτιολογία στη σκέψη 8 αμφοτέρων των εν λόγω αποφάσεων²⁰⁸, απεφάνθη ότι μεμονωμένα μέλη της κοινοπραξίας δεν θεμελιώνουν έννομο συμφέρον προς άσκηση αίτησης ακύρωσης, αφού μόνο στην κοινοπραξία, ως φορέα των εννόμων σχέσεων που πηγάζουν από τη συμμετοχή της σε μία διαγωνιστική διαδικασία, μπορεί νομίμως να κατακυρωθεί το αντικείμενο του διαγωνισμού.

Συγκεκριμένα, κρίθηκε ότι με βάση το κανονιστικό πλαίσιο που ήταν εφαρμοστέο στον επίμαχο διαγωνισμό, ήταν πράγματι κατ' εξαίρεση επιτρεπτή η συμμετοχή σε αυτόν κοινοπραξίας²⁰⁹, με την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της. Συνεπεία τούτου, άμεσο υποκείμενο του ουσιαστικού δικαιώματος, για την προστασία του οποίου αναγνωρίζεται και το σύστοιχο δικονομικό δικαίωμα άσκησης αίτησης ακυρώσεως που στρέφεται κατά πράξης, ενταγμένης στη διαδικασία σύναψης δημοσίας σύμβασης, όπως στην προκειμένη περίπτωση, θεωρείται αποκλειστικά και μόνο η κοινοπραξία, η οποία διεκδίκησε μέσω της συμμετοχής της στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία, την ανάληψη της συγκεκριμένης σύμβασης και η οποία, κατά λογική και νομική αναγκαιότητα ήταν η μόνη που μπορούσε, ως συμμετέχων οικονομικός φορέας, να ανακηρυχθεί ανάδοχος.

Επιπρόσθετα, έκρινε το ΣτΕ ότι τα κοινοπρακτούντα μέλη δεν διαθέτουν αυτοτελώς, τέτοιο ουσιαστικό δικαίωμα, η δε βλάβη τους από πράξεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες εκδίδονται στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίας σύμβασης είναι μόνο έμμεση και άρα παρακολουθηματική της βλάβης που τυχόν υφίσταται η κοινοπραξία. Ως εκ τούτου, το έννομο συμφέρον των επιμέρους μελών της κοινοπραξίας, τελεί σε σχέση εξάρτησης και είναι άμεσα συνδεδεμένο με το δικονομικό δικαίωμα για την άσκηση αίτησης ακύρωσης εκ μέρους της κοινοπραξίας και ενεργοποιείται αυτοτελώς για έκαστο εξ αυτών (δηλαδή όχι από κοινού με τους λοιπούς κοινοπρακτούντες), μόνο εάν η τελευταία ασκήσει κατά των βλαπτικών για αυτήν, πράξεων της αναθέτουσας αρχής, αίτηση ακυρώσεως. Αυτό δε είναι συνεπές με την προαναφερθείσα παραδοχή, ότι άμεσο έννομο συμφέρον να διεκδικήσει την ακύρωση των πράξεων της αναθέτουσας αρχής κατά το προσυμβατικό στάδιο, έχει αποκλειστικά και μόνο η ίδια η κοινοπραξία, αφού αυτή είναι που υπέβαλε προσφορά

²⁰⁷ ΣτΕ (Ολομ.) 605/2008, παρατηρήσεις Α. Τζέλλον και Γ. Μάτσου, Αρμ 2008, 1406, ενημερωτικό σημείωμα Κ. Σαμαρτζή, ΝοΒ 2008, 1045, ΘΠΔΔ, Τεύχος 10-11/2008, σελ. 1237 και ΣτΕ (Ολομ.) 606/2008. Βλ. και Π. Δέγλερη, Δίκαιο Προμηθειών και Υπηρεσιών Δημοσίου, Τόμος ΙΙ, 2009, σελ. 220.

²⁰⁸ Και στις δύο αποφάσεις ωστόσο, αντιτάχθηκε ισχυρή μειοψηφία 14 Συμβούλων, υπέρ της οποίας τάχθηκαν και οι Πάρεδροι της σύνθεσης.

²⁰⁹ «...η οποία δεν έχει νομική προσωπικότητα, καθώς και των εταιρειών- μελών της στην ακυρωτική δίκη, οι κοινοπραξίες και τα μέλη τους δικαιούνται να διεξάγουν την δίκη μόνον με τη συγκεκριμένη σύνθεση, υπό την οποία έλαβαν μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό, διότι μόνον στις κοινοπραξίες αυτές αφορούν οι διάφορες πράξεις του διαγωνισμού και μόνον σε αυτές μπορεί να κατακυρωθούν, τελικώς, τα αποτελέσματα του διαγωνισμού. [...]» και υπό αυτή την έννοια, επαναδιατυπώθηκε η μονοδιάστατη κρίση της ΣτΕ (Ολομ.) 971/1998, Αρμ 1996, 869, Δ/νη 1998, 1046, ΝοΒ 1999, 346, η οποία επίσης είχε βρει σθεναρή αντίσταση από ισχυρή μειοψηφία (βλ. ανωτέρω υποσημείωση 204 της παρούσας).

και όχι τα επιμέρους μέλη αυτής και κατ' επέκταση σε αυτήν και μόνο μπορεί να κατακυρωθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και όχι μεμονωμένα σε κάποιο εξ αυτών.

Περαιτέρω, αιτιολόγησε το ΣτΕ, αυτή του την κρίση, επισημαίνοντας ότι τα μέλη μιας κοινοπραξίας, επιλέγοντας οικειοθελώς να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά από κοινού, ως συμπράττοντες σε ένα *stricto sensu* «συμμετοχικό» σχήμα και όχι σαν μεμονωμένοι οικονομικοί φορείς²¹⁰, δεν έχουν πλέον δικονομική αυτοτέλεια, αλλά δύνανται να μετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία και, κατά συνεκδοχή, στις αντίστοιχες δικαστικές αμφισβητήσεις εξ αφορμής αυτής της συμμετοχής, μόνο μέσω του συγκεκριμένου, επιλεγέντος συμμετοχικού σχήματος της κοινοπραξίας, ήτοι αποκλειστικά από κοινού. Έτι περαιτέρω δε, υπογράμμισε το ΣτΕ ότι ακόμα και αν μεμονωμένα μέλη της κοινοπραξίας επιτύγχαναν την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, έχοντας ασκήσει αυτοτελώς και ανεξάρτητα από τους λοιπούς οικονομικούς φορείς που μετείχαν στο κοινοπρακτικό σχήμα, το ένδικο βοήθημα της αίτησης ακύρωσης, η δικαίωσή τους αυτή από το δικαστήριο, θα καθίστατο εν τέλει όλως αλυσιτελής και άρα μη ωφέλιμη για τον ή τους αιτούντες, διότι σε κάθε περίπτωση, δεν θα ήταν πλέον δυνατή, η ανάληψη από αυτούς, του συγκεκριμένου έργου, ακόμη και αν ακυρωνόταν η προσβαλλόμενη πράξη.

Το αναμφισβήτητο γεγονός παρέμενε ότι, η ανωτέρω περιγραφόμενη κρίση του ΣτΕ, συνιστούσε στροφή 180° σε σχέση με τα παραδοσιακά γενόμενα δεκτά ως προς τη νομιμοποίηση και των μελών μιας κοινοπραξίας²¹¹. Εντούτοις, αφενός η αντίθεση με τις εξελισσόμενες νομολογιακές ζυμώσεις σε επίπεδο ΔΕΕ, όπως θα δούμε κατωτέρω, αλλά και η διατύπωση ισχυρής αντίθετης μειοψηφίας που υποδείκνυε τουλάχιστον αμφιβολία για την ορθότητα των διαλαμβανόμενων κρίσεων των επίμαχων αποφάσεων, οδήγησε το ΣτΕ στο να αναβάλλει την οριστική κρίση επί των εξεταζόμενων υποθέσεων και συνάμα να διατυπώσει σειρά προδικαστικών ερωτημάτων στο ΔΕΕ. Χαρακτηριστικό δε της αμηχανίας που προκάλεσαν οι συγκεκριμένες αποφάσεις του ΣτΕ, είναι ότι σειρά έτερων αποφάσεων, απείχαν από την κρίση τους, εν αναμονή της απάντησης του προδικαστικού ερωτήματος²¹², αναβάλλοντας την οριστική εκδίκαση των φερόμενων προς κρίση ενώπιόν τους, υποθέσεων²¹³.

²¹⁰ Πρβλ. σχετικά την ανάλυση στην εισαγωγή της παρ. 3 του Κεφαλαίου Ι της παρούσας μελέτης αναφορικά με τη φύση και τον χαρακτήρα των «εν στενή εννοία» συμμετοχικών σχημάτων και το γεγονός ότι οι συμμετέχοντες σε αυτά οικονομικοί φορείς, απεμπολούν κατά κάποιο τρόπο, την αυτοτέλειά τους και εκχωρούν «κυριαρχικά δικαιώματά» τους στον ενιαίο φορέα με σκοπό την ανάδειξη αυτού του τελευταίου και μόνο σε τελικό μειοδότη, όπως αναπτύχθηκαν για την ένωση οικονομικών φορέων και ισχύουν *mutatis mutandis* και για την κοινοπραξία.

²¹¹ Η. Αλεξόπουλος, Η ενεργητική νομιμοποίηση διαδίκου στις δίκες των κοινοπραξιών μετά τον Ν. 4072/2012, Δ/νη 2017, 956, Χ. Μητκίδης, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009, σελ. 120.

²¹² Ενδεικτικά ΣτΕ 2807/2008, ΣτΕ 1788/2008 και όμοιες οι ΣτΕ 1789-1793/2008, ΣτΕ 3348/2009, ΣτΕ 3655/2010.

²¹³ Η ακριβής διατύπωση, βάσει της οποίας το ΣτΕ ανέβαλε την οριστική του κρίση είναι η ακόλουθη: «Ι. Εφόσον γίνεται δεκτό ότι δεν αντίκειται, κατ' αρχήν, στο Κοινοτικό Δίκαιο, ειδικότερα δε στις διατάξεις της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, εθνική διάταξη, κατά την οποία μόνον το σύνολο μελών κοινοπραξίας, χωρίς νομική προσωπικότητα, η οποία μετέσχε ανεπιτυχώς σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, μπορεί να ασκήσει ένδικα βοηθήματα κατά της κατακυρωτικής πράξεως, όχι δε και μεμονωμένα μέλη της,

Πέρα από το φλέγον ζήτημα του αν τελικά μόνο η κοινοπραξία ή και τα μέλη που την απαρτίζουν μπορούν να ασκούν τα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στο πλαίσιο μιας διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, καίριας σημασίας ήταν και το σκέλος των προδικαστικών ερωτημάτων που αφορούσε, το κατά πόσο ένα μεμονωμένο μέλος κοινοπραξίας, ως προς το οποίο, το αρχικά ασκηθέν, από όλα τα μέλη της κοινοπραξίας, ένδικο βοήθημα, απορρίφθηκε για λόγους απαραδέκτου, θα διατηρούσε ακέραιο το δικαίωμά του να στραφεί αποζημιωτικά κατά της αναθέτουσας αρχής, σε άλλο εθνικό δικαστήριο και να αξιώσει την αποζημίωση που προβλέπεται από διάταξη εθνικού δικαίου, εκτός του ρυθμιστικού πεδίου των δημοσίων συμβάσεων²¹⁴. Η απάντηση του ΔΕΕ σε αυτό το κρίσιμο ερώτημα, θα άνοιγε, όπως και πράγματι συνέβη, τον δρόμο, σε μεμονωμένα μέλη μιας συμμετέχουσας σε δημόσιο διαγωνισμό, κοινοπραξίας, ανεξάρτητα από το αν ακολουθήσουν κοινή πορεία για τη διεκδίκηση της δικαίωσής τους, επιδιώκοντας την ακύρωση πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής, ενταγμένων στο προσυμβατικό στάδιο για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, να διαχωρίσουν στο μέλλον, δικονομικά τη θέση τους, στρεφόμενοι αποζημιωτικά κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής. Η επίμαχη διάκριση, έχει τεράστιο αντίκτυπο στη συναλλακτική πραγματικότητα, καθώς φάνηκε να αντιλαμβάνεται πλήρως την πρόσκαιρη (και ενδεχομένως μόνο μερική) ταύτιση των συμφερόντων, επιχειρηματικών ή και άλλων, των συμπραττόντων μελών μιας κοινοπραξίας.

Στο περιθώριο των προδικαστικών ερωτημάτων και των πολυαναμενόμενων απαντήσεων του ΔΕΕ, παρουσιάζει μεγάλο ενδιαφέρον η κρίση που διέλαβε το ΣτΕ σε απόφασή του²¹⁵, επιλέγοντας να κρίνει επί της ουσίας, αν και τελικά, παρέπεμψε την υπόθεση προς εκδίκαση στην επταμελή σύνθεση του τμήματος του ΣτΕ, εξαιτίας των διαφορετικών απόψεων που διατυπώθηκαν επί των τεθέντων ζητημάτων.

τούτο δε ισχύει ακόμη και όταν το ένδικο βοήθημα έχει μεν αρχικώς ασκηθεί από όλα τα μέλη της κοινοπραξίας, αλλά, τελικώς, ως προς ορισμένα από αυτά προέκυψε ότι ασκείται απαραδέκτως, είναι, περαιτέρω, από πλευράς εφαρμογής της ως άνω οδηγίας, αναγκαίο να εξετασθεί, προκειμένου να απαγγελθεί το ως άνω απαράδεκτο, κατά πόσον τα μεμονωμένα αυτά μέλη διατηρούν, μετά ταύτα, ή όχι το δικαίωμα να διεκδικήσουν σε άλλο εθνικό δικαστήριο την αποζημίωση που τυχόν προβλέπεται από διάταξη του εθνικού δικαίου;

2. Όταν με πάγια νομολογία εθνικού δικαστηρίου γινόταν δεκτό ότι μπορεί και μεμονωμένο μέλος κοινοπραξίας να ασκεί παραδεκτώς ένδικο βοήθημα κατά πράξεως, εντεταγμένης σε διαδικασία αναθέσεως δημοσίας σύμβασης, είναι συμβατή με τις διατάξεις της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, ερμηνευομένης υπό το φως του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ, ως γενικής αρχής του κοινοτικού δικαίου, η απόρριψη ενδίκου βοηθήματος ως απαραδέκτου, λόγω μεταβολής της ως άνω πάγιας νομολογίας, χωρίς προηγουμένως να δοθεί στον ασκήσαντα το ένδικο αυτό βοήθημα η δυνατότητα να θεραπεύσει το σχετικό απαράδεκτο είτε, σε κάθε περίπτωση, η δυνατότητα να διατυπώσει, με βάση την αρχή της αντιμωλίας, τις απόψεις του σχετικά με το ζήτημα αυτό;».

²¹⁴ Όπως για παράδειγμα οι διατάξεις των άρθρων 197 και 198 ΑΚ, όπως προβλέπεται πλέον στο άρθρο 373 του Ν. 4412/2016. Η αντίστοιχη διάταξη που απασχόλησε το δικαστήριο της κύριας δίκης και επί των οποίων διατυπώθηκαν τα προδικαστικά ερωτήματα ήταν το άρθρο 5 του Ν. 2522/1997 «Δικαστική προστασία κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων, κρατικών προμηθειών και υπηρεσιών σύμφωνα με την οδηγία 89/665 Ε.Ο.Κ.» (ΦΕΚ Α' 178/08.09.1997). Πρβλ. και την ταυτόσημη ρύθμιση του άρθρου 9 του Ν. 3886/2010 «Δικαστική προστασία κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων-Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21^{ης} Ιουνίου 1989 (L 395) και την Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25^{ης} Φεβρουαρίου 1992 (L 76), όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11^{ης} Δεκεμβρίου 2007 (L 335)» (ΦΕΚ Α' 173/30.09.2010), η οποία μεσολάβησε, μέχρι τη δημοσίευσή του Ν. 4412/2016.

²¹⁵ ΣτΕ 464/2010. Στην ίδια λογική, αλλά με αντίθετη μειοψηφία και η ΣτΕ 1825/1997.

Συγκεκριμένα, απεφάνθη, με αντίθετη πάντως μειοψηφία, η υπό εξέταση απόφαση, ότι δεν τίθεται ζήτημα διατύπωσης προδικαστικού ερωτήματος προς το ΔΕΕ ούτε ζήτημα έκδοσης αναβλητικής απόφασης μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από αυτό, επί των προδικαστικών ερωτημάτων της Ολομέλειας. Στο συμπέρασμα αυτό κατέληξε το δικαστήριο²¹⁶, με την αιτιολογία ότι εφόσον διαπιστώνεται, όπως στην κρινόμενη υπόθεση, ότι μια κοινοπραξία συνεστήθη υποχρεωτικά, δεδομένου ότι οι επιμέρους εταιρείες δεν θα μπορούσαν σε καμία περίπτωση από μόνες τους, είτε λόγω της τάξης του πτυχίου που διέθεταν σε συγκεκριμένη κατηγορία, είτε λόγω του ότι δεν είχαν καθόλου πτυχίο σε μία από τις ζητούμενες κατηγορίες, να κατασκευάσουν το δημοπρατούμενο έργο, η ασκούμενη προσφυγή μέλους αυτής θα απερρίπτετο ούτως ή άλλως. Υπό το πρίσμα αυτό, κατέληξε η εν λόγω απόφαση, η αιτούσα την ακύρωση εταιρεία, στερείτο εννόμου συμφέροντος, όχι όμως γιατί δεν άσκησε το προβλεπόμενο ένδικο βοήθημα από κοινού με τους λοιπούς συμμετέχοντες στην κοινοπραξία οικονομικούς φορείς, αλλά γιατί σε κάθε περίπτωση πρόκυπτε από τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, ότι η ίδια δεν θα μπορούσε εξ αρχής να έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό αυτοτελώς, καθώς ουδέποτε διέθετε τα τυπικά προσόντα για να της ανατεθεί η διεκδικούμενη σύμβαση. Αντιθέτως, η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, ήταν δυνατή μόνο από κοινού με άλλους οικονομικούς φορείς, σε κοινοπραξία.

Ομοίως, «αιρετική γραμμή» ακολούθησε και πάλι κατά την περίοδο αναμονής των απαντήσεων του ΔΕΕ, η Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ²¹⁷, εκμεταλλεόμενη το γεγονός ότι ο νομολογιακός κανόνας που θεσπίστηκε με τις αποφάσεις της Ολομέλειας, με τις οποίες κρίθηκε ότι μόνον όλοι μαζί και από κοινού μπορούν οι κοινοπρακτούντες και συμπράττοντες σε διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων να ασκούν τα οικεία ένδικα βοηθήματα, δεν θεωρήθηκε ακόμη παγιωμένος, ενόψει των υποβληθέντων προδικαστικών ερωτημάτων, αλλά ούτε και οριστικά συμβατός με τη λεγόμενη «δικονομική» Οδηγία²¹⁸. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και στηρίζοντας την αιτιολογία της και σε παλαιότερες σχετικές αποφάσεις του ΣτΕ²¹⁹, έκρινε η Επιτροπή Αναστολών ότι ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία, ορισμένα μέλη μίας κοινοπραξίας ή σύμπραξης ή και η ίδια η κοινοπραξία ή σύμπραξη εν συνόλω – προφανώς θεωρούμενης της κοινοπραξίας ως αυτοτελούς φορέα των αντίστοιχων εννόμων σχέσεων – δεν άσκησαν το προβλεπόμενο ένδικο βοήθημα κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, εντασσόμενης στη διαδικασία ανάθεσης, δυσμενούς για τα συμφέροντά τους, το γεγονός αυτό, δεν μπορεί να

²¹⁶ Με αντίθετη μειοψηφία πάντως, που υποστήριξε ότι η κρίση των ΣτΕ (Ολομ.) 605 και 606/2008 δεν προβαίνει σε σχετικές διακρίσεις, αλλά αρνείται την ικανότητα διαδίκου στα επιμέρους μέλη της κοινοπραξίας ανεξαιρέτα.

²¹⁷ ΕΑ ΣτΕ 818/2008 και 233/2008. Αντίθετα, ακολούθησε την κρίση των ΣτΕ (Ολομ.) 605 και 606/2008 η ΕΑ ΣτΕ 1080/2008, θεωρώντας ότι με τις εν λόγω αποφάσεις ανετράπη ο δικονομικός κανόνας που είχε νομολογιακά υιοθετηθεί κατά το παρελθόν και πλέον άμεσο έννομο συμφέρον για την άσκηση τέτοιας αίτησης ακύρωσης έχει μόνο η κοινοπραξία με τη συγκεκριμένη σύνθεση, υπό την οποία έλαβε μέρος διαγωνισμό και όχι τα μεμονωμένα μέλη αυτής.

²¹⁸ Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21^{ης} Δεκεμβρίου 1989 για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395/33 της 30.12.1989).

²¹⁹ ΣτΕ (7μελής) 1125/1998, ΣτΕ 2452-2453/2000 και ΣτΕ 3199/1998.

θεωρηθεί ότι αποστερεί τα λοιπά μέλη ή και μεμονωμένα μέλη της εν λόγω κοινοπραξίας από το να ασκήσουν αυτά, ατομικώς, το εν λόγω ένδικο βοήθημα.

B. Η θέση του ΔΕΕ.

- i. Οι αποφάσεις στις υποθέσεις C-129/04 και C-492/06 και ο τρόπος που επηρέασαν τα δικονομικά δικαιώματα μιας συμμετέχουσας σε δημόσιο διαγωνισμό, κοινοπραξίας.*

Την ίδια περίοδο που εντός των ελληνικών συνόρων, παρατηρούνταν μία διάθεση μεταστροφής στη νομολογία του ΣτΕ, προσανατολισμένη σε μία συσταλτική προσέγγιση ως προς τα δικονομικά δικαιώματα των επιμέρους μελών της κοινοπραξίας, σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης, το ΔΕΕ²²⁰ επεξεργαζόταν την ερμηνεία των άρθρων 1 και 2 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ²²¹, σε συνδυασμό με τις διατάξεις της τότε ισχύουσας Οδηγίας για τις συμβάσεις έργων²²², υπό μία μάλλον διαφοροποιούμενη, τουλάχιστον κατ' αποτέλεσμα, οπτική. Ειδικότερα, το ΔΕΕ με δύο διαδοχικές αποφάσεις του²²³, οι οποίες απείχαν περίπου δύο έτη η μία από την άλλη, είχε την ευκαιρία να επεξεργαστεί τα δικονομικά δικαιώματα της κοινοπραξίας και των μελών που την απαρτίζουν καταλήγοντας στα ακόλουθα συμπεράσματα.

Στην πρώτη περίπτωση που κλήθηκε να αντιμετωπίσει το ΔΕΕ²²⁴, σε διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε αναθέτουσα αρχή για την ανάθεση σύμβασης έργου, προοριζόμενου για τις ανάγκες της περιφερειακής διεύθυνσης της Λιέγης,

²²⁰ *Christopher Bovis*, Judicial activism and public procurement, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 340, του *ιδίου*, *Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions*, *Common Market Law Review*, 49(1), 2012, σελ. 275, *Franz Pachner*, *Zur Aktivlegitimation einzelner Mitglieder von Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften im Nachprüfungsverfahren*, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2005, σελ. 160, *Marco Antonucci*, *L' associazione temporanea di imprese e il principio comunitario dell' unanimità per la proposizione del ricorso*, *Il Consiglio di Stato* 2005 II, σελ. 1593-1598, *Paul Henty*, *Can Member States Bar Court Action by Individual Members of a Consortium? The ECJ decision in Espace Trianon Case C-129/04, Espace Trianon SA and Société wallone de location-financement SA (Sofibail) v Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)*, *Public Procurement Law Review*, 2006, σελ. NA1-NA8 και *Emmanuelle Broussy, Francis Donnat, Christian Lambert*, *Voies de recours, L' actualité juridique; droit administrative*, 2006, σελ. 25. Βλ. και *Π. Δέγλερη*, *Δίκαιο Προμηθειών και Υπηρεσιών Δημοσίου*, Τόμος II, 2009, σελ. 714.

²²¹ Σημειώνεται απλώς ότι οι εν λόγω αποφάσεις του ΔΕΕ δημοσιεύθηκαν πριν την τροποποίηση της «δικονομικής» Οδηγίας, με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11^{ης} Δεκεμβρίου 2007 για την τροποποίηση των Οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων (ΕΕ L 335/31 της 20.12.2007).

²²² Συγκεκριμένα το άρθρο 21 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, το οποίο όριζε ότι: «Οι κοινοπραξίες εργοληπτών επιτρέπεται να υποβάλλουν προσφορές. Οι εν λόγω κοινοπραξίες δεν είναι δυνατόν να υποχρεωθούν να περιβληθούν ιδιαίτερη νομική μορφή προκειμένου να υποβάλουν την προσφορά η επιλεγείσα κοινοπραξία μπορεί, ωστόσο, να υποχρεωθεί να πράξει τούτο, όταν της ανατεθεί το έργο.». Επισημαίνεται και εν προκειμένω ότι οι υπό εξέταση αποφάσεις του ΔΕΕ εκδόθηκαν πριν την τροποποίηση της ενωσιακής νομοθεσίας με την εισαγωγή της δέσμης Οδηγιών του 2004.

²²³ Απόφαση ΔΕΕ της 08.09.2005, C-129/04, *Espace Trianon SA κλπ.*, ECLI:EU:C:2005:521 και Απόφαση ΔΕΕ της 04.10.2007, C-492/06, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, ECLI:EU:C:2007:583.

²²⁴ Βλ. *Roberto Caranta*, *The interplay between EU legislation and effectiveness, effective judicial protection and the right to an effective remedy in EU public procurement law*, *Review of European Administrative Law (REALaw)*, 2019, σελ. 71, *Marcin Czerwiński*, *Consortium Agreement and the Legal Framework for Groups of Economic Operators in Polish and French Public Procurement Law*, in *Days of Law* 2015, σελ. 9.

συμμετείχε, υποβάλλοντας προσφορά και η κοινοπραξία εταιρειών με την επωνυμία «Espace Trianon-Sofibail». Η σύμβαση ανατέθηκε σε έτερο οικονομικό φορέα και η ως άνω κοινοπραξία αποφάσισε να στραφεί κατά της απόφασης ανάθεσης ασκώντας τα προβλεπόμενα από το Βελγικό δίκαιο ένδικα βοηθήματα. Οι δύο εταιρείες που απάρτιζαν τη συμμετέχουσα κοινοπραξία κατέθεσαν τις προσφυγές τους, ωστόσο διαπιστώθηκε από το Βελγικό *Conseil d'État* ότι η απόφαση για την άσκηση της σχετικής προσφυγής εκ μέρους της εταιρείας «Espace-Trianon» ήταν παράτυπη, καθώς ελήφθη από δύο μέλη και όχι συνολικά από το διοικητικό συμβούλιο αυτής, όπως προβλεπόταν από το καταστατικό της. Αντιθέτως, η νομιμότητα της απόφασης για την άσκηση προσφυγής εκ μέρους της εταιρείας «Sofibail» δεν αμφισβητήθηκε.

Το πρόβλημα για το *Conseil d'État*, το οποίο έδωσε και αφορμή για την υποβολή των αντίστοιχων προδικαστικών ερωτημάτων, ανέκυπτε ως προς το εξής. Δεδομένου ότι οι εν λόγω εταιρείες υπέβαλαν προσφορά από κοινού με τη μορφή κοινοπραξίας και λαμβάνοντας επίσης υπόψη ότι η προσφυγή της μίας εκ των δύο κοινοπρακτούντων μελών αυτής, ήτοι της εταιρείας «Espace Trianon» είχε κατατεθεί παράτυπα, ενώ παραδεκτή εξακολουθούσε να είναι μόνο η προσφυγή του έτερου συμμετέχοντος στην κοινοπραξία, μέλους και συγκεκριμένα της εταιρείας «Sofibail», η οποία ήταν και η μόνη που εξακολουθούσε να αμφισβητεί νομότυπα την απόφαση κατακύρωσης της αναθέτουσας αρχής, κατά πόσο αντίκειται στις επίμαχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου, εθνική ρύθμιση που υποχρεώνει τα μέλη μιας κοινοπραξίας, η οποία δεν διαθέτει νομική προσωπικότητα και η οποία μετέσχε ως τέτοια σε διαγωνισμό για την κατασκευή δημοσίου έργου χωρίς να καταστεί ανάδοχος αυτού, να ενεργούν από κοινού, με την ιδιότητα του μέλους της κοινοπραξίας ή ατομικά, προκειμένου να ασκήσουν προσφυγή κατά της απόφασης περί κατακύρωσης του σχετικού διαγωνισμού.

Και περαιτέρω, το *Conseil d'État* έθεσε το ερώτημα, αν η απάντηση του ΔΕΕ διαφοροποιείται σε περίπτωση που τα μέλη της κοινοπραξίας ενήργησαν μεν από κοινού, αλλά η προσφυγή ενός από αυτά κρίνεται ως απαράδεκτη, όπως και πράγματι συνέβη στην προκειμένη περίπτωση. Ως εκ τούτου, κατά πόσο αντιβαίνει στη δικονομική Οδηγία, εθνική ρύθμιση που απαγορεύει σε ένα μέλος μιας τέτοιας κοινοπραξίας να ασκήσει ατομικώς προσφυγή κατά απόφασης της αναθέτουσας αρχής, είτε με την ιδιότητα του μέλους της κοινοπραξίας είτε εξ ονόματός του, η οποία απόφαση ωστόσο, εκδόθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας, στην οποία έλαβε μέρος όχι μεμονωμένα, αλλά από κοινού με άλλους οικονομικούς φορείς²²⁵.

Προφανώς τα μέλη της εν λόγω κοινοπραξίας, για ευνόητους λόγους, υποστήριζαν ότι η παροχή αποτελεσματικής ένδικης προστασίας προϋποθέτει ότι στο πλαίσιο μιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, τα μέλη μιας συμμετέχουσας στον διαγωνισμό κοινοπραξίας, πρέπει να είναι εξοπλισμένα και με ατομικό δικαίωμα

²²⁵ Πάντως και στις Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως *Christine Stix-Hackl* της 15^{ης} Μαρτίου 2005, ECLI:EU:C:2005:171 στο σημείο 20, ως προς το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, επισημαίνεται ότι: «Ενώ το πρώτο και το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα αφορούν το καταρχήν ζήτημα της ενεργητικής νομιμοποίησης μεμονωμένων μελών μιας κοινοπραξίας εργοληπτών, το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα έχει σχέση μόνο με μια συγκεκριμένη συγκυρία περιπτώσεων, δηλαδή με το ζήτημα ότι ναι μεν όλα τα μέλη μιας κοινοπραξίας εργοληπτών έχουν ασκήσει από κοινού προσφυγή, πλην όμως η προσφυγή ενός από τα μέλη της είναι απαράδεκτη.».

άσκησης προσφυγής. Εντούτοις το ΔΕΕ είχε διαφορετική άποψη, εκκινώντας από την ορθή λογική ότι η δικονομική Οδηγία, ρυθμίζει στην πραγματικότητα τις διαθέσιμες διαδικασίες προσφυγής για την προσβολή των βλαπτικών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής, στον οικονομικό φορέα, ο οποίος έχει συμφέρον να συνάψει δημόσια σύμβαση. Στην πραγματικότητα λοιπόν, ερμήνευσε την επίμαχη διάταξη το ΔΕΕ, αναγνωρίζει η Οδηγία, δικονομικό δικαίωμα, μόνο στο πρόσωπο εκείνο (φυσικό ή νομικό), το οποίο, έχοντας υποβάλλει προσφορά για την οικεία δημόσια σύμβαση, αποδεικνύει ταυτόχρονα το συμφέρον του να συνάψει την εν λόγω σύμβαση²²⁶. Κατ' αποτέλεσμα, όταν περισσότεροι οικονομικοί φορείς, συνασπίζονται για να λάβουν μέρος σε έναν διαγωνισμό από κοινού, ως κοινοπραξία, προσφέρων στον διαγωνισμό δεν δύναται να θεωρηθεί έκαστο μέλος αυτής, ατομικά, αλλά μόνο η κοινοπραξία, η οποία «στεγάζει» τις κοινές προσπάθειες ανάληψης της σύμβασης. Αντίστοιχα, τα συνυφαινόμενα δικονομικά δικαιώματα για την άσκηση προσφυγών προς ανατροπή των δυσμενών αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, έκρινε το ΔΕΕ, δεν μπορούν παρά να απονέμονται αποκλειστικά και μόνο στον οικείο οικονομικό φορέα που υπέβαλε προσφορά και διατηρεί την προσδοκία ανάληψης της σύμβασης και άρα, στην εξεταζόμενη περίπτωση, στην κοινοπραξία και όχι στα μέλη αυτής, τα οποία, δοθέντων των ανωτέρω παραδοχών, δεν θα μπορούσαν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον, αφού η σύμβαση σε καμία περίπτωση δεν θα μπορούσε να ανατεθεί σε αυτά, μεμονωμένα.

Μάλιστα, στις σκέψεις 22-28 της εν λόγω απόφασης, το ΔΕΕ είχε την ευκαιρία να διευκρινίσει ότι ένας τέτοιος εθνικός κανόνας, ο οποίος απαιτεί η σχετική προσφυγή να ασκείται από το σύνολο των μελών μιας κοινοπραξίας, δεν περιορίζει τη δικονομική δυνατότητα που έχουν τα επιμέρους μέλη για την άσκησή της, κατά τρόπο αντίθετο προς το άρθρο 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο, όταν πριν την άσκηση της επίμαχης προσφυγής, τα μέλη της κοινοπραξίας είχαν τη δυνατότητα να ρυθμίσουν τα εσωτερικής φύσης ζητήματα που σχετίζονταν με την ενεργητική νομιμοποίηση αυτής, με εσωτερική τους συμφωνία, χωρίς να απαιτείται η τήρηση άλλου τύπου²²⁷. Συναφώς, το ΔΕΕ απέρριψε και αντίθετο επιχείρημα της Επιτροπής ότι εθνική ρύθμιση που απαιτεί να περιβληθούν οι συμμετέχουσες κοινοπραξίες ιδιαίτερη νομική μορφή, αντίκειται στο άρθρο 21 της – τότε ισχύουσας – Οδηγίας

²²⁶ Το ΔΕΕ, στη σκέψη 21 της απόφασής του, έκανε αντιδιαστολή με άλλες υποθέσεις που τέθηκαν ενώπιόν του και είχαν ουσιωδώς διαφοροποιούμενα πραγματικά περιστατικά [βλ. μεταξύ άλλων, Αποφάσεις ΔΕΕ της 12.02.2004, C-230/02, *Grossmann Air Service*, ECLI:EU:C:2004:93 (σκέψη 28) και της 11.01.2005, C-26/03, *Stadt Halle και RPL Lochau*, ECLI:EU:C:2005:5, (σκέψη 41)].

²²⁷ Για το κομβικής σημασίας ζήτημα στην κριθείσα υπόθεση, που αφορά την ενεργητική νομιμοποίηση της κοινοπραξίας βλ. και στα σημεία 27 και 28 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως *Christine Stix-Hackl* όπου χαρακτηριστικά τονίζεται ότι: «27. Περαιτέρω, στην παρούσα διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως πρέπει να εξεταστεί μόνο το ζήτημα του κανόνα της ομοφωνίας ή ο αποκλεισμός της ενεργητικής νομιμοποίησης, ατομικώς, ορισμένων μελών μιας κοινοπραξίας εργοληπτών, όχι δε αντιθέτως το ζήτημα του συμβατού άλλων υφισταμένων ή ενδεχομένων στα κράτη μέλη εθνικών ρυθμίσεων που αφορούν την άσκηση προσφυγής από μέλη μιας κοινοπραξίας εργοληπτών.

28. Τέλος, πρέπει να διευκρινιστεί ότι, στην περίπτωση κατά την οποία το κοινοτικό δίκαιο υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναγνωρίζουν την ενεργητική νομιμοποίηση στην ίδια την κοινοπραξία εργοληπτών, δεν είναι πλέον αναγκαία η ενεργητική νομιμοποίηση των εταίρων για τη διασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας. Σε μια τέτοια περίπτωση, το εν προκειμένω τιθέμενο νομικό ζήτημα θα περιοριζόταν στο ερώτημα ποιος μπορεί να ενεργεί για λογαριασμό της ενεργητικώς νομιμοποιούμενης κοινοπραξίας εργοληπτών.».

93/37/ΕΟΚ, καθώς στην κρινόμενη υπόθεση της κύριας δίκης, η εθνική νομοθεσία προέβλεπε απλώς ότι η κοινοπραξία, ως προς την ενεργητική νομιμοποίησή της, έπρεπε να εκπροσωπείται σύμφωνα με τους κανόνες που εφαρμόζονται στη νομική μορφή που επέλεξαν τα ίδια τα μέλη της προκειμένου να υποβάλουν προσφορά²²⁸.

Κατέληξε επομένως το ΔΕΕ, ότι η αρχή που επιβάλλει την παροχή δυνατότητας άσκησης αποτελεσματικών προσφυγών στους οικονομικούς φορείς, σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, δεν απαιτεί κατ' ανάγκην να κρίνεται και παραδεκτή κάθε ασκούμενη προσφυγή, όταν δεν τηρούνται οι διατάξεις σχετικά με την εκπροσώπηση ενώπιον δικαστηρίου, οι οποίες απορρέουν από τη νομική μορφή που έχει περιβληθεί ο οικονομικός φορέας που ασκεί την προσφυγή. Ενόψει των ανωτέρω, αναφορικά με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, το ΔΕΕ απεφάνθη ότι η απάντηση παραμένει η ίδια και άρα η ασκηθείσα προσφυγή θα πρέπει να απορρίπτεται ως απαράδεκτη, ανεξάρτητα από το αν ασκήθηκε εξ' αρχής μόνο από ορισμένα μέλη της κοινοπραξίας ή εάν η προσφυγή ασκήθηκε μεν, αρχικώς, από το σύνολο των μελών της κοινοπραξίας, αλλά η προσφυγή ενός εξ αυτών κρίθηκε, εκ των υστέρων, απαράδεκτη, αφού σε κάθε περίπτωση, οι οικονομικοί φορείς, οποιαδήποτε νομική μορφή και αν λαμβάνουν για να υποβάλλουν προσφορά σε έναν διαγωνισμό, θα πρέπει να πληρούν τις σχετικές με την ενεργητική νομιμοποίηση προϋποθέσεις, κατ' αναλογία προς τη συγκεκριμένη νομική μορφή που έχουν επιλέξει τα ίδια τα μέλη²²⁹.

Κατόπιν των ανωτέρω παραδοχών, κρίθηκε από το ΔΕΕ ότι δεν είναι αντίθετη με τις υπό κρίση δικονομικές διατάξεις, εθνική νομοθεσία, σύμφωνα με την οποία μόνο το σύνολο των μελών κοινοπραξίας χωρίς νομική προσωπικότητα, όπως αυτή έλαβε μέρος ως τέτοια σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης και δεν της ανατέθηκε το δημοπρατούμενο αντικείμενο, μπορεί πράγματι να ασκήσει προσφυγή κατά της απόφασης κατακύρωσης και όχι έκαστο από τα μέλη της ατομικώς, ενώ το ίδιο ισχύει ακόμα και αν όλα τα μέλη ενός κοινοπρακτικού σχήματος ασκήσουν μεν από κοινού την προβλεπόμενη προσφυγή, αλλά η προσφυγή ενός από τα μέλη της, κριθεί απαράδεκτη.

Τούτων δοθέντων, – και αυτή ήταν η ουσία της συγκεκριμένης απόφασης του ΔΕΕ ως προς τη δικονομική μεταχείριση της κοινοπραξίας – αποτυπώθηκε ρητά για πρώτη φορά ο κανόνας, ότι δεν αντιβαίνει στο ενωσιακό δίκαιο, εθνική διάταξη που θεσπίζει δικονομικές προϋποθέσεις για την ενεργητική νομιμοποίηση των κοινοπραξιών, ανάλογες προς τη νομική τους μορφή, υπό τους ακόλουθους όρους. Αφενός οι εν λόγω εθνικές ρυθμίσεις θα πρέπει να έχουν οριζόντια εφαρμογή, κατά την έννοια ότι προβλέπονται ως γενικής ισχύος, αφετέρου δεν θα πρέπει να περιορίζουν τη θεσπιζόμενη από τη δικονομική Οδηγία, αποτελεσματικότητα παροχής έννομης προστασίας, παρεμποδίζοντας είτε την άσκηση των σχετικών προσφυγών είτε τη δυνατότητα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να ασκήσουν αυτές τις προσφυγές. Παράλληλα, το ΔΕΕ διέλαβε κρίση περί του ότι το άρθρο 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ εγγυάται την ελάχιστη παρεχόμενη στους οικονομικούς φορείς, πρόσβαση στις διαδικασίες απονομής προσωρινής προστασίας, χωρίς να μπορεί να

²²⁸ Σκέψη 24 της απόφασης.

²²⁹ Σκέψεις 27-28 της απόφασης.

αποκλειστεί το ενδεχόμενο τα κράτη μέλη να επιτρέπουν ευρύτερη προστασία, θεσπίζοντας διατάξεις που δέχονται ενεργητική νομιμοποίηση πιο εκτεταμένη, ήτοι άσκηση προσφυγής εκ μέρους ενός ή ορισμένων εκ των μελών κοινοπραξίας.

Αντίστοιχα, στη δεύτερη κατά σειρά απόφαση του ΔΕΕ, με την οποία αποκρυσταλλώθηκαν τα πορίσματα της υπόθεσης C-129/04, πρέπει να διευκρινιστεί εκ προοιμίου ότι το *Consiglio di Stato* που επιλήφθηκε της κύριας δίκης παγίως αναγνώριζε το μεμονωμένο δικαίωμα επιμέρους μελών της κοινοπραξίας να προσβάλουν ατομικά τις πράξεις που αφορούν τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, στον οποίο έλαβαν μέρος μέσω μιας από κοινού συμμετοχικής παρουσίας. Παραθέτοντας τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, σε προκηρυχθέντα διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά δύο μόνο οικονομικοί φορείς, ήτοι αφενός η εταιρεία «Elibombarda» υπό την ιδιότητα της ηγετικής εταιρείας μιας υπό ίδρυση κοινοπραξίας μεταξύ της ίδιας και της εταιρείας «Helitalia SpA» και αφετέρου η κοινοπραξία («*Consorzio*»), αποτελούμενη από εταιρείες «Elilario Italia SpA» και «Air Viaggi San Raffaele Srl». Η δεύτερη συμμετέχουσα κοινοπραξία αναδείχθηκε μειοδότης και της γνωστοποιήθηκε η απόφαση κατακύρωσης της σύμβασης, κατά της οποίας προσέφυγε ενώπιον του Διοικητικού Πρωτοδικείου της επαρχίας της Λομβαρδίας (*Tribunale Amministrativo regionale della Lombardia* ή *TAR Lombardia*) η εταιρεία «Elibombarda» «*ιδίω ονόματι*» και ατομικά.

Η προσωρινή ανάδοχος κοινοπραξία, παρενέβη στη ανοιγείσα δίκη, προβάλλοντας ένσταση απαραδέκτου της προσφυγής, ισχυριζόμενη ότι η τελευταία δεν είχε ασκηθεί από την ίδια την υπό ίδρυση κοινοπραξία, της οποίας ηγείτο η προσφεύγουσα εταιρεία, αλλά από την τελευταία στο όνομά της και μόνο. Κατά την αναδειχθείσα ανάδοχο της σύμβασης, *Consorzio*, ο μόνος οικονομικός φορέας που νομιμοποιείται να προσφύγει στη δικαιοσύνη για την προστασία του συμφέροντός του να του κατακυρωθεί η σύμβαση, είναι αποκλειστικά και μόνο η υπό σύσταση κοινοπραξία και όχι ένα εκ των μελών αυτής. Το *TAR Lombardia* απέρριψε την προβληθείσα ένσταση απαραδέκτου, παραπέμποντας κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, στην πάγια νομολογία του *Consiglio di Stato*, δέχτηκε την προσφυγή και ακύρωσε την απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

Ακολούθως, το *Consorzio* άσκησε αίτηση αναίρεσης κατά της εκδοθείσας απόφασης, και το *Consiglio di Stato* κλήθηκε να κρίνει αρχικά το παραδεκτό της προσφυγής που άσκησε η εταιρεία «Elibombarda». Το επιληφθέν ιταλικό Συμβούλιο της Επικρατείας, στην απόφασή του περί παραπομπής στο ΔΕΕ, υπογραμμίζει, αφενός, ότι η εθνική ρύθμιση του ιταλικού δικαίου για τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων δεν αποκλείει ούτε περιορίζει τη δυνατότητα επιμέρους επιχειρήσεων που είναι μέλη μιας κοινοπραξίας, να προσφύγουν ατομικά στη δικαιοσύνη και, αφετέρου, ότι το Διοικητικό Πρωτοδικείο όντως εφάρμοσε τις αρχές που εν προκειμένω διατυπώνονται στη νομολογία του πρώτου. Ωστόσο, διερωτήθηκε εάν, λαμβανομένων υπόψη των κριθέντων στην υπόθεση C-129/04 του ΔΕΕ, το άρθρο 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ εμποδίζει να ασκήσει ατομικά προσφυγή κατά μιας απόφασης για την κατακύρωση δημόσιας σύμβασης ένα από τα μέλη μιας κοινοπραξίας, καίτοι είχε υποβάλει προσφορά ομού με περισσότερους οικονομικούς φορείς, συνασπιζόμενους στο οικείο επιχειρηματικό σχήμα και όχι αυτοτελώς.

Εστιάζοντας στο κρίσιμο δικονομικό ζήτημα το ΔΕΕ ουδόλως απέκλεισε να μπορούν τα κράτη μέλη, στο εθνικό τους δίκαιο, να επιτρέπουν ευρύτερη πρόσβαση στη δυνατότητα κίνησης διαδικασιών προσφυγής, δεχόμενα ενεργητική νομιμοποίηση πιο εκτεταμένη από την ελάχιστη που εγγυάται η δικονομική Οδηγία και άρα, ελλείψει ειδικής διάταξης στην οδηγία αυτή, εναπόκειται σε κάθε κράτος μέλος να καθορίσει στην εσωτερική έννομη τάξη του, αν και υπό ποιες προϋποθέσεις η ενεργητική νομιμοποίηση σχετικά με τις διαδικασίες προσφυγής δύναται να επεκταθεί στις επιχειρήσεις που είναι μέλη κοινοπραξίας, η οποία ως τέτοια υπέβαλε προσφορά. Παράλληλα διευκρινίστηκε ότι οι κατά τα ανωτέρω θεσπιζόμενοι, εθνικοί δικονομικοί κανόνες σχετικά με την άσκηση προσφυγής για τη διασφάλιση των δικαιωμάτων, τα οποία το ενωσιακό δίκαιο παρέχει στους υποψηφίους και στους υποβάλλοντες προσφορά που θίγονται από αποφάσεις των αναθετουσών αρχών, δεν θα πρέπει να θέτουν σε κίνδυνο το ωφέλιμο αποτέλεσμα της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ²³⁰, της οποίας ο σκοπός είναι να εξασφαλίσει ότι οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών θα μπορούν να τυγχάνουν ενδικοφανούς/δικαστικού ελέγχου και να καθίστανται το αντικείμενο αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν πιο γρήγορων προσφυγών²³¹.

Καταλήγοντας το ΔΕΕ, στην υπό εξέταση απόφασή του, επιβεβαίωσε και αποκρυστάλλωσε τη νομολογιακή άποψη που είχε ήδη διατυπωθεί στην υπόθεση C-129/04, αποφαινόμενο ότι το άρθρο 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν εμποδίζει ένα κράτος μέλος, να θεσπίσει στο εθνικό του δίκαιο, δικονομικούς κανόνες που να επιτρέπουν σε ένα, μεμονωμένο μέλος μιας κοινοπραξίας, χωρίς νομική προσωπικότητα, η οποία υπέβαλε ως ενιαίος οικονομικός φορέας, προσφορά σε διαγωνιστική διαδικασία, να ασκήσει ατομικά προσφυγή κατά απόφασης της αναθέτουσας αρχής, βλαπτικής για τα συμφέροντα της κοινοπραξίας.

ii. Η απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα.

Επιστρέφοντας και πάλι στα προδικαστικά ερωτήματα του ΣτΕ, τα οποία ανέμεναν τη δική τους απάντηση, το ΔΕΕ τοποθετήθηκε επ' αυτών, με τις συνεκδικασθείσες αποφάσεις του στις υποθέσεις C-145/08 και C-149/08²³². Στην περίπτωση της υπόθεσης C-145/08, το ΔΕΕ κλήθηκε να αποφανθεί κατ' αρχήν επί του ζητήματος της διαφοράς της κύριας δίκης, αναφορικά με το εάν επρόκειτο για περίπτωση μεικτής σύμβασης, της οποίας τα διάφορα σκέλη, σύμφωνα με την προκήρυξη του διαγωνισμού, συνδέονταν άρρηκτα μεταξύ τους, σχηματίζοντας μια

²³⁰ Όπως αυτό προσδιορίστηκε στην Απόφαση ΔΕΕ της 12.12.2002, C-470/99, *Universale-Bau AG κλπ.*, ECLI:EU:C:2002:746 (σκέψη 72).

²³¹ Για όλα τα ανωτέρω βλ. τις σκέψεις 18-29 της απόφασης.

²³² Απόφαση ΔΕΕ της 06.05.2010, C-145/08 και C-149/08, *Κλαμπ Οτέλ Λουτράκι Α.Ε., Αθηναϊκή Τεχνική Α.Ε., Ευάγγελος Μαρινάκης κατά Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης, Υπουργού Επικρατείας, παρισταμένων των Athens Resort Casino Α.Ε. Συμμετοχών, Ελλάκτωρ Α.Ε., πρώην Ελληνική Τεχνοδομική Τ.Ε.Β. Α.Ε., Regency Entertainment Ψυχαγωγική και Τουριστική Α.Ε., πρώην Hyatt Regency Ξενοδοχειακή και Τουριστική (Ελλάς) Α.Ε., Λεωνίδα Μπόμπολα (C-145/08) και Άκτωρ Ανώνυμη Τεχνική Εταιρεία (Άκτωρ Α.Τ.Ε.) κατά Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης, παρισταμένης της Μηχανική Α.Ε. (C-149/08)*, ECLI:EU:C:2008:306 (σκέψη 45 επ.).

αδιαίρετη ολότητα και άρα υπό το φως και της σχετικής νομολογίας του ΔΕΕ²³³, η επίμαχη πράξη έπρεπε να εξετάζεται, προς τον σκοπό του νομικού χαρακτηρισμού της, στο σύνολό της κατά τρόπο ενιαίο και να εκτιμάται βάσει των κανόνων που διέπουν το σκέλος που αποτελεί το κύριο αντικείμενο ή το επικρατέστερο στοιχείο της προς ανάθεση σύμβασης. Το ΔΕΕ, αφού εξέτασε σαν πρόκριμα, αν το σκέλος που αποτελεί το κύριο αντικείμενο μεικτής σύμβασης εμπίπτει ή όχι στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και άρα εάν, κατ' επέκταση θα έπρεπε να εξεταστεί αν η επίδικη στην κύρια δίκη, μεικτή σύμβαση αποτελεί αδιαίρετη ολότητα και, ενδεχομένως, εάν, λόγω του κύριου αντικειμένου της, εμπίπτει, στο σύνολό της, στο πεδίο εφαρμογής μιας από τις αναφερόμενες στο άρθρο 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, οδηγίες, οι οποίες άπτονται των δημοσίων συμβάσεων, κατέληξε να δώσει αρνητική απάντηση. Συγκεκριμένα, αποφάνθηκε ότι η επίδικη διαφορά δεν εμπίπτει στο σύνολό της, στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και άρα δεν δύναται να έχει ως συνέπεια την εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ²³⁴. Ως εκ τούτου έκρινε ότι παρέλκει η απάντηση στα λοιπά ερωτήματα που υποβλήθηκαν στο πλαίσιο της υποθέσεως C-145/08²³⁵.

Αντιθέτως, τεράστιο ενδιαφέρον παρουσιάζει η κρίση που διέλαβε το ΔΕΕ, υπό το πρίσμα των αρχών που διατυπώθηκαν με τις αποφάσεις του στις υποθέσεις C-129/04 και C-492/06, ως προς τα δικονομικά δικαιώματα της κοινοπραξίας, στο ακόλουθο ζήτημα. Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα στην υπόθεση C-149/08 τέθηκε υπόψη του ΔΕΕ κατά πόσο αντίκειται στο άρθρο 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, εθνική ρύθμιση, σύμφωνα με την οποία αποκλειστικά και μόνο το σύνολο των μελών μιας κοινοπραξίας που υπέβαλε προσφορά σε δημόσιο διαγωνισμό μπορεί παραδεκτως να ασκήσει προσφυγή κατά της απόφασης κατακύρωσης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ανατίθεται η σύμβαση σε έτερο συμμετέχοντα οικονομικό φορέα. Το κρίσιμο όμως θέμα στην επίδικη περίπτωση – και κατά τούτο, τα πραγματικά περιστατικά της διαφοροποιούνταν ουσιωδώς από τα ήδη κριθέντα με τις προηγούμενες αποφάσεις του ΔΕΕ²³⁶ –, ήταν εάν η καταφατική απάντηση στο ανωτέρω ερώτημα, συμπαρέσυρε και άρα στερούσε από τα μεμονωμένα μέλη της κοινοπραξίας, τη δυνατότητα όχι μόνο να ζητήσουν την ακύρωση μιας τέτοιας απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ενταγμένης στο προσυμβατικό στάδιο ενός διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, αλλά ακόμα και της δυνατότητας να διεκδικήσουν την αποκατάσταση της ζημίας που

²³³ Βλ. σκέψεις 48 και επ. της απόφασης και υπό το πνεύμα αυτό, Αποφάσεις ΔΕΕ της 05.12.1989, C-3/88, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, ECLI:EU:C:1989:606 (σκέψη 19), της 19.04.1994, C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional κατά Comunidad Autónoma de Canarias κλπ.*, ECLI:EU:C:1994:155 (σκέψεις 23 έως 26), της 18.01.2007, C-220/05, *Auroux κλπ.*, ECLI:EU:C:2007:31 (σκέψεις 36 και 37), της 21.02.2008, C-412/04, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, ECLI:EU:C:2008:102 (σκέψη 47), καθώς και της 29.10.2009, C-536/07, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, ECLI:EU:C:2009:664 (σκέψεις 28, 29, 57 και 61).

²³⁴ Βλ. *Dacian C. Dragos*, Sub-dimensional public procurement in the European Union, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 182, 205 και *Marta Andrecka*, Innovative public-private partnerships, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 242 και 248.

²³⁵ Βλ. σχετικά σκέψεις 45-63 της απόφασης.

²³⁶ Το γεγονός αυτό αναφέρεται τόσο στη σκέψη 79 της απόφασης του ΔΕΕ, ενώ αναλύεται διεξοδικά και στα σημεία 107 έως 116 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως *Eleanor Sharpston* της 29^{ης} Οκτωβρίου 2009, ECLI:EU:C:2009:668.

είχαν υποστεί ατομικώς, εξαιτίας παρατυπιών που σημειώθηκαν στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της εν λόγω δημοσίας σύμβασης.

Προς πλήρη αποσαφήνιση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης, στην προκειμένη περίπτωση, η ζημία της κοινοπραξίας «Ακτωρ Α.Τ.Ε.-Θεμελιοδομή Α.Ε.-Δομοτεχνική Α.Ε.», δεν πρόκυπτε από πράξη της αναθέτουσας αρχής του διαγωνισμού, αλλά από απόφαση άλλης ανεξάρτητης αρχής και δη του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης (εφεξής «Ε.Σ.Ρ.»), η οποία είχε ως συνέπεια τον αποκλεισμό της εν λόγω κοινοπραξίας από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Ωστόσο, το σύστημα παροχής έννομης προστασίας με τη δυνατότητα άσκησης αποτελεσματικών προσφυγών που καθιερώνει η Οδηγία 89/665/ΕΟΚ αφορά την προσβολή αποφάσεων αποκλειστικά αναθετουσών αρχών, οι οποίες διεξάγουν διαγωνισμούς προς ανάθεση δημόσιας σύμβασης. Άρα, παρά το γεγονός ότι η επίμαχη απόφαση του Ε.Σ.Ρ. δεν ήταν προσβλητή με προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη δικονομική Οδηγία για την άσκηση αποτελεσματικών προσφυγών στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, εντούτοις σαφέστατα, όπως διαπίστωσε το ΔΕΕ, ήταν ικανή να επηρεάσει σημαντικά την εξέλιξη, αν όχι και την τελική έκβαση μιας διαδικασίας σύναψης δημοσίας σύμβασης, στο μέτρο που μπορούσε να οδηγήσει σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου, ακόμα δε και του αναδόχου, στο πρόσωπο του οποίου, ατομικώς, διαπιστώνεται ότι συντρέχει κάποια από τις περιπτώσεις ασυμβίβαστου που προβλέπονται από τη σχετική εθνική νομοθεσία. Συνεπακόλουθα, οι αποφάσεις αυτές του Ε.Σ.Ρ. δεν είναι άμοιρες ενδιαφέροντος από πλευράς της ορθής εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης στον τομέα αυτόν.

Επομένως, υπενθυμίζοντας το ΔΕΕ την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία σε κάθε περίπτωση, συνιστά γενική αρχή του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης²³⁷, ανεξαρτήτως του νομικού πλαισίου, εντός του οποίου αυτή επισκοπείται, επεξεργάστηκε την ερμηνεία των κρίσιμων δικονομικών διατάξεων, προς την ακόλουθη κατεύθυνση²³⁸. Συγκεκριμένα, κατά το ΔΕΕ η προσήκουσα απάντηση στο πρώτο ερώτημα της υπόθεσης C-149/08, συνίσταται στην εξής παραδοχή. Το εν γένει δικαίωμα σε αποτελεσματική δικαστική προστασία κατά το δίκαιο της Ένωσης, δεν επιτρέπει την εφαρμογή εθνικής ρύθμισης, όπως η επίδικη στην κύρια δίκη, η οποία ερμηνευόμενη υπό συγκεκριμένη έννοια, καταλήγει στο ανεπιεικές αποτέλεσμα, ότι μεμονωμένα μέλη κοινοπραξίας που υπέβαλε προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημοσίας σύμβασης, δεν έχουν ατομικώς τη δυνατότητα να ζητήσουν την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν έκαστο, από απόφαση εκδοθείσα όχι από την αναθέτουσα αρχή, αλλά από διαφορετική εθνική αρχή,

²³⁷ Βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 13.03.2007, C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163 (σκέψη 37) και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

²³⁸ Βλ. *Christopher Bovis*, ό.π., σελ. 351 και 357, ο οποίος κάνει λόγο για *de lege ferenda* επέκταση του ρυθμιστικού πεδίου των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ και σε αναθέτουσες αρχές οι οποίες δεν είναι αναθέτουσες αρχές, αλλά οι αποφάσεις τους είναι ικανές να έχουν συγκεκριμένη επίδραση στην έκβαση ενός δημόσιου διαγωνισμού. Κατ' αποτέλεσμα, μάλιστα, παρατηρεί ότι αυτές οι αρχές θα έπρεπε να αντιμετωπίζονται ως αναθέτουσες αρχές, ήτοι να εξισώνονται με αυτές, εφαρμόζοντας το κριτήριο της λειτουργικότητας («*functionality test*»), ενώ οι αποφάσεις ή ενέργειές τους σε σχέση με δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες, πρέπει να υπόκεινται σε διαδικασίες αναθεώρησής τους, ώστε να ικανοποιούν την αρχή της αποτελεσματικής έννομης προστασίας των εν λόγω οδηγιών.

εμπλεκόμενη στη διαδικασία αυτή, σύμφωνα με τους εφαρμοστέους εθνικούς κανόνες, ειδικά στην περίπτωση, όπως η προκείμενη κατά την οποία η απόφαση αυτή είναι ικανή να επηρεάσει την εξέλιξη της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, ζημιώνοντας τα συμφέροντα της κοινοπραξίας ή οδηγώντας ακόμα και στον αποκλεισμό αυτής²³⁹.

iii. Η εφαρμογή της νομολογίας του ΔΕΕ στις αποφάσεις του ΣτΕ.

Κατόπιν της έκδοσης των ανωτέρω αποφάσεων του ΔΕΕ στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-145/08 και C-149/08, η υπόθεση, στο πλαίσιο της οποίας διατυπώθηκαν τα προδικαστικά ερωτήματα, με την υπ' αριθμ. 605/2008 Απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ, επανεισήχθη προς συζήτηση και οδήγησε στη δημοσίευση απόφασης²⁴⁰, η οποία πλέον περιείχε κρίση επί της ουσίας, ως προς τα αναφερόμενα ζητήματα. Ωστόσο, φάνηκε και από το σκεπτικό της νέας απόφασης ότι η εφαρμογή των πορισμάτων του ΔΕΕ στην ελληνική νομική πραγματικότητα τελικά, δεν θα ήταν απροβλημάτιστη. Αντιθέτως, οι απαντήσεις του ΔΕΕ μάλλον προκάλεσαν μεγαλύτερα προβλήματα, από όσα φαινομενικά τουλάχιστον, έλυσαν, καθώς, όπως ήταν προφανές από τη θέση που έλαβαν τρεις μειοψηφήσαντες Σύμβουλοι της σύνθεσης, οι οποίοι θεώρησαν ότι η αίτηση ασκήθηκε απαραδέκτως²⁴¹, έδωσαν αφορμή για περαιτέρω, ερμηνευτικές παραδοχές. Συγκεκριμένα, η εν λόγω απόφαση έκανε δεκτή την ασκηθείσα αίτηση ακύρωσης, αφού πρώτα αναγνώρισε τη δυνατότητα και μεμονωμένου μέλους μιας συμμετέχουσας σε διαγωνισμό κοινοπραξίας, αυτοτελώς και χωρίς τη σύμπραξη των υπολοίπων μελών αυτής, να ασκήσει το επίμαχο ένδικο βοήθημα, θεωρώντας ότι εφαρμόζει την ερμηνεία που απέδωσε το ΔΕΕ στις κρίσιμες διατάξεις και άρα, ότι συνάδει με τις απαντήσεις επί των προδικαστικών ερωτημάτων.

Ειδικότερα, η κρίση του ΣτΕ είχε ως, μάλλον εσφαλμένη, αφετηρία την παραδοχή ότι είναι αντίθετος με το ενωσιακό δίκαιο, εθνικός δικονομικός κανόνας που θεσπίζει δικαίωμα παραδεκτής άσκησης αίτησης ακύρωσης κατά πράξης της

²³⁹ Βλ. ειδικά σκέψεις 73-80 της απόφασης.

²⁴⁰ ΣτΕ (Ολομ.) 3471/2011, ΕΔΔΔΔ 2012, 51. Πρβλ. για το έννομο συμφέρον μεμονωμένων μελών κοινοπραξίας να ασκήσουν αίτηση ακύρωσης, εκτός όμως του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, το οποίο αρνήθηκε να αναγνωρίσει η ΣτΕ (Ολομ.) 3472/2011, ΝοΒ 2011, 2385 με σχόλιο Α. Αργυρού, ΕΔΔΔΔ 2012, 64, με αντίθετη όμως μειοψηφία.

²⁴¹ Η αντίθετη άποψη της μειοψηφίας στηρίχθηκε στην ακόλουθη συλλογιστική: «Πρώτον, όπως κρίθηκε με την 605/2008 απόφαση του Δικαστηρίου, με τις σκέψεις που παρατίθενται στην τέταρτη σκέψη της παρούσας απόφασης, η αιτούσα εταιρεία δεν έχει έννομο συμφέρον να ασκήσει την κρινόμενη αίτηση. Η κρίση αυτή διατυπώθηκε από την Ολομέλεια του Δικαστηρίου πριν από μικρό χρονικό διάστημα, αποτελεί δε απαραίτητη προϋπόθεση για τη λυσιτέλεια του αποσταλέντος στο Δ.Ε.Κ., με την ίδια απόφαση της Ολομέλειας, προδικαστικού ερωτήματος και της επ' αυτού απάντησης του Δ.Ε.Κ. Δεύτερον, διότι, από την παρατεθείσα στην πέμπτη σκέψη απάντηση του Δ.Ε.Κ., η οποία στοιχεί προς το προδικαστικό ερώτημα που του απηύθυνε το Δικαστήριο, δεν προκύπτει ότι στα κατ' ιδίαν μέλη κοινοπραξίας που υπέβαλε προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης διοικητικής σύμβασης, αναγνωρίζεται, κατά το κοινοτικό δίκαιο, έννομο συμφέρον να ασκήσουν αίτηση ακυρώσεως κατά πράξης που εκδόθηκε όχι από την αναθέτουσα, αλλά άλλη αρχή εμπλεκόμενη στη διαδικασία αυτή προκύπτει όμως ότι τα μέλη αυτά έχουν τη δυνατότητα ατομικώς να ζητήσουν την αποκατάσταση της χρηματικής ζημίας ή ηθικής βλάβης που υπέστησαν από την πράξη αυτή. Συνεπώς, η αιτούσα δεν έχει έννομο συμφέρον να ασκήσει την κρινόμενη αίτηση έχει όμως τη δυνατότητα να ασκήσει αγωγή αποζημίωσης, γιατί είναι αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο, και άρα μη εφαρμοστέα, η διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 του ν. 2522/1997, κατά το μέρος που προϋποθέτει, για την άσκηση αγωγής αποζημίωσης από μεμονωμένο μέλος κοινοπραξίας, όπως είναι η αιτούσα, την προηγούμενη ακύρωση της πιο πάνω, βλαπτικής γι' αυτήν, πράξης.»

αναθέτουσας αρχής, μόνο στην κοινοπραξία, ως ενιαίο οικονομικό φορέα διεκδίκησης της ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εφόσον γίνει δεκτό αυτό, έκρινε το ΣτΕ, έπρεπε σε κάθε περίπτωση να αναγνωριστεί δικονομικό δικαίωμα, ακόμα και σε μεμονωμένα μέλη ενός κοινοπρακτικού σχήματος, να επιδιώξουν την ακύρωση απόφασης αναθέτουσας αρχής, η οποία είναι βλαπτική για τα συμφέροντα της κοινοπραξίας και έχει εκδοθεί κατά το προσυμβατικό στάδιο για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης²⁴². Εν συνεχεία, αποφάνθηκε²⁴³ το ΣτΕ ότι για την αποκατάσταση της ζημίας που προκλήθηκε από την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, είτε στην κοινοπραξία είτε σε κάθε ένα εκ των μελών της, απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση της φερόμενης ως ζημιολογούσας πράξης, επί της οποίας η πρώτη εδράζεται, ακόμα και αν έχει εκδοθεί από άλλη, τρίτη αρχή²⁴⁴. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω παραδοχών, έπρεπε να γίνει δεκτό ότι αναγνωριζόταν και σε μεμονωμένο μέλος κοινοπραξίας, ακόμα και χωρίς τη σύμπραξη των υπολοίπων συμπραττόντων μελών, το δικαίωμα να ασκήσει αίτηση ακύρωσης κατά βλαπτικής για τα συμφέροντα της κοινοπραξίας, ως ενιαίου οικονομικού φορέα, απόφασης άλλης αρχής, εκτός της αναθέτουσας αρχής του διαγωνισμού²⁴⁵.

Εντούτοις, το ΔΕΕ, όπως ήδη αναφέρθηκε στην οικεία ενότητα του παρόντος κεφαλαίου²⁴⁶, δεν αναγνώρισε έννομο συμφέρον σε οικονομικούς φορείς που έλαβαν μέρος σε μία διαγωνιστική διαδικασία για την ανάδειξή τους σε αναδόχους δημόσιας σύμβασης να προσβάλλουν ενώπιον των αρμόδιων, βάσει των διατάξεων του άρθρου 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, δικαστηρίων την ακύρωση και πράξεων έτερων αρχών, πλην της αναθέτουσας αρχής του διαγωνισμού, ακόμα και αν αυτή εδύνατο κατ' αποτέλεσμα να οδηγήσει σε αποκλεισμό της προσφοράς τους. Αντιθέτως, αυτό που επισήμανε το ΔΕΕ είναι ότι η αναγνώριση από εθνικό δικονομικό κανόνα του δικαιώματος αποκλειστικά και μόνο στο σύνολο των μελών μιας κοινοπραξίας, να ασκήσουν την προβλεπόμενη προσφυγή για την ανατροπή μιας απόφασης της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας κατακυρώνεται ο διαγωνισμός σε ανταγωνιστή της, κατ' εφαρμογή της δικονομικής οδηγίας για την αποτελεσματική έννομη προστασία στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, δεν μπορεί αντανακλαστικά, να οδηγεί στον αποκλεισμό του δικαιώματος μεμονωμένων μελών της κοινοπραξίας να διεκδικήσουν την αποζημίωσή τους σε διαφορετικό δικαστήριο, εφόσον η επιδίκασή της εξαρτάται και έχει ως αναγκαία προϋπόθεση την προηγούμενη ακύρωση της βλαπτικής απόφασης άλλης αρχής, ανεξάρτητης από την αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού. Κάτι τέτοιο, θα οδηγούσε σε αδυναμία κάθε μεμονωμένου μέλους κοινοπραξίας όχι μόνο να επιτύχει την ακύρωση της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης, η οποία εκδόθηκε στο προσυμβατικό στάδιο ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, αλλά και να απευθυνθεί στον αρμόδιο δικαστή προς αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη ατομικώς, βάσει άλλων κανόνων ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου.

²⁴² Το ΔΕΕ ωστόσο, όπως ήδη εκτέθηκε πιο πάνω δεν έθεσε τέτοιο κανόνα.

²⁴³ Σκέψη 8 της απόφασης.

²⁴⁴ Όπως εν προκειμένω, το Ε.Σ.Π.

²⁴⁵ Επίσης εσφαλμένη παραδοχή της απόφασης του ΣτΕ.

²⁴⁶ Βλ. σκέψεις 69-79 της απόφασης επί της υπόθεσης C-149/08 και δη τις σκέψεις 76-78.

Συνεπώς, θα παραβιαζόταν η ευρύτερη αρχή της ισοδυναμίας που επιβάλλει στα κράτη μέλη, οι επιμέρους θεσπιζόμενες από αυτά, δικονομικές λεπτομέρειες για την άσκηση των προσφυγών που αποσκοπούν στη διασφάλιση των δικαιωμάτων που οι πολίτες αντλούν από το δίκαιο της Ένωσης να μην είναι λιγότερο ευνοϊκές από αυτές που αφορούν παρόμοιες προσφυγές που προβλέπονται για την προστασία των δικαιωμάτων που αντλούνται από άλλες διατάξεις της εσωτερικής έννομης τάξης. Προσέτι, οι υπό κρίση εθνικές δικονομικές προϋποθέσεις άσκησης αποτελεσματικών προσφυγών, δεν θα πρέπει να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή εξαιρετικώς δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από την έννομη τάξη της Ένωσης, κατά παράβαση της αρχής της αποτελεσματικότητας²⁴⁷.

Τούτων δοθέντων, μια τέτοια συνδυαστική εφαρμογή των επίμαχων εθνικών διατάξεων, όπως παρατηρεί εναργώς το ΔΕΕ στη σκέψη 76 της απόφασής του επί των προδικαστικών ερωτημάτων, οδηγεί κατ' αποτέλεσμα σε «ακρωτηριασμό» της δυνατότητας δικαστικής δικαίωσης που θα είχε έκαστο μέλος της κοινοπραξίας, μέσω έτερων κανόνων ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου. Ενώ λοιπόν, κατ' αρχήν, πρωτογενώς, μια τέτοια αδυναμία δεν φαίνεται να διαπιστώνεται, ως προς τη δυνατότητα διεκδίκησης αποζημίωσης εκτός του δικαιοκτικού πεδίου των δημοσίων συμβάσεων, καταλήγει στο άτοπο συμπέρασμα, να αποστερείται το μέλος της κοινοπραξίας, της δυνατότητας αυτοτελώς να αξιώσει την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη, από τη συμμετοχή του σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, εξαιτίας των κανόνων του εσωτερικού δικαίου που ισχύουν για τις αγωγές αποζημίωσης που στηρίζονται σε ζημία προξενηθείσα από παράνομη πράξη όχι της αναθέτουσας αρχής, η οποία διεξάγει διαγωνιστική διαδικασία προς ανάθεση ενός δημοπρατούμενου αντικειμένου, αλλά άλλης δημοσίας αρχής.

Επιπλέον, η ΣτΕ (Ολομ.) 3471/2011, προκειμένου να δικαιολογήσει το έννομο συμφέρον του αιτούντος μέλους της κοινοπραξίας να ασκήσει την ένδικη αίτηση ακύρωσης ατομικά, έκανε λόγο, μάλλον ακροβατώντας μεταξύ νομικών και ηθικών εννοιών, για ηθικό έννομο συμφέρον αυτού να δικαιωθεί και να επιδιώξει την ακύρωση της σχετικής απόφασης τρίτης αρχής, ανεξάρτητα από το αν αυτή καταλείπει για το αιτούν μέλος, άλλες διοικητικής φύσης συνέπειες ή όχι, υπό το φόβο περαιτέρω στιγματισμού του προσωπικά και εξατομικευμένα ως διαπλεκόμενου, εφόσον φέρεται να έχει κάποια από τις ασυμβίβαστες για σύναψη δημοσίων συμβάσεων ιδιότητα, εξ εκείνων που προβλέπονται στο άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος και άρα ως κατ' αρχήν ύποπτου άσκησης αθέμιτης επιρροής για την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης.

Προς τη σωστή πάντως κατεύθυνση και με πρόθεση αληθούς απόδοσης δικαιοσύνης, από τη συνδυαστική ανάγνωση των διατάξεων του ρυθμιστικού πλαισίου της ένδικης διαφοράς, έκρινε το ΣτΕ ότι για τη χορήγηση αποζημίωσης σε παρανόμως αποκλεισθέντα από την ανάθεση δημοσίου έργου, απαιτείται ρητώς η προηγουμένη

²⁴⁷ Βλ. σχετικά Απόφαση ΔΕΕ της 15.04.2008, C-268/06, *Impact*, ECLI:EU:C:2008:223 (σκέψεις 44 και 46) καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

ακύρωση της σχετικής βλαπτικής διοικητικής πράξης²⁴⁸ από τον ακυρωτικό δικαστή, ενόψει του γεγονότος ότι η προκληθείσα βλάβη μπορεί πράγματι να έχει αντίκτυπο όχι μόνο στην ίδια την κοινοπραξία ως συμμετοχικό σχήμα παρουσίας πλειόνων οικονομικών φορέων σε έναν δημόσιο διαγωνισμό, αλλά κατ' επέκταση και σε κάθε ένα από τα επιμέρους μέλη αυτής. Μάλιστα, δέχτηκε το ΣτΕ ότι η εν λόγω βλάβη καθ' εκάστου κοινοπρακτούντος μέλους, μπορεί να διαφοροποιείται ουσιαστικά ως προς την έκταση και την έντασή της, ανάλογα με τις αντίστοιχες δαπάνες, στις οποίες έχει υποβληθεί κάθε μεμονωμένος οικονομικός φορέας επ' ευκαιρία της συμμετοχής του στο κοινοπρακτικό σχήμα.

Εάν λοιπόν, γινόταν δεκτή η αντίθετη εκδοχή, κατέληξε το ΣτΕ ως προς το εξεταζόμενο ζήτημα, θα εγκυμονούσε τον ακόλουθο κίνδυνο. Ένα μεμονωμένο μέλος κοινοπραξίας, το οποίο, καίτοι συμμετείχε σε αυτήν, ωστόσο η φύση της συμμετοχής του ήταν τέτοια που δεν υποχρεώθηκε να υποβληθεί σε καμία δαπάνη, προκειμένου να υποβάλλει νομότυπα προσφορά η κοινοπραξία, στο πλαίσιο διεξαγωγής ενός συγκεκριμένου διαγωνισμού, ενδεχομένως, δεν θα είχε ούτε λόγο ούτε κάποιο προφανές ενδιαφέρον, να ασκήσει αίτηση ακύρωσης, ομού μετά των λοιπών συμπραττόντων του, κατά της βλαπτικής για τα συμφέροντα της κοινοπραξίας, πράξης της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας η διεκδικούμενη σύμβαση δεν ανατέθηκε σε αυτήν, ένεκα ακριβώς του γεγονότος ότι πρακτικά, πιθανότατα δεν υπέστη καμία ατομική ζημία. Αυτό όμως θα συνεπάγετο ότι, θα μπορούσε μέσω της άρνησής του να συμπράξει με τα υπόλοιπα μέλη της κοινοπραξίας στην άσκηση του προβλεπόμενου ένδικου βοηθήματος, να παρεμποδίζει κατ' αποτέλεσμα και τη δυνατότητα που θα είχαν αυτά ατομικώς, να προσφύγουν αποζημιωτικά κατά της αναθέτουσας αρχής και ενώπιον του αρμόδιου δικαστή, προκειμένου να αποκατασταθεί η δική τους βλάβη, όπως πρόκυπτε από τις δαπάνες, στις οποίες είχαν υποβληθεί για τη συμμετοχή της κοινοπραξίας στην ίδια ως άνω διαγωνιστική διαδικασία.

Το αμέσως προηγούμενο συμπέρασμα παρίσταται όλως αυτονόητο, καθώς ενόψει του σκεπτικού της υπό εξέταση απόφασης του ΣτΕ, σε μία τέτοια περίπτωση, η διαπιστωθείσα ζημία που υπέστησαν ορισμένα μόνο μέλη της κοινοπραξίας από τη συμμετοχή της σε έναν διαγωνισμό και τη μη ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν, ενδεχομένως να ήταν και σημαντικά μεγαλύτερη έναντι της μικρής ή και ανύπαρκτης ζημίας που υπέστησαν κάποια άλλα μέλη. Λαμβάνοντας συνεπώς ως δεδομένο ότι για την επιγενόμενη άσκηση μιας αγωγής αποζημίωσης εκ μέρους των ζημιωθέντων μελών της κοινοπραξίας ατομικώς, απαιτείται, κατά τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά από το ΣτΕ, η προηγούμενη ευδοκίμηση μιας ασκηθείσας από την κοινοπραξία εν συνόλω, αίτησης ακύρωσης για την ανατροπή των αποτελεσμάτων της βλαπτικής για τα συμφέροντά της, πράξης της αναθέτουσας αρχής, η ακύρωση της οποίας αποτελεί προφανώς πρόκριμα, προκειμένου να «ανοίξει» η δικονομική οδός για έγερση αγωγής αποζημίωσης, εν τέλει θα παρεμποδιζόταν ανεπίτρεπτα και ουσιαστικά θα

²⁴⁸ Για την έννοια της διοικητικής πράξης βλ. αντί πολλών, Γ. Σιούτη, σε Διοικητικό Δίκαιο, *Γέροντας Απόστολος, Παυλόπουλος Προκόπης, Σιούτη Γλυκερία, Φλογαϊτης Σπυρίδων*, 5^η Έκδοση, 2022, σελ. 159 επ.

ματαιωνόταν η δικονομική δυνατότητα διεκδίκησης αποζημίωσης εκ μέρους μόνο συγκεκριμένων μελών της κοινοπραξίας.

Με άλλα λόγια, η δικαιολογημένη αβελτηρία ορισμένων μη ζημιωθέντων μελών της κοινοπραξίας, να ασκήσουν το δικονομικό τους δικαίωμα από κοινού με τα υπόλοιπα μέλη και να στραφούν κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ανατέθηκε η προκηρυχθείσα δημόσια σύμβαση σε έτερο οικονομικό φορέα και όχι στη συμμετέχουσα κοινοπραξία, θα έθετε σε καθεστώς δικονομικής «ομηρίας» τα πράγματι ζημιωθέντα μέλη αυτής. Τα τελευταία αυτά θα αποστερούνταν του εξίσου δικαιολογημένου και απολύτως προστατευτέου από την έννομη τάξη, δικονομικού δικαιώματός τους να διεκδικήσουν αυτοτελώς, την αποζημίωσή τους ενώπιον άλλου δικαστηρίου, εφόσον η άρνηση των μη ζημιωθέντων μελών να συμπράξουν για την προσβολή της βλαπτικής για την κοινοπραξία απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με αιτούντα διάδικο, θα συμπαρέσυρε συνολικά την κοινοπραξία, οδηγώντας σε δικονομικά τετελεσμένες σε βάρος των πρώτων, καταστάσεις, ανεξαρτήτως της βούλησής τους και δεν θα επέτρεπε ποτέ να επιτευχθεί η ακύρωση της πράξης της αναθέτουσας αρχής από το αρμόδιο δικαστήριο, ως αναγκαίο προαπαιτούμενο για τη διεκδίκηση εκ μέρους τους και της αναλογούσας αποζημίωσης, ενώπιον άλλου δικαστηρίου. Ένας τέτοιος δικονομικός κανόνας έκρινε το ΣτΕ δεν μπορεί να γίνει ανεκτός, βάσει της σχετικής νομολογίας ΔΕΕ και αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο²⁴⁹.

Δείγμα πάντως τη σαφούς σύγχυσης που προκάλεσαν οι κρίσεις του ΔΕΕ σχετικά με τη δικονομική υπόσταση των επιμέρους μελών της κοινοπραξίας, όπως αποτυπώθηκαν στις αποφάσεις επί των υποθέσεων C-145/08 και C-149/08 και εν συνεχεία ερμηνεύτηκαν από την προαναφερθείσα απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ, είναι και τα διαλαμβανόμενα σε σειρά έτερων αποφάσεων²⁵⁰, οι οποίες και πάλι έδειξαν

²⁴⁹ Για όλα τα ανωτέρω βλ. σχετικά σκέψη 8 της απόφασης.

²⁵⁰ Βλ. τη ΣτΕ 2700/2013, η οποία ακολούθησε κατά βάση το σκεπτικό της ΣτΕ (Ολομ.) 3471/2011, με ρητή μάλιστα παραπομπή σε αυτή, αναγνωρίζοντας την παραδεκτή άσκηση αίτησης ακύρωσης εκ μέρους ορισμένων και μόνο μελών μιας συμμετέχουσας σε δημόσιο διαγωνισμό, κοινοπραξίας, αλλά και πάλι διατυπώθηκε αντίθετη άποψη από έναν μειοψηφίσαντα Σύμβουλο της σύνθεσης, με την οποία συντάχθηκε και ένας εκ των Παρέδρων. Η διατυπωθείσα θέση της μειοψηφίας στηρίχθηκε στην κρίση της ΣτΕ (Ολομ.) 971/1998, Αρμ 1996, 869, Δ/νη 1998, 1046, ΝοΒ 1999, 346, θεωρώντας μάλιστα και δικαίως από πολλές απόψεις, ότι ενόψει των πραγματικών περιστατικών της ένδικης διαφοράς, τα οποία διαφοροποιούνταν ουσιωδώς από εκείνα της υπόθεσης C-129/04, δεν ασκούσε επιρροή η κρίση του ΔΕΕ, όπως αποτυπώθηκε στην απόφαση επί της τελευταίας. Ακόμα πιο διεισδυτική ήταν η επίσης αντίθετη κρίση της απόφασης ΣτΕ (7μελής) 1844/2013, η οποία αρνήθηκε να αναγνωρίσει αυτοτελές δικονομικό δικαίωμα για άσκηση αίτησης ακύρωσης σε μεμονωμένο μέλος κοινοπραξίας, εφόσον δέχτηκε κατ' αρχήν την ύπαρξη γενικού δικονομικού κανόνα, ο οποίος αποκλείει φυσικό ή νομικό πρόσωπο που μετέχει σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ως μέλος κοινοπρακτικού σχήματος, να ασκήσει αυτοτελώς τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα κατά των πράξεων και παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής, στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας. Θεωρήθηκε ωστόσο, ότι σύμφωνα με την προπαρατεθείσα νομολογία του ΔΕΕ και της ερμηνείας που έτυχε αυτή από τη ΣτΕ (Ολομ.) 3471/2011, ήταν δυνατή η δικαστική διεκδίκηση ακύρωσης της βλαπτικής για τα συμφέροντα της κοινοπραξίας πράξης είτε της αναθέτουσας αρχής είτε τρίτης αρχής, δυνάμενης όμως να έχει ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή εκδόθηκε κατά το προσυμβατικό στάδιο ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και από μεμονωμένο μέλος συμμετέχουσας κοινοπραξίας, ατομικά, μόνο όμως στην περίπτωση που η αίτηση ακύρωσης που ασκεί το κοινοπρακτούν μέλος και φέρεται προς κρίση ενώπιον του αρμόδιου δικαστή συνδέεται με αξίωση αποζημίωσης, ήτοι με αίτημα αποκατάστασης της ζημίας, την οποία υπέστη ατομικώς, επ' αφορμή της συμμετοχής της κοινοπραξίας σε διαγωνισμό διεπόμενο από τις διατάξεις του ίδιου νόμου. Στην

αμφιταλάντευση των Συμβούλων που μετείχαν στη σύνθεση ως προς την ενιαία εφαρμογή των εν λόγω πορισμάτων και την εξαγωγή ενός ασφαλούς δικονομικού κανόνα²⁵¹.

Όπως λοιπόν γίνεται αντιληπτό από τα προεκτεθέντα, οι τάσεις στους κόλπους του ΣτΕ ως προς το επίμαχο ζήτημα της παραδεκτής άσκησης αίτησης ακύρωσης εκ μέρους μέλους κοινοπραξίας ατομικά, φάνηκε να αποκρυσταλλώνονται προς τις εξής δύο κατευθύνσεις. Από τη μία πλευρά, αναγνωριζόταν απευθείας έννομο συμφέρον σε έκαστο μέλος της κοινοπραξίας να στραφεί κατά βλαπτικών για τα συμφέροντα της τελευταίας, πράξεων της αναθέτουσας αρχής, στηριζόμενο επί των εξαχθέντων πορισμάτων των σχετικών αποφάσεων του ΔΕΕ. Από την άλλη πλευρά, η δεύτερη δέσμη αποφάσεων, κρίνοντας ότι κατ' αρχήν διαπιστώνεται οριζόντια εφαρμοζόμενος δικονομικός κανόνας που απαγορεύει την αναγνώριση εννόμου συμφέροντος, κατέληγε ωστόσο, όλως εξαιρετικά, να διαπιστώσει κάμψη του ίδιου κανόνα υπό τον όρο ότι συνέτρεχαν δύο προϋποθέσεις. Αφενός το αίτημα ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, θα έπρεπε να συνδέεται με τη μετέπειτα διεκδίκηση αποζημίωσης λόγω ζημίας που υπέστη το αιτούν μέλος, από δαπάνες, στις οποίες υποβλήθηκε επ' ευκαιρία της παρουσίας του στη συμμετέχουσα σε δημόσιο διαγωνισμό κοινοπραξία και αφετέρου, ταυτόχρονα, θα έπρεπε η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να εδράζεται επί προηγούμενης απόφασης τρίτης αρχής, εκτός της αναθέτουσας αρχής του διαγωνισμού, η οποία όμως, δεδομένα ασκεί επίδραση στην τελική κρίση της τελευταίας και στον αποκλεισμό της κοινοπραξίας από τον διαγωνισμό.

Υπό το πρίσμα τόσο της πιο ευρείας αναγνώρισης δικονομικού δικαιώματος σε κάθε ένα μέλος της κοινοπραξίας όσο και της στενότερης, κατ' εξαίρεση παραδοχής

προκειμένη περίπτωση εντούτοις, αρνήθηκε την παραδεκτή άσκηση του φερόμενου προς κρίση ενώπιόν του ενδίκου βοηθήματος, καθώς αφενός το μέλος της κοινοπραξίας δεν σύνδεσε την ασκηθείσα ατομικώς αίτηση ακύρωσής του με αξίωση αποζημίωσης για ζημία που υπέστη το ίδιο και μόνο από δαπάνες, στις οποίες υποβλήθηκε λόγω της συμμετοχής του στην κοινοπραξία, αφετέρου η προσβαλλόμενη πράξη πράγματι είχε εκδοθεί από όργανο της αναθέτουσας αρχής και όχι από τρίτη ανεξάρτητη αρχή. Ως εκ τούτου, η απόκλιση από τον ανωτέρω δικονομικό κανόνα, όπως διατυπώθηκε από το ΔΕΕ και έγινε δεκτή από τη ΣτΕ (Ολομ.) 3471/0211 δεν μπορούσε να τύχει εφαρμογής. Στην απόφαση αυτή δεν υπήρξε μειοψηφία, αλλά διατυπώθηκε ειδική γνώμη από έναν και μόνο Σύμβουλο (σκέψη 15), η οποία όμως κρίθηκε συγκλίνουσα κατ' αποτέλεσμα, με την άποψη των υπολοίπων μελών της σύνθεσης. Ως απαράδεκτη, κατά τα ανωτέρω, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο των επιμέρους μελών ενός κοινοπρακτικού σχήματος, απέρριψε αντίστοιχα ασκηθείσα αίτηση ακύρωσης και η ΣτΕ 1845/2013 χωρίς μειοψηφία και με σαφώς πιο συνοπτικό αιτιολογικό. Έτσι και ΕΑ ΣτΕ 588/2011, τονίζοντας όμως στη σκέψη 7 ότι η απόρριψη της αίτησης αναστολής, αλλά και της σχετικής αίτησης ακύρωσης που τυχόν θα ασκηθεί ως απαράδεκτης με την αιτιολογία που αναφέρεται στις προηγούμενες σκέψεις της απόφασης, δεν αποστερεί τις αιτούσες εταιρείες, ως μέλη της διαγωνιζόμενης σύμπραξης, να ασκήσουν αυτοτελώς αγωγή για την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν ατομικώς από πράξεις ή παραλείψεις οργάνων του διαγωνισμού, ενόψει της διάταξης του άρθρου 9 παρ. 2 του Ν. 3886/2010.

²⁵¹ Διάφορο πάντως ήταν το ζήτημα που κλήθηκαν να κρίνουν οι 1718/2019 και 1719/2019 αποφάσεις του ΣτΕ, αναγνωρίζοντας ευχερώς έννομο συμφέρον στους λοιπούς αιτούντες, συμπράττοντες οικονομικούς φορείς (μελετητές και μελετητικά γραφεία στις υπό εξέταση περιπτώσεις), στους οποίους πλέον περιλαμβανόταν, σε σχέση με τη σύνθεση, με την οποία μετείχαν στον διαγωνισμό, έτερος οικονομικός φορέας, ο οποίος είχε συγχωνευθεί, πριν την άσκηση της κρινόμενης αίτησης, με εταιρεία που ήταν αρχικά μέλος της συμμετέχουσας κοινοπραξίας, κάνοντας πάντως ρητή παραπομπή στα πορίσματα της ΣτΕ 2700/2013, ΣτΕ (7μελής) 1844/2013, ΣτΕ (Ολομ.) 3741/2011 και στη ΣτΕ 4312/2011.

εννόμου συμφέροντος για την παραδεκτή άσκηση του σχετικού ενδίκου βοηθήματος, η επιδίωξη ήταν κοινή. Συγκεκριμένα οι ως άνω κρίσεις του ΣτΕ σκοπούν στο να μην αναιρείται η προστατευτέα και ευρύτερη κατά το ενωσιακό δίκαιο, δικονομική δυνατότητα που θα είχε μεμονωμένο μέλος να διεκδικήσει αποζημίωση σε έτερο δικαστήριο, για την επιδίκαση της οποίας όμως η προσβολή και ακύρωση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής παρίστατο ως αναγκαίο προαπαιτούμενο. Εντούτοις, όπως ήδη ειπώθηκε, το δικαίωμα αυτό θα παρεμποδιζόταν κατά παράβαση του σχετικού ενωσιακού κεκτημένου για την παροχή αποτελεσματικής έννομης προστασίας, καθώς θα οδηγούσε σε δικονομική αδυναμία δικαίωσης του μέλους ατομικά, εάν αναγνωριζόταν έννομο συμφέρον για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης, αποκλειστικά και μόνο στην κοινοπραξία, αφού αυτή και όχι έκαστο μεμονωμένο μέλος της είχε συμμετάσχει στον διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, ως υποψήφιος ανάδοχος.

iv. Η δικονομική θέση της κοινοπραξίας ως οριστικού αναδόχου.

Εγκαταλείποντας τις διαφοροποιούμενες και σε πολλές περιπτώσεις, αντικρουόμενες δογματικές και νομολογιακές προσεγγίσεις ως προς τα δικονομικά δικαιώματα της κοινοπραξίας και των μελών αυτής να ασκούν τα προβλεπόμενα στον νόμο ένδικα βοηθήματα κατά το προσυμβατικό στάδιο ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης, σαφώς πιο ξεκάθαρο διαμορφώνεται το τοπίο αναφορικά με τη δικονομική αντιμετώπιση της κοινοπραξίας στο στάδιο πλέον της εκτέλεσης της ανατεθείσας σύμβασης²⁵². Ως εκ τούτου, σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 175 για τις εκτελούμενες συμβάσεις έργων²⁵³ και την παρ. 6 του άρθρου 205Α για τις εκτελούμενες συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών²⁵⁴ του Ν. 4412/2016, ανάδοχος των οποίων έχει αναδειχθεί κοινοπραξία, προβλέπεται με πανομοιότυπη σχεδόν διατύπωση²⁵⁵ ότι η σχετική προσφυγή ασκείται είτε από την ίδια την

²⁵² Στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έργων, το ζήτημα είχε λυθεί με ρητή νομοθετική ρύθμιση ήδη με την αντικατάσταση του άρθρου 13 του Ν. 1418/1984 και την προσθήκη παρ. 8 σε αυτό, δυνάμει του άρθρου 3 παρ. 3 του Ν. 2940/2001, όπως στη συνέχεια κωδικοποιήθηκε με την παρ. 8 του άρθρου 77 του Ν. 3669/2008. Κατά τον ίδιο τρόπο αντιμετωπιζόταν το εν λόγω ζήτημα και υπό το φως των διατάξεων του Ν. 3316/2005 για τις συμβάσεις εκπόνησης μελετών κλπ., με ρητή παραπομπή στην ανωτέρω διάταξη, βάσει της παρ. 14 του άρθρου 41 του τελευταίου αυτού νόμου.

²⁵³ Διάταξη που δεν μεταβλήθηκε, αλλά απλώς αναριθμήθηκε από παρ. 8 σε παρ. 7 με την αντικατάσταση του άρθρου 175 του Ν. 4412/2016 με το άρθρο 21 του Ν. 4491/2017 «Νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου-Εθνικός Μηχανισμός Εκπόνησης, Παρακολούθησης και Αξιολόγησης των Σχεδίων δράσης για τα Δικαιώματα του Παιδιού και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 152/13.10.2017).

²⁵⁴ Το άρθρο 205Α είχε προστεθεί στον Ν. 4412/2016 με το άρθρο 43 παρ. 24.α. του Ν. 4605/2019 «Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με την Οδηγία (ΕΕ) 2016/943 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 8ης Ιουνίου 2016 σχετικά με την προστασία της τεχνολογίας και των επιχειρηματικών πληροφοριών που δεν έχουν αποκαλυφθεί (εμπορικό απόρρητο) από την παράνομη απόκτηση, χρήση και αποκάλυψή τους (EEL 157 της 15.6.2016) - Μέτρα για την επιτάχυνση του έργου του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 52/01.04.2019).

²⁵⁵ «Αν ο ανάδοχος του έργου είναι κοινοπραξία, η προσφυγή ασκείται είτε από την ίδια είτε από όλα τα μέλη της, που μεταξύ τους στην περίπτωση αυτή υπάρχει αναγκαστική ομοδικία.». Με το άρθρο 56 παρ. 6 του Ν. 4609/2019 «Ρυθμίσεις Μέριμνας Προσωπικού Ενόπλων Δυνάμεων, Στρατολογίας, Στρατιωτικής Δικαιοσύνης και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 67/03.05.2019) στην παρ. 6 του άρθρου 205Α οι λέξεις «του έργου» αντικαταστάθηκαν από τη διατύπωση «της σύμβασης», προφανώς για λόγους νομικής ακριβολογίας.

κοινοπραξία ως συμμετοχικό σχήμα είτε εν συνόλω, από όλα τα μέλη της και στην τελευταία αυτή περίπτωση, θεμελιώνεται αναγκαστική μεταξύ τους ομοδικία²⁵⁶.

Με τις ανωτέρω διατάξεις είναι προφανές ότι αποτυπώνεται η στενότερη σχέση που διέπει τους περισσότερους οικονομικούς φορείς, εφόσον η κοινοπραξία στην οποία συμμετέχουν, έχει αναλάβει ως οριστικός ανάδοχος πλέον την εκτέλεση της ανατεθείσας δημόσιας σύμβασης. Το εξαχθέν συμπέρασμα καθίσταται εναργές, καθώς αναγνωρίζεται στα μέλη της κοινοπραξίας μία κάποια αυτοτέλεια ενεργειών και διάθεσης των ατομικών τους ουσιαστικών και δικονομικών δικαιωμάτων, κατά το προσυμβατικό στάδιο, όπως αναλύθηκε στις αμέσως προηγούμενες παραγράφους της παρούσας. Από τη στιγμή υπογραφής όμως της σύμβασης με την αναθέτουσα αρχή, κάθε συναφής δυνατότητα των μεμονωμένων μελών απορροφάται ολοκληρωτικά από το συμμετοχικό σχήμα της κοινοπραξίας, δεδομένου ότι αποκλειστικά αυτή, ως ενιαίος οικονομικός φορέας και μόνο, διατηρεί διάλογο επικοινωνίας με την αναθέτουσα αρχή, αλλά και αντλεί δικαιώματα και βαρύνεται με υποχρεώσεις ως αντισυμβαλλόμενος της υπογραφείσας δημόσιας σύμβασης. Συνεπεία τούτου, παρέπεται ότι και μόνο αυτή μπορεί να έχει ικανότητα διαδίκου και να είναι ταυτόχρονα φορέας των εννόμων σχέσεων που πηγάζουν από τη συμβατική σχέση της με την αναθέτουσα αρχή και όχι τα επιμέρους μέλη αυτής, ατομικώς.

4. Η υποβολή προσφοράς και η συμμετοχή της κοινοπραξίας σε δημόσιο διαγωνισμό.

Κατόπιν των ανωτέρω αναφορών, έχει καταστεί πλέον σαφής η στενή, «συγγενική» θα μπορούσε να ειπωθεί, σχέση και οι «παράλληλοι βίοι» που διάγουν η ένωση με την κοινοπραξία, ως οι δύο *stricto sensu* θεσμοί, οι οποίοι δίνουν τη δυνατότητα σε περισσότερους οικονομικούς φορείς να ενώσουν τις δυνάμεις τους και να επιδιώξουν την κατακύρωση σε αυτούς από κοινού, του αντικειμένου ενός δημόσιου διαγωνισμού. Συναφώς, αναμφισβήτητο παραμένει το γεγονός ότι κοινοπραξία και ένωση οικονομικών φορέων, τελούν σε σχέση ειδικού προς γενικό. Κατά συνέπεια, πρέπει να διευκρινιστεί ότι, συνεπακόλουθα, οι σχετικές διατάξεις του Ν. 4412/2016, οι οποίες διέπουν τη δομή και τη φύση της άτυπης ένωσης, όπως αναλύθηκαν ήδη στο Κεφάλαιο I, υπό 3.ι-vi. της παρούσας μελέτης, εφαρμόζονται και ισχύουν *mutatis mutandis* και για την κοινοπραξία. Όπου προβλέπεται από τον νομοθέτη ειδική ρύθμιση ή λόγω της φύσης των κοινοπρακτικών σχημάτων, διαπιστώνεται κάποια απόκλιση, θα γίνεται ειδική μνεία αυτής και θα παρουσιάζονται αντίστοιχα όλες οι επιμέρους ιδιαιτερότητες του συμμετοχικού αυτού μορφώματος, οι οποίες το διαφοροποιούν σε σχέση με τα ισχύοντα για την ένωση οικονομικών φορέων. Κατά τα λοιπά, ακολουθείται κατά βάση η δομή της αντίστοιχης παρουσίασης, όπως απεικονίστηκε και στο πλαίσιο του Κεφαλαίου I.

Προσέτι, όπως ήδη αναπτύχθηκε και στην εισαγωγή του παρόντος κεφαλαίου, στο ρυθμιστικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, ακόμα και όταν σε κάποιο

²⁵⁶ Έτσι και ΣτΕ 2370/2008, ΔΔικ 2010, 205, για τις συμβάσεις έργων. Πρβλ. και ΕφΑθ (Μον.) 165/2017 για τη νομιμοποίηση αποκλειστικά και μόνο του εκκαθαριστή, για την άσκηση αγωγής εκ μέρους της κοινοπραξίας στο στάδιο της εκκαθάρισης αυτής.

νομοθέτημα γίνεται στενότερη αναφορά στον μονοσήμαντο όρο «κοινοπραξία»²⁵⁷, είναι σαφές ότι νοούνται όλα τα εκ προοιμίου απροσδιόριστα, συμμετοχικά σχήματα, εν δυνάμει προσφερόντων ή υποψηφίων οικονομικών φορέων που η συναλλακτική πρακτική ή η φαντασία των τελευταίων μπορεί να «γεννήσει». Εξάλλου, είναι εξίσου προφανές ότι η εν λόγω αναφορά, δεν έχει σκοπό να εντάξει στο κανονιστικό πλαίσιο των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών αποκλειστικά και μόνο την κοινοπραξία, ως τέτοια, αλλά στο όνομα της τελευταίας, ρυθμίζονται όλα τα συναφή ζητήματα που άπτονται της συμμετοχής και υποβολής προσφοράς, οποιουδήποτε ευρύτερου του ενός οικονομικού φορέα, συνασπισμού φυσικών ή νομικών προσώπων.

ι. Το θεσμικό πλαίσιο.

Όπως λοιπόν καθίσταται ανάγλυφο από τα προλεχθέντα, η δυνατότητα συμμετοχής κοινοπραξίας σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 2 παρ. 1 περίπτωση 11), 19 παρ. 2-4 και 25 παρ. 1 του Ν. 4412/2016²⁵⁸. Στην παρ. 2 του άρθρου 19 μάλιστα, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα ότι η συμμετοχή οικονομικού φορέα δεν πρέπει να παρεμποδίζεται ή να απαγορεύεται εξαιτίας της νομικής μορφής που έχει αυτός²⁵⁹, υπάρχει ρητή αναφορά, σε δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να απαιτήσει από μία συμμετέχουσα ένωση οικονομικών φορέων να περιβληθεί συγκεκριμένη νομική μορφή, σε περίπτωση που ανακηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης, εφόσον μια τέτοια δέσμευση κρίνεται αναγκαία, για την ικανοποιητική εκτέλεση της σύμβασης²⁶⁰. Ειδικά δε για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, εν είδη παραδείγματος προτείνεται η μορφή που θα λάβει η

²⁵⁷ Όπως πχ. στο άρθρο 39 του ΠΔ 60/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK "περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών", όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/EK της Επιτροπής και την Οδηγία 2005/75/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Νοεμβρίου 2005.» (ΦΕΚ Α' 64/16.03.2007), το οποίο ενσωμάτωσε το άρθρο 4 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/EK, στο άρθρο 11 του ΠΔ 59/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/17/EK "περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών", όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε.» (ΦΕΚ Α' 63/16.03.2007), όπως ενσωμάτωσε το αντίστοιχο άρθρο 11 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/17/EK, στο άρθρο 20 του Ν. 3316/2005, στο άρθρο 21 παρ. 4 του Ν. 3978/2011, όπως εναρμόνισε την εθνική νομοθεσία με το άρθρο 5 παρ. 2 της Οδηγίας 2009/81/EK, αλλά και στο άρθρο 307 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

²⁵⁸ Αντίστοιχα άρθρα 254 και 255 στο Βιβλίο ΙΙ του Ν. 4412/2016.

²⁵⁹ Πρβλ. σχετικά Απόφαση ΔΕΕ της 23.01.2003, C-57/01, *Μακεδονικό Μετρό & Μηχανική Α.Ε.*, ECLI:EU:C:2003:47 (σκέψεις 60-61), Απόφαση ΔΕΕ της 23.12.2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)*, ECLI:EU:C:2009:807 (σκέψεις 37 επ., ειδικά σκέψη 39) και Απόφαση ΔΕΕ της 11.06.2020, C-219/19, *Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura*, ECLI:EU:C:2020:470 (σκέψεις 20-21 και εκεί περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία του ΔΕΕ). Έτσι και *Albert Sánchez Graells*, ό.π., σελ. 336 επ. *Sue Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd Edition, London, Sweet & Maxwell, 2005, σελ. 1322-1323 και *Steen Treumer*, *Recent Trends in the Case Law from the European Court of Justice in R. Nielsen and S. Treumer (eds)*, *New EU Public Procurement Directives*, Copenhagen, Djøf Forlag, 2005, σελ. 76-77.

²⁶⁰ Βλ. και Απόφαση ΔΕΕ της 18.12.2007, C-357/06, *Frigerio Luigi & C. Snc*, ECLI:EU:C:2007:818 (σκέψεις 21-22 και ιδίως σκέψεις 25-29), με την οποία κρίθηκε ότι αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων σχετική εθνική ρύθμιση και ότι δεν μπορεί να απαγορευθεί σε κοινοπραξία οικονομικών φορέων, να συμμετάσχει σε δημόσιο διαγωνισμό, απλώς και μόνο για τον λόγο ότι οι εν λόγω υποψήφιοι ή υποβάλλοντες προσφορά δεν έχουν τη νομική μορφή που αντιστοιχεί σε συγκεκριμένη κατηγορία νομικών προσώπων, δηλαδή δεν είναι κεφαλαιουχική εταιρεία. Έτσι και ΕλΣυν Τμήμα VI 1071/2017 και ΕλΣυν Τμήμα VII 158/2021.

ανάδοχος ένωση να είναι αυτή της κοινοπραξίας, συσταθείσας δια συμβολαιογραφικού εγγράφου, ώστε να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και μοναδικού αριθμού φορολογικού μητρώου για αυτήν²⁶¹.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι η όποια αναφορά σε «*υπό σύσταση κοινοπραξία*» ως αυτοτελή οικονομικό φορέα, στερείται ουσίας και νομικού περιεχομένου και μόνο από πρακτική σκοπιά διατηρεί ίσως κάποια αξία, καθώς από συστηματικής και δογματικής άποψης, ειδικά μετά και τη νομοθετική ρύθμιση της κοινοπραξίας, οποιοδήποτε συνεργατικό μόρφωμα για την υποβολή κοινής προσφοράς μεταξύ περισσοτέρων οικονομικών φορέων χωρίς νομική προσωπικότητα, *de lege lata* θα εμπίπτει υποχρεωτικά στην έννοια της άτυπης ένωσης οικονομικών φορέων. Αντιθέτως, για τη νόμιμη σύσταση κοινοπραξίας, θα πρέπει να υπάρχει κοινοπρακτικό έγγραφο σύστασής της (υπό την έννοια του καταστατικού της), απόκτηση χωριστού Α.Φ.Μ. σε σχέση με αυτά των συμμετεχόντων μελών, δηλωθείσα έδρα, επωνυμία κλπ., οπότε βάσει των οριζομένων στο άρθρο 293 του Ν. 4072/2012, η εν λόγω κοινοπραξία θα λογίζεται ως ήδη συσταθείσα και εφόσον καταχωρηθεί και στο Γ.Ε.ΜΗ. θα καταστεί η ίδια αυτοτελώς και φορέας των εννόμων σχέσεων που πηγάζουν από την επιχειρηματική δραστηριότητα που αναπτύσσει.

Στην πράξη, το συνηθέστερο φαινόμενο είναι να λαμβάνει μέρος στην προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία μία ένωση οικονομικών φορέων, αναλαμβάνοντας ταυτόχρονα τη δέσμευση έναντι της αναθέτουσας αρχής, ότι εφόσον ανακηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης, θα περιβληθεί τη νομική μορφή της κοινοπραξίας. Κατά συνέπεια, η εν λόγω σύμπραξη οικονομικών φορέων, υποβάλλει προσφορά ως άτυπη ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων, τελώντας υπό την αναβλητική αίρεση της ανάληψης της διεκδικούμενης σύμβασης και της μετατροπής της σε κοινοπραξία, υπό τους όρους του άρθρου 293 του Ν. 4072/2012.

ii. *Η σύσταση της κοινοπραξίας. Η νόμιμη εκπροσώπηση αυτής και η ευθύνη των μελών της.*

Ομοίως, ως προς τον τρόπο σύστασής της, η κοινοπραξία δεν απέχει ιδιαίτερα από εκείνον της σύστασης μιας ένωσης οικονομικών φορέων. Ωστόσο, στις περιπτώσεις που αυτό απαιτείται από τη διακήρυξη²⁶², θα πρέπει να συσταθεί με συμβολαιογραφικό έγγραφο, το οποίο θα έχει τον χαρακτήρα καταστατικού και με το

²⁶¹ Η εν λόγω διατύπωση του νόμου δεν είναι άγνωστη, καθώς παρόμοιας σύλληψης διάταξη υπήρχε στο άρθρο 140 παρ. 2 του Ν. 3669/2008, στο άρθρο 39 παρ. 2 του ΠΔ 60/2007 (άρθρο 4 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ), στο άρθρο 11 παρ. 2 του ΠΔ 59/2007 (άρθρο 11 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ), αλλά και στο άρθρο 21 παρ. 4 του Ν. 3978/2011 (άρθρο 5 παρ. 2 της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ). Οι προαναφερθείσες διατάξεις των δύο οδηγιών του 2004 είχαν προλάβει να συμπεριληφθούν και στο άρθρο 33 παρ. 2 του παντελώς αποτυχημένου και ουσιαστικά ανεφάρμοστου Ν. 4281/2014 «Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας, οργανωτικά θέματα Υπουργείου Οικονομικών και άλλες διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 160/08.08.2014). Βλ. και Φ. Λάμπου, Η δημόσια σύμβαση ανάμεσα στο αστικό και το δημόσιο δίκαιο (Συμβαλλόμενα μέρη, Αντικείμενο), Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α' Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2014, σελ. 59.

²⁶² Η σύσταση της κοινοπραξίας με συμβολαιογραφικό έγγραφο δεν είναι *jus cogens*, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνεται και δεν φαίνεται να προκύπτει από τη γραμματική διατύπωση οποιασδήποτε διάταξης που αφορά τη λειτουργία της. Πρβλ. σχετικά ΣτΕ 2789/20007, ΣτΕ 1185/2020 και όμοιες με αυτήν 1186 και 1187/2020. Έτσι και Ε. Αδαμαντίδου, ό.π., σελ. 36-37.

οποίο θα ρυθμίζονται τα επιμέρους ζητήματα της λειτουργίας της²⁶³. Με το ίδιο συμβολαιογραφικό έγγραφο ορίζεται και η νόμιμη εκπροσώπηση της κοινοπραξίας έναντι της αναθέτουσας αρχής. Ο διορισμός ενός φυσικού προσώπου ως νομίμου εκπροσώπου της κοινοπραξίας, καθώς και του αναπληρωτή του είναι υποχρεωτικό να γίνει με συμβολαιογραφική πράξη, ενώ τα φυσικά πρόσωπα, στα οποία θα ανατεθεί η εκπροσώπηση της κοινοπραξίας, πρέπει αμφότερα να προέρχονται από τα κοινοπρακτούντα μέρη. Φυσικά, εφόσον προβλέπεται στο καταστατικό της κοινοπραξίας, ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτής, θα μπορεί να διορίζει περαιτέρω δικαστικούς πληρεξουσίους και αντικλήτους αυτής, καθορίζοντας και το εύρος των εξουσιών που μπορούν να τους ανατίθενται²⁶⁴.

Σε κάθε περίπτωση είναι σαφές ότι εν προκειμένω, εφόσον η κοινοπραξία αποκτήσει με τη σύστασή της ικανότητα δικαίου και ενδεχομένως επιδιώκει και εμπορικό σκοπό, οπότε θα καταχωρηθεί στο Γ.Ε.ΜΗ. και άρα θα καταστεί φορέας των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων που πηγάζουν από την ανάληψη εκτέλεσης μιας δημόσιας σύμβασης αυτοτελώς, έχει πλέον τον χαρακτήρα (έστω και ατελούς) νομικού προσώπου και δη οιονεί εταιρείας. Κατά την έννοια αυτή λοιπόν, ο διορισθείς νόμιμος εκπρόσωπός της φαίνεται να ταυτίζεται κατά το μάλλον ή ήττον και βάσει των περιεχομένου του ιδρυτικού καταστατικού της κοινοπραξίας, με τα διαχειριστικά/εκπροσωπευτικά όργανα των κατά περίπτωση εταιρικών τύπων (διαχειριστής, διοικητικό συμβούλιο κλπ.). Συνεπώς, η όλη προβληματική που αναπτύχθηκε στο Κεφάλαιο Ι του παρόντος πονήματος και τα αναφερόμενα ζητήματα γύρω από τις διακριτές έννοιες του νομίμως εξουσιοδοτημένου εκπροσώπου και του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης οικονομικών φορέων, δεν βρίσκει καμία απολύτως εφαρμογή στο πλαίσιο ανάλυσης του θεσμού της κοινοπραξίας.

Στην ίδια λογική, κατ' αντιδιαστολή προς τα προβλεπόμενα για την ένωση οικονομικών φορέων, αμφίβολης χρησιμότητας είναι και η αναγκαιότητα αναγνώρισης αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης των επιμέρους μελών μιας κοινοπραξίας. Λαμβανομένου υπόψη ότι το συναλλακτικό μόρφωμα της κοινοπραξίας έχει πλέον «απορροφήσει», τουλάχιστον στο πλαίσιο εκτέλεσης μιας συγκεκριμένης σύμβασης, την αυτοτέλεια των μελών που την απαρτίζουν, ανεξάρτητα από το αναμφισβήτητο γεγονός ότι αυτά μπορούν παράλληλα να δραστηριοποιούνται συναλλακτικά στον ίδιο ή σε διαφορετικό επιχειρηματικό κλάδο, είναι προφανές ότι η αναθέτουσα αρχή έχει απέναντί της, ως αντισυμβαλλόμενο, το κοινοπρακτικό σχήμα, χωρίς να επηρεάζεται από τη μεταβολή της σύνθεσής του, είτε (σπανιότερα) διαρκούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας είτε (συνηθέστερα) κατά το στάδιο εκτέλεσης της ανατεθείσας σύμβασης.

Θα μπορούσε να ειπωθεί δηλαδή ότι ακριβώς επειδή σε μια ένωση, οι δεσμοί μεταξύ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, παραμένουν πιο χαλαροί, απαιτείται η αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη αυτών, προκειμένου να διασφαλιστεί κατά

²⁶³ Πρβλ. ωστόσο την παρ. 4 του άρθρου 35 του ΠΔ 609/1985 που πράγματι απαιτούσε από την ανάδοχο κοινοπραξία, να καταθέσει συμβολαιογραφική πράξη διορισμού κοινού εκπροσώπου και αναπληρωτή αυτού, όπως άλλωστε και η παρ. 2 του άρθρου 22 περιείχε την ίδια απαίτηση για τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς που είχαν τη μορφή κοινοπραξίας. Η ίδια διάταξη διατηρήθηκε για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και στην παρ. 2 του άρθρου 140 του Ν. 4412/2016.

²⁶⁴ ΣτΕ 3615/1998, ΔΔικ 2000, 1085, ΣτΕ 1185/2020 και όμοιες με αυτήν 1186 και 1187/2020.

κάποιον τρόπο η ενότητα του συμμετοχικού αυτού σχήματος από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής, μέχρι του πέρατος όχι μόνο του προσυμβατικού σταδίου ενός διαγωνισμού, αλλά και της ολοκλήρωσης της εκτελούμενης σύμβασης, εφόσον έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος. Αντιθέτως, στην κοινοπραξία, η «γέννηση» ενός χωριστού οιονεί νομικού προσώπου, αυτοτελούς υποκειμένου εννόμων σχέσεων και η εμφάνισή του στις προς τα έξω συναλλαγές ως αυτόνομου οικονομικού φορέα, με μεγαλύτερο βαθμό ομογενοποίησης των επιμέρους συστατικών του, οδηγεί αναγκαστικά και σε μεγαλύτερη μίξη και συνακόλουθα, ταύτιση των ατομικών επιδιώξεων των μεμονωμένων οικονομικών φορέων, χωρίς ανάγκη προσφυγής στην αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη των κοινοπρακτούντων μερών, αφού υπεύθυνο έναντι της αναθέτουσας αρχής, για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων της κοινοπραξίας παραμένει σε κάθε περίπτωση το, κατά συνθήκη, νομικό πρόσωπο της ίδιας. Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να παραγνωρισθεί ότι τα μέλη της κοινοπραξίας, με μόνη τη συμμετοχή τους σε αυτή, αναλαμβάνουν *de facto* μια ιδιότυπη αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη, κατ' αποτέλεσμα ταυτιζόμενη με την προβλεπόμενη στην παρ. 4 του άρθρου 19²⁶⁵ για τα μέλη της ένωσης.

iii. Η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από την κοινοπραξία.

Οι ανωτέρω προσεγγίσεις ισχύουν και καθίστανται έτι περαιτέρω εναργείς, κατά τον έλεγχο των τιθέμενων σε μία διακήρυξη ή πρόσκληση, κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων ή υποψηφίων οικονομικών φορέων. Έχοντας ως σημείο εκκίνησης τις παραδοχές που έγιναν υπό 3.iv. του πρώτου κεφαλαίου της παρούσας, στην εξεταζόμενη περίπτωση, κατά την οποία, συμμετέχων οικονομικός φορέας είναι μία κοινοπραξία, παραμένει αμφιβόλου περιεχομένου, η διάκριση που κάνει ο νομοθέτης ανάμεσα σε κριτήρια, για τα οποία απαιτείται η πλήρωσή τους εκ μέρους όλων των μελών της ένωσης και σε εκείνα που αρκεί η πλήρωσή τους από ένα και μόνο μέλος αυτής. Εάν γίνει δεκτό ότι η διάταξη του νόμου²⁶⁶ κάνει γενική και οριζόντια αναφορά σε ενώσεις, περιλαμβανομένων και των κοινοπραξιών ως ειδική κατηγορία ενώσεων, τότε όσα εκτέθηκαν αναλυτικά στην οικεία ενότητα του πρώτου κεφαλαίου της παρούσας, ισχύουν *mutatis mutandis* και για την κοινοπραξία.

Εντούτοις, εγείρονται επιφυλάξεις, καθώς η ειδοποιός διαφορά της κοινοπραξίας είναι ότι σε αντίθεση με άλλες, άτυπες ενώσεις οικονομικών φορέων, αυτή δύναται να αποκτά νομική προσωπικότητα και όπως ήδη ειπώθηκε, μπορεί υπό προϋποθέσεις να καταστεί και αυτοτελώς φορέας των εννόμων σχέσεων που πηγάζουν τόσο από τη συμμετοχή της σε μια διαγωνιστική διαδικασία όσο και από την εκτέλεση μιας δημόσιας σύμβασης. Υπό το πρίσμα αυτό συνεπώς, η συνεισφορά κάθε μεμονωμένου οικονομικού φορέα για την κατάρτιση των συνολικών «τυπικών

²⁶⁵ Αντίστοιχο άρθρο 254 παρ. 5 του νόμου.

²⁶⁶ Η διατύπωση των επίμαχων διατάξεων της Οδηγίας κάνει λόγο για «ομίλους οικονομικών φορέων», στους οποίους φαίνεται να περιλαμβάνεται και η κοινοπραξία, ενώ η αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 δεν αποσαφηνίζει το ζήτημα. Πρβλ. ανωτέρω υποσημείωση 141 και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΜΕΡΟΣ Δ με τίτλο «Πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις γνωστοποιήσεις ανάθεσης σύμβασης» (όπως στο άρθρο 50), υπό 12, περίπτωση β), όπου γίνεται χωριστή αναφορά σε «όμιλο οικονομικών φορέων» που δύναται να περιλαμβάνει «κοινή επιχείρηση, κοινοπραξία ή άλλο».

προσόντων» της κοινοπραξίας και κατ' επέκταση την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής εκ μέρους της θα πρέπει να εξετάζεται μόνο εν συνόλω σε επίπεδο ελέγχου και αξιολόγησης της ίδιας, ως αυτοτελούς νομικού προσώπου²⁶⁷.

Από την άλλη πλευρά, αυτονόητα, δεν μπορεί η εν γένει ακαταλληλότητα ενός οικονομικού φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού²⁶⁸ ή δεν πληροί κάποιο από τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ειδικά ως προς την καταλληλότητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, επ' ευκαιρία της συμμετοχής του σε ένα συμμετοχικό κοινοπρακτικό σχήμα, να «καλύπτεται» και να εκφεύγει του ελέγχου της αναθέτουσας αρχής. Αυτό είναι σαφές, καθώς η συμμετοχή σε κοινοπραξία ενός οικονομικού φορέα, ο οποίος κρίνεται ατομικά, επαγγελματικά ακατάλληλος,

²⁶⁷ Έτσι η ΣτΕ 812/2009, με την οποία κρίθηκε ότι ένα κριτήριο επιλογής, είτε αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της κοινοπραξίας ως αυτοτελούς οικονομικού φορέα, είτε την οικονομική χρηματοοικονομική της επάρκεια, δεν χρειάζεται να πληρούται από το κάθε μέλος αυτής, αλλά αρκεί ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας να καλύπτει το κριτήριο αυτό, ενώ η ΕλΣυν Τμήμα VI 527/2012 έκρινε επιπλέον ότι, όρος της διακήρυξης, ο οποίος συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή μιας σύμπραξης στη διαγωνιστική διαδικασία με την απαίτηση συνδρομής του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας σε όλα τα μέλη της κοινοπραξίας, είναι μη νόμιμος, αλλά και ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνοψης 6025/2015. Απόφαση ΔΕΕ της 18.07.2007, C-399/05, *Επιτροπή κατά Ελλάδα*, ECLI:EU:C:2007:446 (σκέψεις 22 επ.), με την οποία υπενθυμίστηκε ότι ένα κριτήριο επιλογής, όπως, στην κρινόμενη περίπτωση, το κριτήριο της προηγούμενης εμπειρίας, δεν χρειάζεται να πληρούται από κάθε μέλος μιας προσφέρουσας κοινοπραξίας και ότι αρκεί ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας να πληροί το κριτήριο αυτό. Βλ. υπό την έννοια αυτή, Απόφαση ΔΕΕ της 14.04.1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV*, ECLI:EU:C:1994:133 (σκέψη 13). Ίδια η κρίση του ΔΕΕ ως προς την ικανοποίηση των απαιτούμενων τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων σε περίπτωση από κοινού υποβολής προσφοράς εκ μέρους πλειόνων οικονομικών φορέων στην Απόφαση ΔΕΕ της 05.04.2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266 (σκέψεις 86-96).

²⁶⁸ Ενδιαφέρουσα η ΕλΣυν Ε' Κλιμάκιο 436/2022, η οποία έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή σχεδίου σύμβασης μεταξύ του Δήμου Θεσσαλονίκης και ένωσης οικονομικών φορέων, λαμβάνοντας υπόψη ότι η έκδοση της υπ' αριθμ. 48/2022 απόφαση τους Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, δυνάμει της οποίας ακυρώθηκε από τότε που ίσχυσε η έκπτωση μέλους της συμμετέχουσας στον νυν διενεργούμενο διαγωνισμό κοινοπραξίας, από έτερη σύμβαση εργολαβίας του ίδιου Δήμου, συνιστά οφισιγενές περιστατικό που υποβλήθηκε νομίμως ενώπιον της αναθέτουσας αρχής κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 104 του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου εξέλιπε αναδρομικά ο λόγος αποκλεισμού της από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Ενόψει λοιπόν του γεγονότος ότι το ίδιο κοινοπρακτικό σχήμα είχε αρχικά αναδειχθεί πρώτο σε σειρά μειοδοσίας με δεύτερη την ως άνω ένωση, σειρά όμως η οποία ανατράπηκε, εξαιτίας της αρχικής διαπίστωσης λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο ενός κοινοπρακτούντος μέλους, η εκ νέου μεταβολή των δεδομένων με την έκδοση της απόφασης του ΔΕΦΑΘ, θα έπρεπε κατά την κρίση του οικείου σχηματισμού του ΕλΣυν να επαναφέρει την κοινοπραξία σε θέση προσωρινού αναδόχου και η σύμβαση να υπογραφεί με αυτήν και όχι με τη δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας, ένωση. Συναφώς βλ. και ΣτΕ 1668/2012, με την οποία κρίθηκε ότι νομίμως αποκλείστηκε από διεξαγόμενο διαγωνισμό η αιτούσα κοινοπραξία, στην οποία μετείχε ως κοινοπρακτούν μέλος Ομόρρυθμη Εταιρεία, της οποίας εταίρος ήταν φυσικό πρόσωπο που είχε κριθεί ένοχος για διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, δεδομένου ότι είχε κηρυχθεί έκπτωτο από άλλες εργολαβίες δημοσίων συμβάσεων, έστω και σε χρόνο που ασκούσε ατομική επιχείρηση. Στην ίδια λογική και η ΕλΣυν Τμήμα VI 1338/2017, η οποία απολύτως ορθά απεφάνθη ότι ενόψει της δυνατότητας συμμετοχής στον υπό κρίση διαγωνισμό αδιακρίτως και με τις ίδιες προϋποθέσεις τόσο κοινοπρακτικών σχημάτων όσο και ενώσεων, η πρόβλεψη σε όρο της διακήρυξης για την υποχρέωση υποβολής των πιστοποιητικών ISO και OHSAS από ένα τουλάχιστον μέλος κοινοπραξίας ισχύει για την ταυτότητα του λόγου και για τις ενώσεις φυσικών ή νομικών προσώπων. Για συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο μέλους κοινοπραξίας, η οποία επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς του συνολικού συμμετοχικού σχήματος, βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 615/2021, με την οποία κρίθηκε αιτιολογημένος ο αποκλεισμός της αιτούσας σύμπραξης από τον επίδικο διαγωνισμό, καθώς διαπιστώθηκε ότι συνέτρεχε ψευδής δήλωσή της για την απόδειξη της ειδικής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς της και η ενέργειά της, να συμπεριλάβει στον κατάλογο παρόμοιων με τις υπό ανάθεση μελετών, μελέτη που δεν της ανατέθηκε, ήταν ικανή να παραπλανήσει την αναθέτουσα αρχή και να επηρεάσει αθέμιτα την έκβαση του διαγωνισμού, υπέρ της.

αφερέγγυος ή τεχνικά ανεπαρκής, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης, δεν μπορεί να οδηγήσει σε αλλοίωση ή μερικότερο έλεγχο κατά το στάδιο αξιολόγησης της συμμόρφωσής του με τους όρους που θέτει η αναθέτουσα αρχή. Κατά το ίδιο σκεπτικό, η αξιοπιστία, η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, το επίπεδο ποιοτικής στάθμης εκ μέρους οικονομικού φορέα, ο οποίος υποβάλλει προσφορά είτε αυτόνομα είτε ως μέλος κοινοπραξίας, πρέπει να ελέγχεται και να διαπιστώνεται με το ίδιο μέτρο κρίσης και βάσει αξιολόγησης των ίδιων αποδεικτικών μέσων²⁶⁹.

²⁶⁹ Προς αυτή την κατεύθυνση η ΣτΕ 3642/2008 (σε συνέχεια της εκδοθείσας επί της ίδιας υπόθεσης ΕΑ ΣτΕ 246/2008, όπως αυτή έκανε δεκτή με το αυτό σκεπτικό την αίτηση αναστολής της αιτούσας σύμπραξης), με την οποία έγινε δεκτή αίτηση ακύρωσης κατά απόφασης αναθέτουσας αρχής, η οποία απέκλεισε συμμετέχουσα σύμπραξη μεταξύ εταιρείας ιδιωτικού δικαίου (Α.Ε.) και Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), δοθέντος ότι το τελευταίο δεν υπέβαλε ορισμένα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πιστοποιητικά ως όφειλε έκαστος συμμετέχων οικονομικός φορέας να πράξει. Κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, το εν λόγω Ν.Π.Δ.Δ. με την επωνυμία «Ελληνικό Κέντρο Θαλάσσιων Ερευνών» (ΕΛ.ΚΕ.Θ.Ε.) είχε υποβάλλει σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα προς την αναθέτουσα αρχή, αναφορικά με το κατά πόσο τα Ν.Π.Δ.Δ. απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής συγκεκριμένων δικαιολογητικών, μεταξύ των οποίων και των πιστοποιητικών ότι δεν τελούν σε πτώχευση, εκκαθάριση, αναγκαστική διαχείριση, πτωχευτικό συμβιβασμό καθώς και ότι δεν έχει κινηθεί διαδικασία για την κήρυξή τους σε πτώχευση, αναγκαστική εκκαθάριση ή αναγκαστική διαχείριση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή άλλη ανάλογη διαδικασία, με την αναθέτουσα αρχή να απαντάει αρνητικά, διευκρινίζοντας ότι τα Ν.Π.Δ.Δ. δεν απαλλάσσονται της εν λόγω υποχρέωσης. Ενόψει της απάντησης της αναθέτουσας αρχής, η συγκεκριμένη σύμπραξη προσκόμισε μέχρι την καταληκτική ημερομηνία αντίγραφα των αιτήσεων που είχε καταθέσει στο Πρωτοδικείο Αθηνών για την έκδοση των αντίστοιχων πιστοποιητικών και παράλληλα υπέβαλε και ένορκη βεβαίωση του Διευθυντή του ίδιου του ΕΛ.ΚΕ.Θ.Ε. περί της μη συνδρομής των ανωτέρω περιπτώσεων στο πρόσωπο του Ν.Π.Δ.Δ. Τα ίδια τα εκδοθέντα πιστοποιητικά του Πρωτοδικείου Αθηνών προσκομίστηκαν το πρώτον, στο πλαίσιο εξέτασης της ασκηθείσας εκ μέρους της συμμετέχουσας σύμπραξης, ένστασης κατά της απόφασης, με την οποία κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της. Η αίτηση έγινε δεκτή κατά πλειοψηφία, με το σκεπτικό ότι παρά τις σχετικές διευκρινίσεις που δοθήκαν από την αναθέτουσα αρχή οι κείμενες διατάξεις του ΚΠολΔ, επί των οποίων στηρίζεται και η αρμοδιότητα της γραμματείας του οικείου Πρωτοδικείου για την έκδοση των αντίστοιχων πιστοποιητικών, αφορούν διαδικασίες εφαρμοζόμενες επί νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου και μόνο. Ως εκ τούτου, εφόσον τα Ν.Π.Δ.Δ., όπως το ΕΛ.ΚΕ.Θ.Ε., ως εκ της φύσης και της αποστολής τους, δεν υπόκεινται σε τέτοιες διαδικασίες (η απόφαση έκανε εν είδη παραδείγματος αναφορά στο άρθρο 2 παρ. 2 του Ν. 3588/2007 «Πτωχευτικός Κώδικας» (ΦΕΚ Α' 153/02.07.2007), σύμφωνα με το οποίο, μεταξύ άλλων και τα Ν.Π.Δ.Δ. δεν κηρύσσονται σε πτώχευση) και συνεπώς, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι, κατά την έννοια των επίμαχων διατάξεων της διακήρυξης, για τη συμμετοχή Ν.Π.Δ.Δ. στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και δη του ΕΛ.ΚΕ.Θ.Ε., απαιτείτο, επί ποινή αποκλεισμού, η προσκομιδή πιστοποιητικών της γραμματείας του Πρωτοδικείου της έδρας του, ότι το τελευταίο δεν είχε κηρυχθεί σε πτώχευση, εκκαθάριση, αναγκαστική διαχείριση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή άλλη ανάλογη κατάσταση, ούτε είχε κινηθεί η διαδικασία για τη θέση του σε τέτοια κατάσταση. Εξάλλου, το ΣτΕ απεφάνθη ότι δεν καθιερώνεται, στον νόμο αρμοδιότητα του οικείου Πρωτοδικείου για την έκδοση τέτοιων πιστοποιητικών προκειμένου περί Ν.Π.Δ.Δ. Κατόπιν των ανωτέρω, έγινε δεκτό ότι για το παραδεκτό της συμμετοχής στον διαγωνισμό του ΕΛ.ΚΕ.Θ.Ε., ως μέλους της αιτούσης σύμπραξης, αρκούσε, βάσει και της τότε ισχύουσας και διέπουσας τον υπό κρίση διαγωνισμό, διάταξης του τελευταίου εδαφίου της παρ. 3 του άρθρου 43 του ΠΔ 60/2007, η υποβολή ένορκης βεβαίωσης εκ μέρους του αρμοδίου οργάνου του ΕΛ.ΚΕ.Θ.Ε., ότι αυτό δεν είχε τεθεί σε εκκαθάριση, ούτε είχε κινηθεί διαδικασία για τη θέση αυτού σε εκκαθάριση. Έτσι, η υποβολή της κρίσιμης αντίστοιχων όρων της διακήρυξης, όπως αυτές έτυχαν διευκρινίσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, προς τεκμηρίωση του γεγονότος ότι δεν τελούσε σε δυσμενή νομική κατάσταση, η οποία θα κάλυψε την συμμετοχή του στο διαγωνισμό ως μέλους της αιτούσης σύμπραξης. Η αντίθετη μειοψηφία που διατυπώθηκε από έναν Σύμβουλο της σύνθεσης, μάλλον στηρίζεται επί όλως τυπολατρικής και εξόχως τυπολατρικής ερμηνείας των εν λόγω όρων της διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι κατά τη ρητή διατύπωσή τους, τα Ν.Π.Δ.Δ. δεν απαλλάσσονται της υποχρέωσης υποβολής των επίμαχων δικαιολογητικών και εφόσον η νομιμότητα των όρων αυτών δεν αμφισβητήθηκε από την αιτούσα σύμπραξη κατά τον χρόνο υποβολής

iv. Η υποβολή προσφοράς από κοινοπραξία σε δημόσιο διαγωνισμό. Τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής.

Οι διαφοροποιήσεις της θέσης μιας κοινοπραξίας ως αυτοτελούς οικονομικού φορέα, σε σχέση με μια άτυπη ένωση, εξακολουθούν και αποτυπώνονται και στο πεδίο της υποβολής προσφοράς εκ μέρους τους, μέσω των απαιτούμενων δικαιολογητικών συμμετοχής, αποδίδοντας τους πιο στενούς δεσμούς μεταξύ των κοινοπρακτούντων μελών έναντι των μετεχόντων μιας απλής ένωσης. Έτσι, κατ' εφαρμογή του ίδιου ρυθμιστικού πλαισίου²⁷⁰, για τη νόμιμη συμμετοχή κοινοπραξίας σε διαγωνιστική διαδικασία, απαιτείται η υπογραφή και υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ. από τον κοινό, νόμιμο εκπρόσωπο αυτής, ενώ και η έκδοση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής γίνεται στο όνομα της ίδιας της κοινοπραξίας και μόνο. Σε αντίθεση λοιπόν, με όσα αναφέρθηκαν και ισχύουν για την ένωση οικονομικών φορέων, διαπιστώνεται ουσιώδης απόκλιση, αφού εν προκειμένω, απαιτείται η υποβολή ενός και μόνο, ενιαίου Ε.Ε.Ε.Σ. για την κοινοπραξία, ενώ με επιχείρημα από το μείζον στο έλασσον («*argumentum a maiore ad minus*») είναι προφανές ότι, αφού και για την ένωση απαιτείται η υποβολή μίας και μόνο εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, εκδοθείσα υπέρ όλων των μελών αυτής, αναμφίβολα και η κοινοπραξία, θα υποβάλλει νομότυπη προσφορά έχοντας εκδώσει στον δικό της Α.Φ.Μ. και με τη δική της επωνυμία, μία και μόνο εγγυητική επιστολή συμμετοχής, καλύπτουσα όλα τα κοινοπρακτούντα μέλη²⁷¹.

Ομοίως, εξ αντιδιαστολής συνάγεται από την παρ. 7 του άρθρου 96 του Ν. 4412/2016, ότι η κοινοπραξία, δεν υποχρεούται να δηλώσει στην προσφορά της, την έκταση και το είδος της συμμετοχής, συμπεριλαμβανομένης και της κατανομής της αναλογούσας αμοιβής εκάστου μέλους αυτής, καθώς, η υποβολή προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής και αντίστοιχα, η ανάθεση της σύμβασης, γίνεται από το ίδιο το νομικό πρόσωπο της κοινοπραξίας, λογιζόμενου ως αυτόνομου οικονομικού φορέα²⁷². Ως εκ περισσού επισημαίνεται εκ νέου, ότι δεν βρίσκει εφαρμογή στην κοινοπραξία ούτε και η διάκριση που κάνει ο νομοθέτης για την ένωση, μεταξύ νομίμως εξουσιοδοτημένου εκπροσώπου και εκπροσώπου/συντονιστή αυτής²⁷³. Είναι διάφορο ζήτημα, η ρύθμιση των εσωτερικών σχέσεων της κοινοπραξίας, βάσει των ποσοστών συμμετοχής εκάστου

της προσφοράς της, έστω με διατύπωση σχετικής επιφύλαξης, λαμβάνοντας υπόψη ότι αυτή παρέλειψε να συμμορφωθεί με το περιεχόμενό της, απαραδέκτως αμφισβητεί αυτήν στο παρόν στάδιο, ενώ σε κάθε περίπτωση, δεν μπορεί να κριθεί βάσιμος ο ισχυρισμός της αιτούσης σύμπραξης, ο οποίος ανάγεται σε νομική αδυναμία έκδοσης των δικαιολογητικών αυτών, αφού η έκδοσή τους απεδείχθη εκ των πραγμάτων εφικτή, καθώς τα δικαιολογητικά αυτά προσκομίσθηκαν τελικώς από την αιτούσα, μετά την διενέργεια του διαγωνισμού, με την ασκηθείσα ένστασή της.

²⁷⁰ Άρθρα 93, 79, 79Α και 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν/αντικαταστάθηκαν με τα άρθρα 35, 27, 28 και 38 αντίστοιχα, του Ν. 4782/2021 και ισχύουν, βλ. και ανωτέρω Κεφάλαιο Ι, υπό 3.iv.

²⁷¹ *Ad hoc* ΕΑ ΣτΕ 784/2007 και ΣτΕ 32/2010.

²⁷² Για τα θέματα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής και τα ποσοστά των κοινοπρακτούντων μερών, αλλά με συγκεκριμένες ρητές σχετικές απαιτήσεις στο κείμενο της διακήρυξης, βλ. προς τη σωστή κατεύθυνση ΣτΕ 2789/2007. Πρβλ. για συναφούς φύσης θέματα και ΕΑ ΣτΕ 900/2006, ΕΑ ΣτΕ 138/2008, ΕΑ ΣτΕ 698/2008 και ΣτΕ 421/2009.

²⁷³ Η ίδια λογική διέπει και τον τρόπο πληρωμής της αναδόχου κοινοπραξίας, ο οποίος θα γίνει με την έκδοση του αντίστοιχου νόμιμου παραστατικού από την τελευταία, υπό την επωνυμία της και με τον Α.Φ.Μ. της, χωρίς ανάγκη επιμερισμού της αμοιβής μεταξύ των κοινοπρακτούντων μελών. Πρβλ. Γνμδ. ΝΣΚ 188/2007.

οικονομικού φορέα σε αυτήν και ο καταμερισμός της αμοιβής μεταξύ τους, ζήτημα το οποίο σε κάθε περίπτωση, προφανώς δεν αφορά την αναθέτουσα αρχή.

- ν. *Η σχέση της κοινοπραξίας με άλλους θεσμούς lato sensu συμμετοχικής παρουσίας.*

Επιπλέον, όπως εκτέθηκε διεξοδικά στην οικεία ενότητα που αφορούσε την ανάλυση των διατάξεων που διέπουν την ένωση οικονομικών φορέων, είναι αναμφισβήτητη, υπό το ίδιο νομοθετικό πλαίσιο και η δυνατότητα μιας κοινοπραξίας να κάνει χρήση των ικανοτήτων τρίτων φορέων, προκειμένου να τεκμηριώσει τα απαιτούμενα από την αναθέτουσα αρχή κριτήρια ποιοτικής επιλογής, τα σχετιζόμενα με την οικονομική και χρηματοοικονομική της επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα ή/και να προβαίνει στην υπεργολαβική ανάθεση ποσοστού του αντικειμένου του διαγωνισμού, στον οποίο λαμβάνει μέρος, σε τρίτο, ανεξάρτητο οικονομικό φορέα. Η παράθεση των σχετικών διατάξεων έγινε ήδη στην οικεία ενότητα του πρώτου κεφαλαίου, στην οποία και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Αξίζει απλώς να σημειωθεί ότι στην παρ. 3 του άρθρου 307 του Ν. 4412/2016²⁷⁴, κατά μεταφορά στην εθνική νομοθεσία των οριζόμενων στο άρθρο 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ο Έλληνας νομοθέτης ακολούθησε την εξής διατύπωση: «*Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 254, από έναν από τους συμμετέχοντες στην εν λόγω κοινοπραξία.*», «ολισθαίνοντας» και πάλι προς τη στενότερη έννοια της κοινοπραξίας, καίτοι είναι σαφές ότι πρόθεσή του ήταν να ρυθμίσει όλες τις ευρύτερες μορφές ενώσεων ή συμπράξεων που μπορούν να λάβουν οι από κοινού συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς²⁷⁵.

5. Μεταβολή στη σύνθεση της κοινοπραξίας – Ειδικά η περίπτωση της υποκατάστασης μέλους αυτής.

- ι. *Εισαγωγικά.*

Προκειμένου να επιτευχθεί η συνολική επισκόπηση του φαινομένου της κοινοπραξίας και η πλήρης αποδελτίωση των ιδιαιτεροτήτων που διέπουν την ιδιάζουσα φύση της στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, κρίνεται σκόπιμη η αναλυτική παρουσίαση του κομβικής σημασίας ζητήματος, των επιγενόμενων μεταβολών στη σύνθεση των μελών που απαρτίζουν ένα κοινοπρακτικό σχήμα. Η ρευστότητα και η μεταβλητότητα των επιχειρηματικών προσπαθειών των οικονομικών φορέων κάθε μορφής, είτε πρόκειται για φυσικά είτε για νομικά πρόσωπα, σε συνδυασμό με τις, κατά κανόνα χρονίζουσες επί μακρόν, διαγωνιστικές διαδικασίες

²⁷⁴ Διάταξη ανάλογη με εκείνη του άρθρου 78 παρ. 2 για τις ενώσεις.

²⁷⁵ Επιχείρημα υπέρ αυτής της άποψης, συνάγεται τόσο από την ίδια τη γραμματική διατύπωση του υπό κρίση εδαφίου, αφού ήδη αμέσως προηγουμένως υπάρχει αναφορά γενικότερα σε «ένωση οικονομικών φορέων», όσο και από το ίδιο το κείμενο του αντίστοιχου άρθρου της οδηγίας που κάνει λόγο για «όμιλο οικονομικών φορέων».

ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και οι αιφνίδιες, εντούτοις αναπόφευκτες και απρόοπτες εξελίξεις της ίδιας της ζωής, μοιραία συμπαρασύρουν και επιδρούν στη σύνθεση των κοινοπραξιών, ως υποψηφίων οικονομικών φορέων για την αναδοχή δημοσίων συμβάσεων. Έτσι, μεταβολές όπως ο θάνατος φυσικού προσώπου-μέλους κοινοπραξίας, η πτώχευση κάποιου μέλους αυτής ή η υποκατάσταση αυτού, εξαιτίας συγχώνευσης²⁷⁶, διάσπασης κλπ. του νομικού προσώπου, το οποίο μετείχε στη σύνθεση κοινοπραξίας, επιφέρουν αλλοίωση της αρχικής της μορφής και έχουν απασχολήσει ως προς τον τρόπο αντιμετώπισής τους, τόσο τον νομοθέτη όσο και τα εθνικά δικαστήρια, ενώ δεν έχουν διαφύγει και της προσοχής του ΔΕΕ. Τέτοιες επιγενόμενες μεταβολές στη σύνθεση μιας κοινοπραξίας, παρατηρούνται όχι μόνο κατά το προσυμβατικό στάδιο εκτέλεσης μιας σύμβασης, αλλά και μετά την υπογραφή αυτής μεταξύ αναδόχου κοινοπραξίας και αναθέτουσας αρχής. Με αυτή τη συστηματική προσέγγιση θα επιχειρηθεί η ανάδειξη των αναφυόμενων ζητημάτων.

Προκριματικά, πρέπει να αποσαφηνιστεί ότι το πρόβλημα που ανακύπτει δεν είναι αμελητέο ούτε ευχερώς αντιμετωπίσιμο, καθώς η κάθε περίπτωση αναγκαστικής μεταβολής της σύνθεσης μιας κοινοπραξίας, ως αυτοτελούς προσφέροντος που λαμβάνει μέρος σε μία διαγωνιστική διαδικασία ή εκτελεί την ανατεθείσα σύμβαση ως ανάδοχο σχήμα, εύλογα εγείρει σοβαρές ενστάσεις και σχετίζεται με την όλη φιλοσοφία και το πρίσμα, υπό το οποίο πρέπει να αντιμετωπίζεται το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Συγκεκριμένα, μια διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία, σκοπό έχει, βασιζόμενη στους λόγους αποκλεισμού, στα τεθέντα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και στο κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, να ελέγξει και να αξιολογήσει την επαγγελματική, τεχνική και οικονομική αξιοπιστία, την εν γένει φερεγγυότητα του υποψηφίου αναδόχου, καθώς και το επίπεδο ποιοτικής στάθμης τόσο του ιδίου όσο και των προσφερόμενων από αυτόν, υπηρεσιών, αγαθών ή δομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού²⁷⁷, προκειμένου να εκτελέσει έντεχνα, άρτια και εμπρόθεσμα την ανατεθείσα σε αυτόν σύμβαση. Η μεταβολή συνεπώς, της σύνθεσης ενός οικονομικού φορέα, όπως αυτός ελέγχθηκε και αξιολογήθηκε (ή και βαθμολογήθηκε, εάν προβλέπεται και βαθμολόγηση) κατά τα ανωτέρω, προϊούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας και μάλιστα σε ύστερο στάδιο αυτής, φαίνεται κατ' αρχήν να αντιστρατεύεται θεμελιώδεις αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, καθώς νοθεύεται η ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων και παραβιάζονται οι θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της αμεροληψίας και της διαφάνειας της διαδικασίας²⁷⁸.

²⁷⁶ Για την αντιμετώπιση από τη νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ κατά το παρελθόν, περιπτώσεων συγχώνευσης δι' απορροφήσεως εταιρειών που συμμετείχαν ως κοινοπρακτούντα μέλη σε συμμετοχικά σχήματα διαρκούντος του προσυμβατικού σταδίου ενός διαγωνισμού βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 990/2003, σκέψεις 6-7.

²⁷⁷ Κατά την έννοια και των ορισμών που περιλαμβάνονται στο άρθρο 2 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 για τις συμβάσεις γενικών υπηρεσιών, προμηθειών και έργων αντίστοιχα.

²⁷⁸ Βλ. σχετικά Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σελ. 283-284, με τον ίδιο πάντως να επισημαίνει εύστοχα στις σελ. 500-501 ότι «...μολονότι οι διαδικασίες κατάρτισης και εκτέλεσης των διοικητικών συμβάσεων επιτρέπουν, εννοούν ή και επιβάλλουν προσωρινές *ad hoc* συνεργασίες (ενώσεις, κοινοπραξίες, υπεργολαβίες), δεν επιφέρουν ούτε εννοούν από μόνες τους τις μόνιμες και δομικές συνεργασίες που προϋποθέτει η ύπαρξη

Σαν τελευταία εισαγωγική αναφορά σχετικά με το υπό κρίση ζήτημα, πρέπει να σημειωθεί ότι η ενωσιακή νομοθεσία, αποβλέποντας προεχόντως στον συντονισμό και όχι στην απόλυτη εναρμόνιση των εθνικών νομοθεσιών των κρατών μελών²⁷⁹, δεν περιέχει ειδικούς κανόνες που να ρυθμίζουν τη μεταβολή των προσώπων που απαρτίζουν έναν οικονομικό φορέα και κατ' επέκταση και μία κοινοπραξία, ειδικά κατά το προσυμβατικό στάδιο ανάθεσης μιας σύμβασης²⁸⁰. Ως εκ τούτου, οι όποιες προτεινόμενες λύσεις, θα πρέπει να αναζητηθούν σε εθνικής προελεύσεως διατάξεις, με τη σχετική εμπειρία σαφέστατα να είναι μεγαλύτερη στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έργων και των μελετών, δοθέντος ότι στους αντίστοιχους τομείς, όπου η παρουσία κοινοπραξιών ήταν περισσότερο συνήθης, αν όχι ο κανόνας, ο νομοθέτης²⁸¹, αλλά και τα δικαστήρια²⁸², ήρθαν από νωρίς αντιμέτωποι με τέτοια ζητήματα και μερίμνησαν εγκαίρως για την αντιμετώπισή τους.

συγκέντρωσης επιχειρήσεων κατά τους κανόνες και τις αρχές του δικαίου του ανταγωνισμού.», του ιδίου, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2003, αριθμ. 179 και 183 επ., Ε. Αδαμαντίδου, ό.π., σελ. 37 επ. και Χ. Μητκίδη, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009, σελ. 123.

²⁷⁹ Βλ. ενδεικτικά παρ. (1) στο προοίμιο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και παρ. (2) στο προοίμιο της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

²⁸⁰ Βλ. ωστόσο την Απόφαση ΔΕΕ της 24.05.2016, C-396/14, *MT Højgaard A/S, Züblin A/S*, ECLI:EU:C:2016:347, η οποία στη σκέψη 35 αναγνωρίζει ότι η ενωσιακή νομοθεσία (τότε υπό το πρίσμα της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ), όντως δεν προβλέπει κανόνες, οι οποίοι να ρυθμίζουν ειδικά τις μεταβολές στη σύνθεση κοινοπραξίας οικονομικών φορέων που έχει προεπιλεγεί ως προσφέρουσα σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία και άρα, η ρύθμιση των περιπτώσεων επιτρεπτών μεταβολών στη σύνθεσή της, καταλείπεται στα κράτη μέλη. Εντούτοις, στην ίδια απόφαση του ΔΕΕ έκρινε ότι (σκέψεις 37-41), χωρίς να διακυβεύεται η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή δημοσίων διαγωνισμών που πρέπει να οδηγούν στην επίτευξη συνθηκών υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού και οι οποίες επιβάλλουν την παροχή ίσων ευκαιριών στους προσφέροντες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους, οι οποίες περαιτέρω, συνεπάγονται, ότι οι προσφορές αυτές πρέπει να υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους διαγωνιζομένους, η αυστηρή και μονοδιάστατη τήρηση των ανωτέρω αρχών, θα κατέληγε στο άτοπο αποτέλεσμα, να έχουν τη δυνατότητα να υποβάλουν νομίμως προσφορά και να καταστούν ανάδοχοι αποκλειστικά οι προεπιλεγέντες οικονομικοί φορείς και μόνο υπό τη συγκεκριμένη νομική μορφή, υπό την οποία αρχικά επελέγησαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης, κατά το προσυμβατικό στάδιο. Υποστηρίχθηκε συνεπώς η άποψη ότι, προκειμένου να εξυπηρετούνται καλύτερα οι σκοποί των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, αυτή η απαίτηση ταύτισης τόσο από νομικής όσο και από ουσιαστικής άποψης, μπορεί να αμβλύνεται, με σκοπό να διασφαλίζεται, στο πλαίσιο μιας διαγωνιστικής διαδικασίας, επαρκής ανταγωνισμός. Έτσι, απεφάνθη το ΔΕΕ ότι δεν αντικείται στις διατάξεις της οδηγίας, περίπτωση κατά την οποία, αναθέτων φορέας επιτρέπει σε έναν από τους δύο οικονομικούς φορείς, μέλη κοινοπραξίας που κλήθηκε προς υποβολή προσφοράς, να υποκαταστήσει την ως άνω κοινοπραξία μετά τη λύση της τελευταίας και να συμμετάσχει, αυτοτελώς και ιδίω ονόματι, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση για την ανάθεση δημοσίας σύμβασης, τηρουμένων δύο προϋποθέσεων. Αφενός θα πρέπει να αποδεικνύεται, ότι ο οικονομικός αυτός φορέας πληροί αφ' εαυτού τις απαιτήσεις που έχει καθορίσει ο αναθέτων φορέας και αφετέρου, ότι η συνέχιση της συμμετοχής του στην εν λόγω διαδικασία δεν συνεπάγεται επιδείνωση της ανταγωνιστικής θέσεως των λοιπών προσφερόντων.

²⁸¹ Βλ. ενδεικτικά άρθρο 5 παρ. 6 του Ν. 1418/1984, άρθρο 35 παρ. 6 και 7 και άρθρο 51 παρ. 3-6 του ΠΔ 609/1985, καθώς και άρθρο 16 παρ. 11 και άρθρο 65 του Ν. 3669/2008 για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και άρθρα 18 και 26 του Ν. 3316/2005 για τις δημόσιες συμβάσεις μελετών και συναφών υπηρεσιών.

²⁸² ΑΠ 464/1995, Δ/νη 1996, 328, ΔΕΝ 1995, 1261, ΕΕΝ 1996, 381, ΝοΒ 1996, 973, ΣτΕ (Ολομ.) 971/1998, Αρμ 1996, 869, Δ/νη 1998, 1046, ΝοΒ 1999, 346. Πρβλ. Γνμδ. ΝΣΚ (Ολομ.) 21/1998, η οποία δέχτηκε (με αντίθετη όμως μειοψηφία) διάσπαση της νομοθετικά ρυθμισμένης περίπτωσης εν συνόλω υποκατάστασης του αναδόχου, ακόμα και αν πρόκειται για κοινοπραξία, από τη νομοθετικά αρρυθμιστη περίπτωση (διαπιστώθηκε η ύπαρξη νομοθετικού κενού), της υποκατάστασης μόνο μέλους της

ii. Υποκατάσταση²⁸³ μέλους της κοινοπραξίας κατά το προσυμβατικό στάδιο.

Η υποκατάσταση μέλους μιας συμμετέχουσας σε διαγωνισμό, κοινοπραξίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, δεν προβλεπόταν ρητά υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό πλαίσιο και κατά συνέπεια, γινόταν ανέκαθεν δεκτό ότι δεν ήταν, κατ' αρχήν τουλάχιστον, επιτρεπτή²⁸⁴. Ομοίως, ούτε εντός του ρυθμιστικού πεδίου του Ν. 4412/2016²⁸⁵ υπάρχουν σχετικές διατάξεις που να διέπουν την υποκατάσταση συμμετέχοντος σε διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικού φορέα και δη, μέλους κοινοπραξίας. Μάλιστα, η πάγια θέση της νομολογίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έργων, ήταν ότι η υποκατάσταση προβλέπεται και είναι δυνατή μόνο κατά το στάδιο εκτέλεσης του έργου, ήτοι το στάδιο εκείνο που ακολουθεί την υπογραφή της σύμβασης μεταξύ του αναδόχου και του κυρίου του έργου, όχι, όμως, και κατά το στάδιο που προηγείται της κατακύρωσης του διαγωνισμού²⁸⁶. Το σενάριο

αναδόχου κοινοπραξίας, ενώ τα υπόλοιπα αυτής μέλη, επιθυμούν και αντικειμενικά μπορούν να συνεχίσουν την εκτέλεση του αναληφθέντος έργου. Κατά τη γνώμη λοιπόν, της πλειοψηφίας ο νομοθέτης δεν θέλησε να αποκλείσει τη δυνατότητα υποκατάστασης ενός μέλους της αναδόχου κοινοπραξίας από τα λοιπά, τα οποία και αναλαμβάνουν τις υποχρεώσεις του μέλους που για οποιονδήποτε λόγο αδυνατεί να εξακολουθήσει να συμμετέχει στο κοινοπρακτικό σχήμα, αλλά απλώς και μόνο να εξασφαλίσει τις προϋποθέσεις για τη βέλτιστη εκτέλεση του έργου. Επομένως, αφού ο νομοθέτης ρητά επέτρεψε την υπό προϋποθέσεις, υποκατάσταση εν συνόλω του αναδόχου, από οποιαδήποτε επιχείρηση, αδιακρίτως και μάλιστα, ακόμα και αν αυτή δεν είχε προφανώς λάβει μέρος στον διαγωνισμό, κατά μείζονα λόγο, θα πρέπει ερμηνευτικά να συναχθεί ότι είναι δυνατή η υποκατάσταση μεμονωμένου μέλους της αναδόχου κοινοπραξίας. Γνμδ. ΝΣΚ 161/1998, Γνμδ. ΝΣΚ 157/2001 και Γνμδ. ΝΣΚ 406/2003 με αντίθετη όμως και πολύ ενδιαφέρουσα μειοψηφία, η οποία υποστήριξε ότι θα έπρεπε να επιτραπεί η υποκατάσταση μέλους της κοινοπραξίας, τονίζοντας ότι θα ήταν αντίθετο στις αρχές της χρηστής διοίκησης, μεταβολή στο πρόσωπο ενός εκ των κοινοπρακτούντων (στην κριθείσα περίπτωση, συμμετέχουσα στην κοινοπραξία ατομική επιχείρηση, είχε μετατραπεί διαρκούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, σε ετερόρρυθμη εταιρεία με μοναδικό ομόρρυθμο εταίρο το φυσικό πρόσωπο που είχε την ατομική επιχείρηση), η οποία μάλιστα δεν υποκρύπτει καταστρατήγηση των σχετικών διατάξεων για τη νόμιμη διεξαγωγή του διαγωνισμού, να οδηγεί σε ανεπιεική αποτελέσματα, τόσο ως προς το έτερο κοινοπρακτούν μέρος, όσο και το ίδιο το υποκαθιστάμενο μέλος της κοινοπραξίας, δοθέντος ότι σε κανένα εξ αυτών δεν δύναται να καταλογιστεί συμπεριφορά αντίθετη στον νόμο και μάλιστα, χωρίς να εξυπηρετείται το συμφέρον του κυρίου του έργου, όπως εκδηλώνεται με την ανάθεση της σύμβασης στην εν λόγω κοινοπραξία, ως μειοδότη ή να πλήττονται βασίμως, ουσιώδη συμφέροντα άλλων διαγωνιζομένων.

²⁸³ Γενικά για την έννοια της υποκατάστασης αναδόχου από τρίτο φορέα, βλ. ΕλΣυν Ε' Κλιμάκιο 390/2011 και *Χ. Μητκίδη*, Η σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου μετά τις πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν. 4070/2012, 2012, σελ. 167 επ.

²⁸⁴ Έτσι και *Ε. Αδαμαντίδου*, ό.π., *Χ. Μητκίδης*, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009, σελ. 122 επ. και *του ιδίου*, Δημόσιες Συμβάσεις Μελετών και Συναφών Υπηρεσιών, Ν. 3316/2005 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2010, σελ. 310 επ.

²⁸⁵ Το αυτό ισχύει και για τον Ν. 4413/2016 και τον Ν. 3978/2011.

²⁸⁶ Βλ. σχετικά και ΣτΕ (Ολομ.) 971/1998, Αρμ 1996, 869, Δ/νη 1998, 1046, ΝοΒ 1999, 346, ΑΠ 570/2007, ΣτΕ 3562/2010, ΠΠρΑθ 2725/2010, ΑΠ 119/2013, ΑΠ 199/2013, ΑΠ 139/2014, ΑΠ 2146/2014, ΣτΕ 2073/2012, ΣτΕ 1955/2013, ΣτΕ 1339/2014, ΣτΕ 1588/2021, ΕφΛαρ 386/2014, ΕφΛαρ (Μον.) 218/2015, Γνμδ. ΝΣΚ 346/2001, η οποία απάντησε αρνητικά ως προς υποβληθέν αίτημα προς αναθέτουσα αρχή που διεξήγαγε διαγωνισμό για την ανάθεση έργου, από κοινοπραξία, η οποία συμμετείχε στο πρώτο στάδιο του διαγωνισμού και επιθυμούσε τη συμμετοχή της και στο δεύτερο στάδιο αυτού, μετά την οικειοθελή αποχώρηση μέλους της, Γνμδ. ΝΣΚ 263/2014 και Γνμδ. ΝΣΚ 315/2016, ενώ για την έγκριση της υποκατάστασης με απαλλαγή του αναδόχου από την ευθύνη ως προς τον κύριο του έργου, βλ. ΔΕφΘεσσαλ 1043/2013, ΕΔΔΔΔ 2013, 1070 και ΣτΕ 1495/2008. Βλ. σχετικά και *Κ. Γιαννακόπουλο*, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σελ. 395 επ. και *Ε. Κουλουμπίνη*, Η υποκατάσταση αναδόχου κατά την εκτέλεση σύμβασης δημόσιου έργου ή μελέτης, σύμφωνα με τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, «Δημόσιο

υποκατάστασης προσφέροντος οικονομικού φορέα, μεταξύ άλλων και κοινοπραξίας, διαρκούντος του διαγωνιστικού σταδίου, μετά την κατάθεση προσφοράς και πριν σύναψη της σύμβασης, είχε γίνει δεκτό, σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις και με απολύτως περιπτώσιολογική θεμελίωση²⁸⁷. Αντίστοιχη ήταν η θέση που είχε υιοθετηθεί και για τους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών²⁸⁸, αν και σε αρκετές περιπτώσεις με ισχυρή αντίθετη μειοψηφία των οικείων κάθε φορά, συνθέσεων, που έκανε δεκτή τη δυνατότητα υποκατάστασης και πάλι όμως του οριστικού αναδόχου και όχι του προσφέροντος οικονομικού φορέα (άρα και μιας συμμετέχουσας κοινοπραξίας), εφόσον διαπιστωθεί ότι συντρέχει αθροιστικά, σειρά προϋποθέσεων²⁸⁹.

Δίκαιο» Επιστημονικό Περιοδικό της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), έτος 2016 (1), σελ. 12. Πρβλ. και την ΕλΣυν Τμήμα VI 1906/2013, η οποία απέρριψε την αίτηση ανάκλησης της αναθέτουσας αρχής και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση της αναδόχου σύμπραξης μελετητικών γραφείων κατά της ΕλΣυν Ζ' Κλιμάκιο 502/2012 αντιδιαστέλλοντας ως προς τις ουσιαστικές και έννομες συνέπειες που επιφέρουν αντίστοιχα, αφενός η πραγματική μεταβολή του προσώπου της αναδόχου σύμπραξης με ταυτόχρονη μεταβολή στην ταυτότητα του οικονομικού φορέα που αναλαμβάνει την εκτέλεση των συμπληρωματικών υπηρεσιών, δεδομένου ότι ανάδοχος των συμπληρωματικών μελετών καθίσταται πλέον νέα σύμπραξη, αποτελούμενη από τον εκτελούντα την αρχική σύμβαση ανάδοχο και νέο τεχνικός κατάλληλο μελετητή και αφετέρου οι περιπτώσεις εσωτερικής αναδιοργάνωσης του αρχικού μελετητικού σχήματος με ταυτόχρονη διατήρηση της νομικής του ταυτότητας και η επιτρεπτή αξιοποίηση υπεργολάβων εκ μέρους του αρχικού αναδόχου.

²⁸⁷ Ενδεικτικά, Γνμδ. ΝΣΚ 333/2003. Πρβλ. και ΑΠ 345/2006, Δ 2006, 1170, ΑΠ (Ολομ.) 12/1999, ΑΠ 1043/2006, ΑΠ 702/2012 και ΔΕφΑθ 800/2013, Δ 2013, 1295.

²⁸⁸ Βλ. και ΕλΣυν Ζ' Κλιμάκιο 63/2013, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή σχεδίου σύμβασης μεταξύ αναθέτουσας αρχής και αναδόχου, για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, δεδομένου ότι ήταν μη νόμιμος ο όρος του σχεδίου σύμβασης, σύμφωνα με τον οποίο ο ανάδοχος δεν δικαιούται να υποκαταστήσει άλλον στην εκτέλεση του έργου χωρίς προηγούμενη έγγραφη αποδοχή από την αναθέτουσα αρχή. Το αρμόδιο Κλιμάκιο απεφάνθη ότι σε αντίθεση με τις περιπτώσεις ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων εκπόνησης μελετών (άρθρο 26 του Ν. 3316/2005) και έργων (άρθρο 65 του Ν. 3669/2008), από την κείμενη νομοθεσία περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών δεν προβλέπεται σε καμία περίπτωση, η δυνατότητα υποκατάστασης του αναδόχου κατά την εκτέλεση της σύμβασης, επικαλούμενο προς υποστήριξη της αιτιολογίας του ως προς τις προϋποθέσεις υποκατάστασης του αναδόχου την Απόφαση ΔΕΕ της 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, ECLI:EU:C:2008:351 (σκέψεις 39 επ.).

²⁸⁹ Γνμδ. ΝΣΚ 497/2008, η οποία κατέληξε ότι δεν είναι νόμιμη η υποκατάσταση επιλεγέντος προμηθευτή, λόγω του ότι η απόσχιση κλάδου εταιρείας, όπως στην κρινόμενη περίπτωση, συνιστά περίπτωση ειδικής διαδοχής, κατ' άρθρο 479 παρ. 1 ΑΚ, δεχόμενη όμως ότι θα είχε κριθεί ως νόμιμη η υποκατάσταση, έστω και ελλείψει ρητής νομοθετικής πρόβλεψης στο κανονιστικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, εάν επρόκειτο για καθολική διαδοχή, βάσει των κανόνων που ρυθμίζουν τον μετασχηματισμό των εταιρειών και ειδικότερα στις περιπτώσεις συγχώνευσης εταιρειών, είτε με απορρόφηση είτε με σύσταση νέας εταιρείας, εξαγοράς, διάσπασης κλπ. Έτσι και Γνμδ. ΝΣΚ 74/2011, όπου η κρίση περί αδυναμίας υποκατάστασης του αρχικού αναδόχου, κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης ανάθεσης στηρίχθηκε σε δύο, συγκλίνουσες κατ' αποτέλεσμα, αιτιολογικές βάσεις. Κατά την πρώτη άποψη μερίδας Νομικών Συμβούλων που μετείχαν στη σύνθεση, από το ίδιο το θεσμικό πλαίσιο σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών δεν αναγνωρίζεται τέτοια δυνατότητα εκτέλεσης της σύμβασης από πρόσωπο, άλλο από εκείνο που έχει συμβληθεί με την αναθέτουσα αρχή, ενώ σε περίπτωση μη ολοκλήρωσης εκτέλεσης της σύμβασης, ενδεχομένως και μετά τη χορήγηση παράτασης του συμβατικού χρόνου, προβλέπεται μόνο η περίπτωση της έκπτωσης του αναδόχου και όχι υποκατάστασής του από τρίτο οικονομικό φορέα, ως ανάδοχο, έστω και με τους αυτούς συμβατικούς όρους. Ως εκ τούτου, μια σύμβαση προμήθειας, συναφθείσα μεταξύ οικονομικού φορέα με το Δημόσιο, εξ ορισμού δεν διαθέτει την «ευελιξία» που διέπει τις ιδιωτικού δικαίου συμβάσεις, οι οποίες στηρίζονται στην αρχή της ελευθερίας της βούλησης και τα συμβαλλόμενα μέρη, κατά τεκμήριο τουλάχιστον, βρίσκονται στην ίδια, ισότιμη διαπραγματευτική θέση. Αντιθέτως, ενόψει του δημόσιου σκοπού, στην εξυπηρέτηση του οποίου αποβλέπει μία δημόσια σύμβαση, η τελευταία πρέπει να ερμηνεύεται στενά,

Έτσι, κατόπιν των ανωτέρω παρατηρήσεων, καθίσταται σαφές ότι ελλείπει και ρητής αντίθετης νομοθετικής ρύθμισης, πλην ελαχίστων και πολύ συγκεκριμένων περιπτώσεων²⁹⁰, διαρκούντος του προσυμβατικού σταδίου ανάθεσης, οποιαδήποτε μεταβολή στη σύνθεση των μελών της κοινοπραξίας, ως ενιαίου οικονομικού φορέα, οφειλόμενη πχ. στον θάνατο φυσικού προσώπου μέλους αυτής, την πτώχευση κάποιου κοινοπρακτούντος μέρους, ή ακόμα και σε ειδικές περιπτώσεις, τη μεταβολή της επαγγελματικής κατάστασης κάποιου μεμονωμένου μέλους της²⁹¹, επέφερε αναπόδραστα ως αυτόθροη συνέπεια, τον αποκλεισμό της από τη συνέχεια του διαγωνισμού²⁹². Αξίζει να σημειωθεί ότι η μοναδική περίπτωση που κατά το

ενώ η διαφορετική ερμηνευτική προσέγγιση των διατάξεών της, υπό την πίεση του χρόνου και της ανάγκης περάτωσης της εκτελούμενης σύμβασης, θα έθεταν σε κίνδυνο την οφειλόμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, ασφαλή εκτίμηση και αξιολόγηση της συνολικής κατάστασης (από άποψη τυπικών προσόντων, φερεγγυότητας, επαγγελματικής κατάστασης, τεχνογνωσίας, οικονομικής ευρωστίας κλπ.) του τρίτου, υπεισερχόμενου στη θέση του αναδόχου, οικονομικού φορέα, διακυβεύοντας εν τέλει την ίδια την ολοκλήρωση της σύμβασης. Ετέρωθεν, η δεύτερη αιτιολογική βάση που διατυπώθηκε από έναν Νομικό Σύμβουλο και τον Πρόεδρο του Τμήματος, εκκινούσε από την παραδοχή ότι κατ' αρχάς, η υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου δεν πρέπει να αποκλείεται συλλήβδην, εφόσον με αυτήν εξυπηρετείται καλύτερα ο σκοπός που επιδιώκει η συναφθείσα σύμβαση. ενώ παράλληλα, ο υπεισερχόμενος στη θέση του αντισυμβαλλομένου της αναθέτουσας αρχής, τρίτος οικονομικός φορέας, πράγματι διαθέτει τα ίδια προσόντα με τον αρχικό ανάδοχο, παρέχει τα αυτά εγγύα αξιολογίας, επαγγελματικής καταλληλότητας, τεχνικής ικανότητας και φερεγγυότητας, αναλαμβάνει όλες τις υποχρεώσεις του αρχικού αναδόχου και τέλος, ο λόγος υποκατάστασης προέκυψε εκ των υστέρων, κατά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης. Ωστόσο, λόγω του ότι δεν διαπιστώθηκε η πλήρωση των ανωτέρω προϋποθέσεων, στην κριθείσα περίπτωση και η δεύτερη αυτή υποστηριχθείσα άποψη, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η υποκατάσταση δεν ήταν δυνατή και δόθηκε ομόφωνα αρνητική απάντηση από το οικείο τμήμα του Ν.Σ.Κ. στο σχετικό ερώτημα. Η δεύτερη πάντως αιτιολόγηση φαίνεται να υιοθέτησε μία πάγια, αν και μόνιμα μειωηφούσα άποψη που κατέτεινε στο συμπέρασμα ότι δεν έπρεπε να αποκλείεται άνευ άλλου τινός, η δυνατότητα υποκατάστασης του αρχικού αναδόχου και στις συμβάσεις προμηθειών, παρά την έλλειψη ρητής διάταξης στο θεσμικό δίκαιο που διέπει την ανάθεσή τους. Βλ. και Γνμδ. ΝΣΚ 435/2009, με αντίθετη όμως ισχυρή μειωηφία εννέα (9) Συμβούλων προς την άποψη των οποίων συντάχθηκε και ο Εισηγητής (γνώμη άνευ ψήφου), η οποία δέχτηκε ότι είναι επιτρεπτή η υποκατάσταση αναδόχου, υπό αυστηρές όμως προϋποθέσεις, όπως αναλυτικά εκτίθενται στο κείμενο της γνωμοδότησης, αλλά και Γνμδ. ΝΣΚ (Ολομ.) 47/2003, Γνμδ. ΝΣΚ 49/2004, Γνμδ. ΝΣΚ 550/2005, Γνμδ. ΝΣΚ 457/2008 και Γνμδ. ΝΣΚ 486/2008 επίσης με αντίθετη μειωηφία, συνάδουσα και πάλι με την προεκτεθείσα, μη επικρατήσασα άποψη. Ομοίως σε δικονομικό επίπεδο, η ΔΕφΠειρ 87/2005 δέχτηκε τη νομιμότητα προσφυγής που ασκήθηκε από την κοινοπραξία ως καθολική διάδοχο καθώς και από τις εταιρείες μέλη της, οι οποίες είχαν απορροφήσει άλλες εταιρείες που ήταν αρχικά μέλη της κοινοπραξίας και ορθώς συνεχίζουν τη δίκη χωρίς δήλωση επανάληψης.

²⁹⁰ Πρβλ. πάντως και ΣτΕ 4312/2011, ΣτΕ 1718/2019 και ΣτΕ 1719/2019, αναφορικά με το ζήτημα της μεταβολής στη σύνθεση κοινοπραξίας, μετά την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την αναγνώριση εννόμου συμφέροντος στα μέλη αυτής να ασκήσουν αίτηση ακύρωσης, ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου, παρά τη μεταβολή στη σύνθεση αυτής, λόγω συγχώνευσης αρχικού μέλους με έτερο οικονομικό φορέα.

²⁹¹ Πχ. τη διαγραφή του από κάποιο επαγγελματικό μητρώο ή τον υποβιβασμό του σε κατώτερη τάξη.

²⁹² Πρβλ. όμως και Απόφαση ΔΕΕ της 08.05.2014, C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox srl κλπ.*, ECLI:EU:C:2014:307 (σκέψεις 36-39), όπου επ' ευκαιρία της κρίσης του Δικαστηρίου για άλλο ζήτημα, δικονομικής κατά βάση φύσης, δεν αποκλείστηκε το ενδεχόμενο επιτρεπτής μεταβολής στη σύνθεση της κοινοπραξίας και μάλιστα μετά την οριστική ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν, αλλά πριν την υπογραφή της τελικής σύμβασης. Ωστόσο, έγινε δεκτό ότι η απόφαση, με την οποία επιτρέπεται η μεταβολή της σύνθεσης της αναδόχου κοινοπραξίας ασφαλώς συνεπάγεται τροποποίηση σε σχέση με την αρχική απόφαση ανάθεσης που ενδέχεται να χαρακτηριστεί ως ουσιώδης, εφόσον, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαιτεροτήτων της επίμαχης διαδικασίας διαγωνισμού, αφορά και σχετίζεται με ένα από τα βασικά στοιχεία, στα οποία στηρίχθηκε η έκδοση της αρχικά εκδοθείσας απόφασης περί ανάθεσης της σύμβασης. Και περαιτέρω κρίθηκε ότι προκειμένου να αντιμετωπιστεί μια τέτοια πλημμέλεια, υπάρχει το ενδεχόμενο κατά το εθνικό δίκαιο να ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία και να διεξαχθεί αναγκαστικά νέα.

προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς, ρυθμιζόταν ρητά, το ζήτημα της υποκατάστασης ή αλλαγής μέλους εταιρείας, σύμπραξης ή κοινοπραξίας και μάλιστα κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ήταν το άρθρο 18 του Ν. 3316/2005²⁹³, προβλέποντας ωστόσο και εδώ, τον κατ' αρχήν αποκλεισμό του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα²⁹⁴.

Στο πλαίσιο της ανωτέρω, καταργηθείσας βέβαια πλέον, διάταξης²⁹⁵, αξίζει να τύχει σύντομου σχολιασμού, η ευελιξία και η ελαστικότητα, με την οποία αντιμετώπιζε ο νομοθέτης τη μεταβολή στα πρόσωπα των κοινοπρακτούντων μελών, αποσκοπώντας προφανέστατα, στη διάσωση της προσφοράς μιας συμμετέχουσας κοινοπραξίας, όταν, υπό τις προϋποθέσεις που έθετε η ίδια η διάταξη, δεν προκαλούνταν σοβαροί κλυδωνισμοί από την αλλαγή κάποιου προσώπου και δεν παραβιάζονταν θεμελιώδεις αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων²⁹⁶. Έτσι, ήταν δυνατόν, ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο, ως μέλος σύμπραξης ή κοινοπραξίας, να αντικατασταθεί με ευθύνη και πρωτοβουλία των λοιπών μελών, με έτερο μέλος, ανάλογων τυπικών προσόντων, αλλά με χρονικό όριο την ολοκλήρωση του πρακτικού της αρμόδιας επιτροπής αξιολόγησης και πριν την έναρξη αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων²⁹⁷. Η δυνατότητα αυτή παρεχόταν στα κοινοπρακτικά σχήματα ώστε μία ενδεχόμενη πλημμέλεια στη συμμετοχή ενός και μόνο μέλους τους ή η ενδεχόμενη ασυμφωνία με τους υπόλοιπους συμπράττοντες, να μη συμπαρασύρει σε αποκλεισμό και τα λοιπά μέλη, με απόρριψη της κοινής προσφοράς τους. Μάλιστα, το τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 18, όριζε ρητά ότι η σύμπραξη ή κοινοπραξία που προέβαινε σε μία τέτοια ενέργεια, μπορούσε περαιτέρω να μην αντικαταστήσει το ελλείπον μέλος της, εάν αυτό δεν ήταν απαραίτητο για τη νομότυπη υποβολή της προσφοράς της²⁹⁸.

²⁹³ Χ. Μητκίδης, Δημόσιες Συμβάσεις Μελετών και Συναφών Υπηρεσιών, Ν. 3316/2005 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2010, σελ. 222-225.

²⁹⁴ Ειδικά για τις συμμετέχουσες συμπράξεις και κοινοπραξίες η παρ. 3 του άρθρου 18 του Ν. 3316/2005, όπως είχε εισαχθεί με την παρ. 4 περίπτωση α) του άρθρου τέταρτου του Ν. 3621/2007 «Κύρωση Σύμβασης Παραχώρησης του Έργου της Μελέτης, Κατασκευής, Χρηματοδότησης, Λειτουργίας, Συντήρησης και Εκμετάλλευσης του Αυτοκινητόδρομου Ελευσίνα - Κόρινθος - Πάτρα - Πύργος - Τσάκωνα και άλλες διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 279/20.12.2007), προέβλεπε ότι: «Αλλαγές στη σύνθεση σύμπραξης ή κοινοπραξίας που υπέβαλε προσφορά σε διαγωνισμό λόγω εξόδου ή εισόδου μελών δεν επιτρέπονται μετά το άνοιγμα των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων. Αλλαγές στη στελέχωση διαγωνιζομένου αυτοτελώς ή ως μέλους σύμπραξης ή κοινοπραξίας επιτρέπονται μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, εφόσον το στέλεχος που αποχωρεί δεν μετέχει στη δηλωθείσα με το φάκελο τεχνικής προσφοράς του διαγωνιζομένου ομάδα μελέτης. Αν διαπιστωθεί μεταβολή στη στελέχωση διαγωνιζομένου, η οποία επηρεάζει την ομάδα μελέτης, ο διαγωνιζόμενος αποκλείεται, εκτός αν η μεταβολή αυτή οφείλεται σε λόγο ανώτερης βίας. Στην περίπτωση αυτή τηρείται η διαδικασία της αντικατάστασης του στελέχους, εφαρμοζόμενη αναλογικά της παραγράφου 3 του άρθρου 31.»

²⁹⁵ Δυνάμει του άρθρου 377 παρ. 1 περίπτωση (40) του Ν. 4412/2016.

²⁹⁶ Έτσι και ΕΑ ΣτΕ 645/2011, με την οποία κρίθηκε ότι μεταβολή στη στελέχωση του διαγωνιζομένου με την αποχώρηση από την ομάδα έργου μέλους αυτής τότε μόνον δεν συνεπάγεται τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου από το διαγωνισμό, όταν οφείλεται όχι απλώς σε σπουδαίο λόγο, αλλά σε λόγο ανώτερης βίας, δηλαδή σε γεγονός απρόβλεπτο, το οποίο δεν θα μπορούσε να αποτραπεί ούτε ακόμη και αν ο διαγωνιζόμενος ελάμβανε μέτρα άκρας επιμελείας.

²⁹⁷ Για όλα αυτά βλ. παρ. 2 του άρθρου 18 του Ν. 3316/2005.

²⁹⁸ Εάν πχ. η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της κοινοπραξίας καλυπτόταν από τα πτυχία και την εγγραφή σε κατηγορίες και τάξεις του Μητρώου Μελετητών, των εναπομεινάντων μελών. Έτσι ΕΑ ΣτΕ 306/2009 και ΕΑ ΣτΕ 828/2012. Πρβλ. Γνμδ. ΝΣΚ 180/2001.

Σε κάθε περίπτωση, η αντικατάσταση του κοινοπρακτούντος μέλους, έπρεπε να δηλώνεται άμεσα (χωρίς όμως περαιτέρω χρονικό προσδιορισμό στη διάταξη) στην αναθέτουσα αρχή και παράλληλα να προσκομίζονται ενώπιόν της, τα απαραίτητα δικαιολογητικά που τεκμηριώναν τουλάχιστον το ίδιο μέτρο επάρκειας του εισερχόμενου μέλους έναντι του αντικαθιστάμενου. Τα υποβληθέντα έγγραφα ελέγχονταν από την αρμόδια επιτροπή του διαγωνισμού και εγκρινόταν η μεταβολή στη σύνθεση, εφόσον συνέτρεχαν οι προβλεπόμενες εκ του νόμου προϋποθέσεις²⁹⁹. Εάν όμως η δήλωση εκ μέρους της ενδιαφερόμενης κοινοπραξίας, ως συμμετέχοντος οικονομικού φορέα καθυστέρουσε και η επιτροπή του διαγωνισμού, προέβαινε στο μεταξύ σε αποσφράγιση των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων, η δυνατότητα αυτή προς αντικατάσταση μέλους της, χανόταν για την προσφέρουσα κοινοπραξία. Μετά το άνοιγμα των τεχνικών προσφορών, αλλαγές στην αρχική σύνθεση μιας σύμπραξης ή κοινοπραξίας, όπως αυτή δηλώθηκε με την υποβολή της προσφοράς της δεν ήταν σε καμία περίπτωση, επιτρεπτή³⁰⁰.

iii. Η υποκατάσταση μέλους της οριστικής αναδόχου κοινοπραξίας.

Διαφορετική εμφανίζεται η κατάσταση, σε ό,τι αφορά τη δυνατότητα υποκατάστασης μέλους της αναδόχου πλέον κοινοπραξίας, για το χρονικό διάστημα που έπεται της υπογραφής της σύμβασης ανάθεσης και μέχρι την ολοκλήρωση της εκτέλεσής της, λαμβάνοντας υπόψη ότι ήδη και υπό το προϊσχύσαν δίκαιο³⁰¹, ήταν γνωστός και ρυθμιζόταν αναλυτικά ο θεσμός της υποκατάστασης ή εκχώρησης του έργου³⁰². Ομοίως, στο ισχύον δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, όπως αποτυπώνεται

²⁹⁹ Προφανώς ο έλεγχος ήταν τυπικός και περιοριζόταν σε έλεγχο νομιμότητας της μεταβολής, υπό την έννοια ότι, εφόσον διαπιστωνόταν η σύννομη μεταβολή της σύνθεσης της κοινοπραξίας, δεν φαίνεται να υπήρχε διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να μην εγκρίνει την αντικατάσταση μέλους, για λόγους σκοπιμότητας.

³⁰⁰ Παρ. 3 του άρθρου 18, όπως τροποποιήθηκε την παρ. 4 περίπτωση α) του άρθρου τέταρτου του Ν. 3621/2007. Διάφορο πάντως ήταν το ζήτημα των αλλαγών στη σύνθεση των μελών της δηλωθείσας ομάδας μελέτης, η οποία αποτελούσε στοιχείο της τεχνικής προσφοράς της υποψήφιας κοινοπραξίας και κρινόταν με βάση το κριτήριο της οργανωτικής αποτελεσματικότητάς της, ήτοι της ικανότητας που είχε επιδείξει ως σύνολο ή ως συνεργαζόμενα πρόσωπα, κατά την εκτέλεση αντίστοιχων συμβάσεων στο παρελθόν. Βλ. ΔΕφΑθ (Αναστ.) 452/2013, ωστόσο, παρά την αυστηρότερη αντιμετώπιση στον νόμο και πάλι, ο κανόνας της απαγόρευσης αντικατάστασης δεν ήταν ανεξίτητος. Βλ. σχετικά *Χ. Μητκίδη*, Δημόσιες Συμβάσεις Μελετών και Συναφών Υπηρεσιών, Ν. 3316/2005 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2010, σελ. 224. Πρβλ. και ΔΕφΑθ 4585/2019.

³⁰¹ Για την υποκατάσταση της αναδόχου κοινοπραξίας στο πλαίσιο του τότε ισχύοντος νομοθετικού καθεστώτος, βλ. αναλυτικά *Κ. Γιαννακόπουλο*, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σελ. 440 επ., με αναφορά στην αρχή της αυτοπρόσωπης εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων, *Α. Γέροντα*, ό.π., σελ. 690-699 και *Β. Σκουρή*, Υποκατάσταση αρχικού αναδόχου από κοινοπραξία. Απαγόρευση της υποκατάστασης και έκπτωση του αναδόχου, σε διοικητικές συμβάσεις και δημόσια έργα, 1997, σελ. 193 και 196 επ.

³⁰² Άρθρο 65 του Ν. 3669/2008, όπως κωδικοποίησε το άρθρο 5 παρ. 6 του Ν. 1418/1984 και το άρθρο 51 παρ. 1-6 του ΠΔ 609/1985 και άρθρο 26 του Ν. 3316/2005. Βλ. ΣτΕ 2149/2017, Γνμδ. ΝΣΚ 315/2016 και ΕλΣυν Ζ' Κλιμάκιο 63/2013 για τη διάταξη που αφορούσε τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ενώ για τις συμβάσεις μελετών βλ. σχετικά ΣτΕ 227/2013, που έκρινε ότι μεταβολή στη στελέχωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα, η οποία συνεπάγεται τον αποκλεισμό του, νοείται οπωσδήποτε η μεταβολή στα πρόσωπα που ανήκουν στο δυναμικό του εταιρικού πτυχίου του και δη, όταν τα πρόσωπα αυτά μετέχουν στην ομάδα έργου. Κατά την έννοια αυτή, μεταβολή στη στελέχωση της δηλωθείσας ομάδας μελέτης του διαγωνιζομένου με την αποχώρηση μέλους αυτής τότε μόνον δεν συνεπάγεται τον

στις διατάξεις του Ν. 4412/2016³⁰³, υπάρχουν συγκεκριμένες ρυθμίσεις που διέπουν τον τρόπο και τη διαδικασία υποκατάστασης ενός αναδόχου και οι οποίες εφαρμόζονται αναλογικά στην περίπτωση που ανάδοχος έχει αναδειχθεί κάποιος οικονομικός φορέας με τη μορφή της κοινοπραξίας³⁰⁴. Και πάλι βέβαια, πρέπει να καταστεί σαφές ότι οι συγκεκριμένες διατάξεις, αφορούν αποκλειστικά και μόνο τις συμβάσεις έργων και μελετών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, χωρίς να υπάρχει κάποια ρητή πρόβλεψη που να αναφέρεται στις συμβάσεις προμηθειών ή παροχής γενικών υπηρεσιών, αφήνοντας τις εν λόγω προκηρυσσόμενες διαδικασίες στη «σκιώδη» και αρρυθμιστή πλευρά του εξεταζόμενου ζητήματος της υποκατάστασης του αναδόχου.

Όπως ήδη ειπώθηκε και στην εισαγωγή της παρούσας ενότητας, η δυνατότητα υποκατάστασης ή εκχώρησης του έργου, κατά περίπτωση, η οποία συνεπάγεται την αντικατάσταση του αρχικού αναδόχου στη συναφθείσα σύμβαση με την αναθέτουσα αρχή, είναι θεσμός του εθνικού δικαίου και είχε κατά το παρελθόν εγείρει σοβαρές αμφισβητήσεις γύρω από τη συμβατότητά της με το ενωσιακό δίκαιο³⁰⁵. Πλέον, στα άρθρα 164 και 195 του Ν. 4412/2016 υπάρχει ρητή πρόβλεψη ότι η υποκατάσταση είναι δυνατή μόνο εφόσον προεχόντως διαπιστωθεί ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις

αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από το διαγωνισμό, όταν αυτή οφείλεται σε λόγο ανωτέρας βίας. Συναφής και η ΕΑ ΣτΕ 81/2014, αλλά και η ΣτΕ 2029/2015 με την οποία κρίθηκε – και μάλιστα κατ' εφαρμογή νεότερης και ευνοϊκότερης νομοθετικής ρύθμισης που καταλαμβάνει και τις εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες –, ότι είναι επιτρεπτή η αντικατάσταση στελεχών της αρχικά δηλωθείσας ομάδας μελέτης συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, μέχρι το χρονικό σημείο υπογραφής της σύμβασης ανάθεσης, αλλά μόνο για σπουδαίο λόγο. Ειδικότερα, κρίθηκε ότι δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η πρόσκαιρη απλώς απώλεια της ιδιότητας υπό την οποία μέλος της ομάδας μελέτης μετείχε σε αυτήν και η εν συνεχεία επανάκτησή της πριν από την υπογραφή της σύμβασης, δικαιολογεί τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, με συγκλίνουσα, κατ' αποτέλεσμα όμως μειοψηφία ενός Συμβούλου της σύνθεσης, κατά τον οποίο δεν βρίσκει εφαρμογή η νεότερη διάταξη, η οποία δεν καταλαμβάνει, κατά τη γνώμη αυτή και τον εκκρεμή διαγωνισμό, αλλά για τον λόγο ότι, υπό τα πραγματικά δεδομένα της υπόθεσης, δεν πρόκειται περί πραγματικής μεταβολής στη δηλωθείσα ομάδα μελέτης της αιτούσας, ώστε να τίθεται ζήτημα εφαρμογής της διατάξεως του άρθρου 18 παρ. 3 του Ν. 3316/2005, δοθέντος ότι η αποχώρηση του μέλους της ομάδας έργου, εν τέλει, δεν είχε οριστικό χαρακτήρα. Βλ. και Γνμδ. ΝΣΚ 239/1999, όπου ομόφωνα γνωμοδότησε το οικείο τμήμα υπέρ της επιτρεπτής διεύρυνσης της σύνθεσης της αναδόχου κοινοπραξίας με την προσχώρηση σε αυτήν εργοληπτικής εταιρείας, κατόπιν αίτησης της πρώτης, σύμφωνα με τη διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 51 του ΠΔ 609/1985 και παράλληλη τροποποίηση ή αντικατάσταση της εργολαβικής σύμβασης με νέα, στην οποία θα ορίζεται ρητά ότι το νέο μέλος του κοινοπρακτικού σχήματος θα ευθύνεται έναντι του κυρίου του έργου για το σύνολο αυτού, ήτοι και για το ήδη εκτελεσθέν τμήμα του συμβατικού αντικειμένου μέχρι και τον χρόνο έκδοσης της εγκριτικής απόφασης, όπως και τα λοιπά μέλη της αναδόχου κοινοπραξίας.

³⁰³ Πρβλ. και το άρθρο 106 του Ν. 3978/2011, το οποίο περιέχει ρυθμίσεις σχετικά με την εκχώρηση και αναδοχή υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα (τελολογικά ερμηνευόμενη η διάταξη, είναι προφανές ότι αφορά τον ανάδοχο), έναντι της αναθέτουσας αρχής, καθώς και το άρθρο 48 παρ. 2 περίπτωση ιη) του Ν. 4413/2016, η οποία ρυθμίζει την υποκατάσταση του παραχωρησιούχου ή των δανειστών με απόφαση της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα, τις επιτρεπτές περιπτώσεις, αλλά και κάθε σχετικό με αυτή θέμα, το οποίο θα πρέπει να προβλέπεται στα συμβατικά τεύχη. Για το τελευταίο αυτό ζήτημα βλ. και ΣτΕ 1785/2021.

³⁰⁴ Πρόκειται για το άρθρο 164 για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και το άρθρο 195 του νόμου για τις συμβάσεις μελετών και συναφών υπηρεσιών.

³⁰⁵ Βλ. *Χ. Μητκίδη*, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009, σελ. 430 επ., *του ιδίου*, Δημόσιες Συμβάσεις Μελετών και Συναφών Υπηρεσιών, Ν. 3316/2005 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2010, σελ. 309 επ.

της περίπτωσης δ) της παρ. 1 του άρθρου 132³⁰⁶, κατ' εφαρμογή του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ³⁰⁷, εντάσσοντας με αυτόν τον τρόπο ομαλά, τον θεσμό της υποκατάστασης στο ρυθμιστικό πεδίο των περιοριστικά απαριθμούμενων στην οδηγία, περιπτώσεων επιτρεπτής τροποποίησης μιας σύμβασης. Τούτων δοθέντων, η ρητή νομοθετική αντιμετώπιση της υποκατάστασης ή αντικατάστασης αναδόχου ως περιπτώσιολογική επιτρεπτή τροποποίηση εκτελούμενης σύμβασης, σε αντίθεση με το πρόσφατο παρελθόν, όπου όλες οι αντίστοιχες περιπτώσεις αντιμετωπίζονταν ως συλλήβδην αντιβαίνουσες στο ενωσιακό δίκαιο και οδηγούσαν αναγκαστικά σε σύναψη νέας σύμβασης³⁰⁸, με αναγκαστική προκήρυξη νέου διαγωνισμού, κατά το μάλλον ή ήττον, αμβλύνει την όλη προβληματική γύρω από το υπό εξέταση ζήτημα.

³⁰⁶ Ταυτόσημη διάταξη με την περίπτωση δ) της παρ. 1 του άρθρου 337 για τους αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016. Πρβλ. σχετικά και την ΕλΣυν Τμήμα VII 392/2022.

³⁰⁷ Και του άρθρου 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ για την τροποποίηση εκτελούμενων συμβάσεων του Βιβλίου ΙΙ του νόμου.

³⁰⁸ Βλ. σχετικά Απόφαση ΔΕΕ της 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, ECLI:EU:C:2008:351 (σκέψεις 39 επ. και ειδικά σκέψη 40) και *Α. Παπαπαναγιώτου-Χ. Ζάχου*, Προσέγγιση του Ν. 4412/2016 υπό το πρίσμα των σημαντικότερων αλλαγών που εισήγαγε προσαρμόζοντας την κοινοτική Οδηγία 2014/24/ΕΕ, ΘΠΔΔ, Τεύχος 2/2018, σελ. 148 και *Κ. Γιαννακόπουλο*, Δημόσιες Συμβάσεις και Συμβάσεις Παραχώρησης. Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2019, σελ. 327. Επίσης, εξαιρετική και με πλούσια ανάλυση ως προς τη δυνατότητα υποκατάστασης ή αντικατάστασης του αρχικού αναδόχου, υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό πλαίσιο που καθιέρωνε το άρθρο 66 του Ν. 3669/2008, αλλά με αναφορές στον ήδη ισχύοντα κατά τον χρόνο έκδοσής της Ν. 4412/2016, η ΑΠ 192/2021 [ακολουθώντας τα πορίσματα στην Απόφαση ΔΕΕ της 05.10.2000, C-337/98, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, ECLI:EU:C:2000:543 (σκέψεις 44 και 46)]. Στο κείμενο της εν λόγω απόφασης επισημαίνεται ότι η αντικατάσταση του αρχικού αντισυμβαλλομένου της αναθέτουσας αρχής με νέο οικονομικό φορέα, σαφέστατα πρέπει να θεωρείται ως αλλαγή ενός από τους ουσιώδεις όρους της οικείας δημοσίας σύμβασης, εκτός αν η αντικατάσταση αυτή προβλεπόταν ως επιτρεπτή από την αρχική σύμβαση. Εντούτοις, στην προκειμένη περίπτωση, ο ΑΠ καλούμενος να κρίνει, βάσει ρητού όρου της διακήρυξης, τη νομιμότητα προβληθέντος ισχυρισμού περί υποκατάστασης αρχικής αναδόχου κοινοπραξίας, εξαιτίας διεύρυνσης της αρχικής σύνθεσής της, υιοθετώντας μια πραγματιστική προσέγγιση, απεφάνθη ότι μια εσωτερική αναδιοργάνωση του αρχικού αναδόχου δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι τροποποιεί ουσιωδώς το περιεχόμενο της αρχικής σύμβασης με την αναθέτουσα αρχή, κάνοντας περαιτέρω, κατ' αναλογία δεκτό με την περίπτωση που κρίθηκε στην υπόθεση του ΔΕΕ C-337/98, ότι όταν ο νέος οικονομικός φορέας είναι κατά 100% θυγατρική του πρώην αντισυμβαλλομένου, ο οποίος διατηρεί την εξουσία διεύθυνσης και οι δύο αυτές οντότητες έχουν συνάψει σύμβαση περί μεταφοράς των ζημιών και των κερδών, μια τέτοια διευθέτηση δεν συνιστά αλλαγή ουσιώδους όρου της σύμβασης που θα μπορούσε να θεωρηθεί σύναψη νέας σύμβασης κατά την έννοια της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ. Ειδικότερα, το ΔΕΕ είχε αποφανθεί στην ως άνω υπόθεση ότι δεν αποτελεί σύναψη νέας σύμβασης η περίπτωση, κατά την οποία οι προς την αναθέτουσα αρχή υπηρεσίες του αρχικού παρέχοντος φυσικού προσώπου μεταφέρονται σε άλλον παρέχοντα υπηρεσίες που αποκτά τη μορφή κεφαλαιουχικής εταιρείας, μοναδικός μέτοχος της οποίας είναι ο αρχικός παρέχων τις υπηρεσίες, όπως αυτός ασκεί έλεγχο του νέου παρέχοντος αυτές και τον κατευθύνει με τις οδηγίες του, εφόσον ο αρχικός παρέχων τις υπηρεσίες εξακολουθεί να φέρει την ευθύνη της τήρησης των συμβατικών υποχρεώσεων, ευθύνεται εις ολόκληρον με τον νέο πάροχο υπηρεσιών και η υφιστάμενη συνολική παροχή υπηρεσιών παραμένει αμετάβλητη. Επομένως δεν δύναται να θεωρηθεί ότι πρόκειται για σύναψη νέας (μη επιτρεπτής χωρίς να προηγηθεί νέα διαγωνιστική κλπ. διαδικασία) σύμβασης, όταν η μεταφορά της επίμαχης δραστηριότητας παρουσιάζει ορισμένα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, από τα οποία προκύπτει ότι τέτοιου είδους τροποποιήσεις δεν συνιστούν αλλαγή ουσιώδους ρήτρας της σύμβασης. Η ίδια συλλογιστική πρέπει να γίνει δεκτή κατά το δικαστήριο και στην περίπτωση εσωτερικής αναδιάρθρωσης του σχήματος της αναδόχου σύμπραξης, με την προσθήκη ενός ακόμη μέλους σε αυτήν, με την απόφαση να περιέχει και περαιτέρω ανάπτυξη, ενόψει των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης που αφορούσαν την εννοιολογική διάκριση ή επικάλυψη των όρων διεύρυνση-υποκατάσταση-εκχώρηση.

- iv. *Ειδικά οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 για την υποκατάσταση αναδόχου κοινοπραξίας στις δημόσιες συμβάσεις έργων και μελετών και συναφών υπηρεσιών.*

Κλείνοντας την επισκόπηση των αναφερόμενων από τις μεταβολές στη σύνθεση των μελών μιας κοινοπραξίας για το στάδιο που ακολουθεί μετά την κατακύρωση της σύμβασης, το διαμορφούμενο πλαίσιο μέσα και από τη συνδυαστική ανάγνωση των διατάξεων του Ν. 4412/2016 όπως ισχύει, έχει ως εξής. Η ευθύνη των μελών της αναδόχου κοινοπραξίας, η οποία προβλέπεται αλληλέγγυα και εις ολόκληρον καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσής της, αλλά και η ρύθμιση των σχέσεων της αναδόχου κοινοπραξίας με την αναθέτουσα αρχή, διέπονται από το άρθρο 140 του νόμου, ενώ παρά την έλλειψη ρητής διατύπωσης³⁰⁹ στο άρθρο 164, είναι σαφές ότι τα οριζόμενα για τη δυνατότητα υποκατάστασης της αναδόχου κοινοπραξίας από τρίτο οικονομικό φορέα θα τύχουν εφαρμογής κατ' αναλογία προς τη φύση και τη νομική μορφή του κοινοπρακτικού σχήματος. Η παραδοχή αυτή παραμένει ακέραιη, παρά το γεγονός ότι μετά και την εισαγωγή ειδικών διατάξεων για τη ρύθμιση της κοινοπραξίας ως ξεχωριστού συναλλακτικού τύπου με το άρθρο 293 του Ν. 4072/2021 και την εις ολόκληρον ευθύνη των μελών της κοινοπραξίας έναντι της αναθέτουσας αρχής, η αντιμετώπισή της δεν μπορεί να διαφοροποιείται σημαντικά από τις περιπτώσεις υποκατάστασης ενός οποιουδήποτε οικονομικού φορέα-αναδόχου, ο οποίος έχει οποιαδήποτε εταιρική μορφή³¹⁰.

Επίσης, γίνεται ρητή διάκριση της υπεργολαβικής ανάθεσης από την ολική ή μερική υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου³¹¹, ενώ στις παρ. 4-6 του άρθρου 165 του Ν. 4412/2016, διατηρήθηκε ο θεσμός της «Κατασκευαστικής Κοινοπραξίας», όπως είχε εισαχθεί για πρώτη φορά στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων έργων με την παρ. 7 του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984³¹², η οποία είναι επιτρεπτή μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων, για την κατασκευή έργου που έχει αναλάβει μία ή περισσότερες από τις συμμετέχουσες στη συσταθείσα κοινοπραξία, επιχειρήσεις, εφόσον συντρέχουν αθροιστικά οι προϋποθέσεις α)-γ) της παρ. 4 του άρθρου 165. Εξίσου σαφές είναι ότι, παράλειψη της υποχρέωσης γνωστοποίησης του συμφωνητικού σύστασης της κοινοπραξίας στην Προϊσταμένη Αρχή (εφεξής «Π.Α.») του έργου προς έγκριση

³⁰⁹ Αντιθέτως, στο άρθρο 65 του Ν. 3669/2008 οριζόταν ρητά στην παρ. 4 αυτού ότι σε περίπτωση αναδόχου κοινοπραξίας που την υποκατάσταση αιτείτο κάποιο μέλος αυτής, ήταν απαραίτητη η προηγούμενη συναίνεση όλων των μελών της κοινοπραξίας, εφαρμοζόμενων αναλογικά κατά τα λοιπά των παρ. 1-3 του ίδιου άρθρου.

³¹⁰ Υπό το ίδιο πρίσμα και με εφαρμοστέες τις διατάξεις των άρθρων 5 παρ. 6 του Ν. 1418/1984 και του άρθρου 51 παρ. 1-3 του ΠΔ 609/1985 είχε κρίνει η Γνμδ. ΝΣΚ 218/2007 επιτρεπτή τη μεταβίβαση ποσοστού συμμετοχής μιας κοινοπραξίας, από ένα μέλος αυτής σε άλλο, καθώς και τη μετονομασία της κοινοπραξίας, τηρουμένων των όρων και των προϋποθέσεων των ανωτέρω διατάξεων. Επιχείρημα υπέρ αυτής της άποψης, αντλείται και από τα οριζόμενα στο άρθρο 195 παρ. 2 περίπτωση β) τελευταίο εδάφιο του Ν. 4412/2016, όπου ρυθμίζονται οι περιπτώσεις επιτρεπτής υποκατάστασης/αντικατάστασης του αρχικού αναδόχου στις δημόσιες συμβάσεις μελετών και ρητά αναφέρεται ότι εάν πτωχεύσει εταιρεία που είναι μέλος αναδόχου σύμπραξης ή κοινοπραξίας, ισχύουν αναλογικά και έχουν εφαρμογή τα αμέσως δύο προηγούμενα εδάφια της παρ. 2 περίπτωση β) του άρθρου 195 που αφορούν την περίπτωση πτώχευσης, μεμονωμένης εταιρείας ως αυτοτελούς οικονομικού φορέα.

³¹¹ Για τη διάκριση υπεργολαβίας και υποκατάστασης βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1588/2021 και ΕλΣυν Τμήμα VII 676/2023 σκέψη 13.

³¹² Άρθρο 1 του Ν. 2940/2001.

αυτού³¹³, επιφέρει ακυρότητα της συμφωνίας. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση σύστασης μίας κατασκευαστικής κοινοπραξίας, ο αρχικός ανάδοχος θα πρέπει να διατηρεί συνολικό ποσοστό συμμετοχής σε αυτήν, τουλάχιστον πενήντα τοις εκατό (50%) και αν ο αρχικός ανάδοχος είναι (ήδη) κοινοπραξία, πρέπει επιπλέον κάθε συμμετέχων μέλος της (αρχικής) αναδόχου κοινοπραξίας να εξακολουθήσει να διατηρεί ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής στην κατασκευαστική κοινοπραξία, που δεν μπορεί να υπολείπεται του δεκαπέντε τοις εκατό (15%), εκτός αν η συμμετοχή του εν λόγω μέλους στην αρχική κοινοπραξία ανέρχεται σε ποσοστό μικρότερο του δεκαπέντε τοις εκατό (15%), οπότε αυτό ισχύει ως ελάχιστο ποσοστό και στην κατασκευαστική κοινοπραξία, χωρίς να καθίσταται υποχρεωτική η αύξησή της συμμετοχής του για να καλύψει το συγκεκριμένο ελάχιστο απαιτούμενο ποσοστό.

Περιορισμός τίθεται εκ του νόμου για κάθε άλλο νέο οικονομικό φορέα, φυσικό ή νομικό πρόσωπο που προτίθεται να μετάσχει στην κατασκευαστική κοινοπραξία, αφού δεν μπορεί να ενταχθεί σε αυτήν, λαμβάνοντας ποσοστό συμμετοχής μικρότερο από το ελάχιστο προβλεπόμενο, το οποίο ανέρχεται σε δεκαπέντε τοις εκατό (15%). Πρόσθετος περιορισμός που τίθεται ως προς τη νέα σύνθεση της κατασκευαστικής κοινοπραξίας είναι ότι τα νέα εισερχόμενα σε αυτήν μέλη, πέραν του αρχικού αναδόχου, δεν επιτρέπεται να είναι και αυτά κοινοπραξίες. Και εδώ βέβαια, ρητά επαναδιατυπώνεται ως ελάχιστη μέριμνα εκ μέρους του νομοθέτη, η ευθύνη που βαρύνει τα μέλη της κατασκευαστικής κοινοπραξίας και η οποία και πάλι προβλέπεται αλληλέγγυα και εις ολόκληρον έναντι της αναθέτουσας αρχής, για το σύνολο του έργου.

Σαφώς πιο περιληπτικές και συνοπτικές είναι οι σχετικές διατάξεις του Ν. 4412/2016 για την υποκατάσταση ή αντικατάσταση αναδόχου στις συμβάσεις μελετών και συναφών υπηρεσιών, τηρουμένης πάντως και εδώ, της προηγούμενης απαραίτητης οριζόντιας προϋπόθεσης, να πληρούνται οι προϋποθέσεις της περίπτωσης δ) της παρ. 1 του άρθρου 132, περί τροποποίησης εκτελούμενης σύμβασης κατά τη διάρκειά της. Σε αντίθεση ωστόσο, με τα προβλεπόμενα στις δημόσιες συμβάσεις έργων, εν προκειμένω υπάρχει παράλληλα η δυνατότητα ρητής σχετικής πρόβλεψης για μερική ή ολική υποκατάσταση ή αντικατάσταση στο κείμενο της σύμβασης μελέτης ή υπηρεσίας. Κατά τα λοιπά, το επιτρεπτό της υποκατάστασης ή αντικατάστασης του αναδόχου θα πρέπει να κριθεί υπό το πρίσμα των οριζόμενων στις επόμενες παραγράφους του άρθρου 195, αναλογικά εφαρμοζόμενων και στην περίπτωση που η κατακύρωση έχει γίνει οικονομικό φορέα που φέρει τη μορφή της κοινοπραξίας³¹⁴.

³¹³ Δεδομένου ότι κατά το επόμενο εδάφιο της ίδιας παρ. 4, η Π.Α. μπορεί και να μην εγκρίνει τη σύσταση της κοινοπραξίας, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δύο (2) μηνών από τη γνωστοποίηση του συμφωνητικού των κοινοπρακτούντων μελών, ενώ η άπρακτη πάροδος της ίδιας ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται ως σιωπηρή απόρριψη της υποβληθείσας για έγκριση σύστασης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας. Πρβλ. ενδεικτικά για την έννοια της «Κατασκευαστικής Κοινοπραξίας», Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σελ. 453 επ., Χ. Μητκίδη, Η σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου μετά τις πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν. 4070/2012, σελ. 172 επ., Α. Γέροντα, ό.π., σελ. 695-696 και από τη νομολογία, ΔΕφΑθ 3440/2011, ΔΔικ 2012, 1326, ΕΑ ΣτΕ 190/2015 και ΣτΕ 1809/2017.

³¹⁴ Για την περίπτωση υποκατάστασης της αναδόχου κοινοπραξίας σε συμβάσεις μελετών βλ. και Γνμδ. ΝΣΚ (ατομική) 3/1990.

ν. *Οι περιπτώσεις πτώχευσης και θανάτου μέλους αναδόχου κοινοπραξίας.*

Ολοκληρώνοντας τις επερχόμενες συνέπειες από τις μεταβολές στη σύνθεση της αναδόχου κοινοπραξίας, το άρθρο 167 περιέχει ρητές προβλέψεις για τα ενδεχόμενα πτώχευσης ή θανάτου μέλους αυτής, με τη δεύτερη περίπτωση προφανώς εξ ορισμού να αφορά και να αναφέρεται αποκλειστικά στα φυσικά πρόσωπα που μετέχουν του κοινοπρακτικού σχήματος. Κατ' εξαίρεση της εφαρμογής του κανόνα ότι η πτώχευση του αναδόχου, επιφέρει, κατ' αρχήν τουλάχιστον, αυτομάτως και την αυτοδίκαιη διάλυση της συναφθείσας σύμβασης έργου, ειδικά στην περίπτωση πτώχευσης ενός ή περισσότερων από τα μέλη της κοινοπραξίας εφαρμόζονται οι διατάξεις της παρ. 2 του ίδιου άρθρου. Συγκεκριμένα, αν τα μέλη της κοινοπραξίας ήταν δύο και πτωχεύσει το ένα από αυτά, η κοινοπραξία θεωρείται, ως προς τον κύριο του έργου, ότι έχει διαλυθεί και η εκτέλεση της σύμβασης θα συνεχιστεί υποχρεωτικά για το σύνολο του έργου, μόνο από το έτερο κοινοπρακτόν μέρος, το οποίο και αναλαμβάνει, ως έκφανση της αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης των μελών της αναδόχου κοινοπραξίας, έναντι του κυρίου του έργου όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του μέλους που πτώχευσε και που απορρέουν από την εργολαβική σύμβαση.

Εάν αντιθέτως, η ανάδοχος κοινοπραξία αριθμούσε περισσότερα από δύο μέλη, η εκτέλεση του αναληφθέντος έργου από αυτήν συνεχίζεται απρόσκοπτα έναντι του κυρίου του έργου από τους εναπομείναντες συμπράττοντες οικονομικούς φορείς. Τυχόν εκκρεμείς απαιτήσεις ή υποχρεώσεις μεταξύ του πτωχεύσαντος μέλους και της κοινοπραξίας ή αντιστρόφως, της αναδόχου κοινοπραξίας που εξακολουθεί την εκτέλεση του έργου έναντι του μέλους που πτώχευσε, κρίνονται κατά τις διατάξεις του πτωχευτικού δικαίου³¹⁵. Καταληκτικά, σε περίπτωση που κηρυχθούν σε πτώχευση δύο ή περισσότερα από τα μέλη της κοινοπραξίας και εξαιτίας αυτού του γεγονότος, κριθεί ότι τίθεται σε κίνδυνο η προσήκουσα εκτέλεση της εργολαβικής σύμβασης, ο κύριος του έργου μπορεί κατά την κρίση του να διαλύσει τη σύμβαση, αζημίως για αυτόν³¹⁶.

Ετέρωθεν, στη δεύτερη κατά σειρά προβλεπόμενη στον νόμο, περίπτωση μεταβολής της σύνθεσης μιας αναδόχου κοινοπραξίας, λόγω θανάτου ενός ή περισσότερων φυσικών προσώπων που μετείχαν στην κοινοπραξία ως τέτοια ή με τις ατομικές τους επιχειρήσεις, εφαρμόζονται οι διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 167. Ειδικότερα, εάν μία ανάδοχος κοινοπραξία απαρτίζεται από δύο φυσικά πρόσωπα που μετείχαν σε αυτήν με τις ατομικές τους επιχειρήσεις και αποβιώσει το ένα εξ αυτών, η κοινοπραξία, όπως και στην περίπτωση της πτώχευσης κατά τα ως άνω εκτεθέντα, θεωρείται διαλυμένη ως προς τον κύριο του έργου και η εκτέλεση της σύμβασης, θα συνεχιστεί για το σύνολο του έργου υποχρεωτικά από το εναπομείναν μέλος, το οποίο αναλαμβάνει έναντι του κυρίου του έργου, όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του

³¹⁵ Ρητά προβλέπεται ότι οι ρυθμίσεις της παρ. 2 του άρθρου 167, τυγχάνουν αναλογικής εφαρμογής και στην περίπτωση πτώχευσης δύο ή περισσότερων μελών της κοινοπραξίας. Πρβλ. για τα συναφή ζητήματα της πτώχευσης και του θανάτου μέλους της κοινοπραξίας Δ. Τομαρά, Δημόσιες Συμβάσεις, ερμηνεία του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά τον Ν. 4782/2021, 3^η Έκδοση, 2022. Για την πτώχευση μέλους αναδόχου κοινοπραξίας υπό το καθεστώς του ΠΔ 609/1985, βλ. και Γνωμ. ΝΣΚ 242/20001.

³¹⁶ Πρόκειται προφανώς για μονομερές απευθυντέο διαπλαστικό δικαίωμα του κυρίου του έργου, το οποίο μπορεί να ασκηθεί κατά την απόλυτη διακριτική του ευχέρεια, με την απαραίτητη πάντως αιτιολόγηση αυτού.

εκλιπόντος μέλους³¹⁷. Υπό άλλη σκοπιά, εάν τα μέλη της κοινοπραξίας ήταν περισσότερα από δύο, ο θάνατος ενός από τους συμμετέχοντες στην ανάδοχο κοινοπραξία δεν επιφέρει ουδεμία συνέπεια στην εκτέλεση της σύμβασης, η οποία συνεχίζεται κανονικά, μεταξύ των λοιπών κοινοπρακτούντων μερών, αναλαμβάνοντας απέναντι στον κύριο του έργου όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του εκλιπόντος μέλους, όπως προκύπτουν από την εργολαβική σύμβαση. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 167 του Ν. 4412/2016.

Ομοίως, οι περιπτώσεις της πτώχευσης ή θανάτου μέλους αναδόχου σύμπραξης ή κοινοπραξίας σε σύμβαση μελετών, ρυθμίζονται αναλόγως από τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 περίπτωση β) του άρθρου 195 του Ν. 4412/2016. Προσέτι, σε περίπτωση που κάποιο φυσικό πρόσωπο-μελετητής, μέλος αναδόχου σύμπραξης ή κοινοπραξίας περιέλθει σε κατάσταση πτώχευσης, διαγραφεί από το Μητρώο Μελετητών, αποβιώσει ή καταστεί ανίκανος για εκπόνηση της μελέτης λόγω σοβαρής ασθένειας ή άλλης αντικειμενικής αιτίας που καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή του στο κοινοπρακτικό σχήμα, τα υπόλοιπα μέλη είναι υποχρεωμένα να υποκαταστήσουν τον εν λόγω μελετητή, αλλά μόνο, εφόσον θεωρείται απαραίτητος για την περάτωση του υπό εκπόνηση σταδίου της μελέτης, με άλλον, αντίστοιχων προσόντων. Τέλος, οι διατάξεις των περιπτώσεων β) και γ) της παρ. 2 του άρθρου 195 εφαρμόζονται και στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, εκτός αν άλλως ορίζεται στο ίδιο το κείμενο της συναφθείσας σύμβασης.

vi. *Η απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-57/01 και η κρίση για το κατά πόσο η επιγενομένη μεταβολή στη σύνθεση μιας κοινοπραξίας που υποβάλλει προσφορά σε διαγωνισμό μεταβάλλει και τη δικονομική της θέση.*

Με το ζήτημα της μεταβολής στη σύνθεση κοινοπραξίας που λαμβάνει μέρος σε προκηρυχθείσα διαγωνιστική διαδικασία, είχε την ευκαιρία να ασχοληθεί και το ΔΕΕ, σε φερόμενη προς κρίση ενώπιόν του υπόθεση, ελληνικής προελεύσεως³¹⁸. Σε

³¹⁷ Και πάλι, εν προκειμένω διαπιστώνεται έκφανση της αρχής της αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης που δεσμεύει τα συμβαλλόμενα μέρη μιας αναδόχου κοινοπραξίας. Σημειώνεται δε ότι κατά ρητή νομοθετική πρόβλεψη, οι σχέσεις που πηγάζουν από την εργολαβική ανάληψη εκτέλεσης της σύμβασης ανάθεσης μεταξύ των κληρονόμων του αποβιώσαντος μέλους της κοινοπραξίας και του έτερου μέλους αυτής, ρυθμίζονται κατά τις διατάξεις του ΑΚ.

³¹⁸ Απόφαση ΔΕΕ της 23.01.2003, C-57/01, *Μακεδονικό Μετρό & Μηχανική Α.Ε.*, ECLI:EU:C:2003:47, με σχόλιο *François Llorens*, *Contrats et Marchés Publics* 2003, σελ. 25, *Miriam J. Koomen*, *Beroepsrecht van aannemerscombinatie bij aanbesteding*, *Nederlandse staatscourant* 2003 n° 20 σελ. 7, *Alberto Alemanno*, *Marchés publics. Arrêt "Métro de Thessalonique"*, *Revue du droit de l'Union européenne* 2003 n° 1, σελ. 282-285, *Michael Fruhmann*, *Formulierung von Vorlagen, Vergaberechtsschutz und Antragslegitimation*, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2003, σελ. 104-108, *Francesca Mattassoglio*, *La modificazione soggettiva delle associazioni temporanee di imprese: la parola torna agli Stati*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, σελ. 929-932, *Adrian Brown*, *Post-Tender Changes in the Membership of a Bidding Consortium: Case C-57/01 Makedoniko*, *Public Procurement Law Review*, 2003, σελ. NA56-NA59, *Andreas Lotze*, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2003, σελ. 541-542, *Jean-Marc Belorgey*, *Stéphane Gervasoni*, *Christian Lambert*, *Passation du marché, L'actualité juridique; droit administrative*, 2003, σελ. 2153, *Π. Δέγλερη*, *Δίκαιο Προμηθειών και Υπηρεσιών Δημοσίου*, Τόμος II, 2009, σελ. 719 και *Α. Μεταζά*, *Ευθύνη του Δημοσίου για παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου από αποφάσεις των ανώτατων εθνικών δικαστηρίων*, 2005, *του ιδίου*, *Ευθύνη κράτους μέλους λόγω παραβάσεων του κοινοτικού δικαίου καταλογιζόμενων σε ανώτατα εθνικά δικαστήρια*, *ΕΔΔΔΔ* (2), 2004, σελ. 441 επ.

δημόσια, «διεθνή», ήτοι άνω των ορίων, διαγωνιστική διαδικασία για την κατασκευή, την αυτοχρηματοδότηση και την εκμετάλλευση του έργου «Μετρό της Θεσσαλονίκης»³¹⁹, το τότε Υπουργείο Περιβάλλοντος Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων (εφεξής «Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε.») ως αναθέτουσα αρχή, επέλεξε να ακολουθήσει ένα είδος κλειστής διαδικασίας με έξι (6) διαδοχικές φάσεις προεπιλογής των υποψηφίων, οι οποίοι εν τέλει, θα καλούνταν να υποβάλλουν προσφορά, ενώ στην τελική φάση ανάδειξης, θα διεξάγονταν διαπραγματεύσεις με τον προσωρινό ανάδοχο, προκειμένου να του ανατεθεί η σύμβαση. Στην πρώτη φάση, συμμετείχαν συνολικά οκτώ (8) υποψήφιοι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η κοινοπραξία με την επωνυμία «Μακεδονικό Μετρό» και η κοινοπραξία με την επωνυμία «Θεσσαλονίκη Μετρό».

Στα έγγραφα της σύμβασης προβλεπόταν ρητά ότι οι προεπιλεγέντες όμιλοι οικονομικών φορέων (προφανώς και οι ανωτέρω κοινοπραξίες), είχαν δικαίωμα συμμετοχής στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού, μόνο με τη σύνθεση που είχαν κατά την πρώτη φάση διεξαγωγής του, ενώ περαιτέρω οριζόταν ρητά ότι αποκλείονταν η δημιουργία νέων κοινοπραξιών ή άλλων μορφών συνεργασίας μεταξύ αυτών. Αντιθέτως, ήταν επιτρεπτή η διεύρυνση της σύνθεσης μιας συμμετέχουσας κοινοπραξίας με νέο μέλος, υπό την προϋπόθεση όμως, ότι το μέλος αυτό δεν μετέσχε με οποιονδήποτε τρόπο σε άλλους ομίλους που είχαν προεπιλεγεί για τη δεύτερη φάση του διαγωνισμού. Μάλιστα, από τον συνδυασμό των επίμαχων όρων του διαγωνισμού, πρόκυπτε ότι, κατά τη δεύτερη φάση της διαδικασίας ανάθεσης, προβλεπόταν μεν η δυνατότητα διεύρυνσης ενός προεπιλεγέντος κοινοπρακτικού σχήματος με νέα μέλη, μόνο όμως μέχρι το χρονικό σημείο που είχε ταχθεί για την υποβολή των προσφορών των διαγωνιζομένων.

Η κοινοπραξία «Μακεδονικό Μετρό» αφού διεύρυνε τη σύνθεσή της κατά τη δεύτερη φάση του διαγωνισμού, ανακηρύχθηκε υπό τη νέα αυτή σύνθεση, προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης³²⁰ και ξεκίνησε τη διαπραγμάτευση με το αρμόδιο υπουργείο, προκειμένου να της κατακυρωθεί οριστικά η σύμβαση. Ωστόσο, διαπιστώθηκε από την αναθέτουσα αρχή, ότι κατά τη διεξαγωγή των διαπραγματεύσεων, η προσωρινή ανάδοχος κοινοπραξία, μετέβαλε ανεπίτρεπτα, τη σύνθεσή της και μάλιστα δις, χωρίς να κοινοποιήσει στο Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. τις επιγενόμενες μεταβολές στη σύνθεσή της. Ως εκ τούτου, κηρύχθηκε έκπτωτη και κλήθηκε να ξεκινήσει διαπραγματεύσεις ως προσωρινή ανάδοχος, η δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας κοινοπραξία με την επωνυμία «Θεσσαλονίκη Μετρό». Χωρίς να χρειάζεται να σταθούμε ιδιαίτερα στα λοιπά πραγματικά περιστατικά και την αντιδικία που προέκυψε³²¹, αξίζει απλώς να αναφέρουμε ότι η κοινοπραξία «Μακεδονικό Μετρό» άσκησε αίτηση ακύρωσης

³¹⁹ Διανύουμε το έτος 2024 και το εν λόγω έργο, 20 περίπου χρόνια μετά την έκδοση της απόφασης του ΔΕΕ δεν έχει ολοκληρωθεί ακόμα. Αυτό πράγματι ήταν αστείο.

³²⁰ Για τις αλληπάλληλες μεταβολές στη σύνθεση της προσωρινής αναδόχου κοινοπραξίας, βλ. αναλυτικά τις σκέψεις 24-27 της απόφασης του ΔΕΕ και *Ε. Αδαμαντίδου*, ό.π., σελ. 39.

³²¹ Για την «κληρονομιά» που άφησε σε δικονομικό επίπεδο η εν λόγω απόφαση του ΔΕΕ, βλ. αναλυτικά *Emanuela Matei*, *The Remedies in public procurement*, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 356, *Christopher Bovis*, *Judicial activism and public procurement*, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 327-334 και *του ιδίου*, *Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions*, *Common Market Law Review*, 49(1), 2012, σελ. 249 και 281.

ενώπιον του ΣτΕ κατά της υπουργικής απόφασης, δυνάμει της οποίας κηρύχθηκε έκπτωτη, αλλά η τελευταία απορρίφθηκε ως απαράδεκτη, λόγω έλλειψης ενεργητικής νομιμοποίησης της αιτούσας³²², καθώς κρίθηκε ότι δεν μπορούσε νομίμως να μεταβάλει τη σύνθεσή της, μετά την υποβολή της προσφοράς της και την επιλογή της ως προσωρινού αναδόχου, συνεχίζοντας παράλληλα να συμμετέχει στον επίμαχο διαγωνισμό και κατά συνέπεια, δεν μπορούσε νομίμως, υπό τη νέα της σύνθεση, να ζητήσει την ακύρωση της προσβαλλομένης πράξης³²³.

Ταυτόχρονα όμως, τόσο η «Μακεδονικό Μετρό» όσο και η «Μηχανική Α.Ε.» ως κοινοπρακτούντα μέρη, άσκησαν και αγωγή αποζημίωσης κατά του υπουργείου, ενώπιον του Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών αιτούμενες την επιδίκαση συγκεκριμένων ποσών για τη ζημία που υπέστησαν από παράνομες πράξεις και παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, αλλά και χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης τους. Και εν προκειμένω, το Διοικητικό Πρωτοδικείο³²⁴ απέρριψε την αγωγή αυτή, στην ίδια λογική της έλλειψης ενεργητικής νομιμοποίησης, κρίνοντας ότι η ενάγουσα κοινοπραξία, ασκώντας την εν λόγω αγωγή υπό τη νέα αυτής σύνθεση, δεν νομιμοποιούνταν να αιτηθεί αποζημίωσης. Αμφότερες οι ενάγουσες, άσκησαν στη συνέχεια έφεση ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, το οποίο και ανέστειλε τη διαδικασία, υποβάλλοντας στο ΔΕΕ σειρά προδικαστικών ερωτημάτων³²⁵. Η διατύπωση των προδικαστικών ερωτημάτων κρίθηκε μάλλον ασαφής, με αποτέλεσμα κάθε παρεμβαίνων, αλλά τόσο η Επιτροπή όσο και το ίδιο ΔΕΕ, να προτείνουν την επαναδιατύπωσή του³²⁶, με το τελευταίο να συνοψίζει τα ερωτήματα ως ακολούθως: «1) Αντιτίθεται η οδηγία 93/37 σε εθνική κανονιστική ρύθμιση η οποία απαγορεύει τη μεταβολή της συνθέσεως μιας κοινοπραξίας που μετέχει σε διαγωνισμό για τη σύναψη συμβάσεως δημοσίων έργων μετά την υποβολή της προσφοράς; 2) Θεμελιώνει η οδηγία 89/665 και, αν ναι, σε ποιο βαθμό δικαίωμα μιας τέτοιας κοινοπραξίας να ασκήσει προσφυγή;».

Εν τέλει, το ΔΕΕ απεφάνθη ως προς το πρώτο ερώτημα ότι είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων εθνική κανονιστική ρύθμιση, η οποία απαγορεύει τη μεταβολή της σύνθεσης μιας κοινοπραξίας που μετέχει σε διαγωνισμό για τη σύναψη σύμβασης δημοσίων έργων ή παραχώρησης δημοσίων έργων μετά την υποβολή της προσφοράς, καθώς η μοναδική πρόβλεψη που περιέχει σχετικά το ενωσιακό δίκαιο, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, ήταν το άρθρο 21 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ, το οποίο περιορίζεται απλώς να αναφέρει ότι οι κοινοπραξίες εργοληπτών επιτρέπεται να υποβάλλουν προσφορές απαγορεύοντας όμως στις αναθέτουσες αρχές

³²² ΣτΕ (Ολομ.) 971/1998, Αρμ 1996, 869, Δ/νη 1998, 1046, ΝοΒ 1999, 346.

³²³ Αναλυτικά για το σκεπτικό της απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ, βλ. ανωτέρω υποσημείωση 204 της παρούσας.

³²⁴ ΔΠρΑθ 3794/1999 και Π. Σκουρή, Το μετρό Θεσσαλονίκης, Αρμ 2005, 1847.

³²⁵ Τα ακριβή ερωτήματα είχαν ως εξής (σκέψη 31 της απόφασης του ΔΕΕ): «Πρέπει η μεταβολή της συνθέσεως κοινοπραξίας που μετέχει σε διαγωνισμούς για την ανάθεση συμβάσεως δημοσίων έργων, η οποία (μεταβολή) συντελείται μετά την υποβολή προσφορών και την επιλογή της κοινοπραξίας ως προσωρινού αναδόχου και γίνεται σιωπηρώς αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι οδηγεί στη στέρηση του δικαιώματός της να συμμετέχει στο διαγωνισμό και, κατ' επέκταση, και του δικαιώματός της ή του συμφέροντός της να της ανατεθεί η σύμβαση εκτέλεσης του έργου; Συνάδει μια τέτοια ερμηνεία με τις διατάξεις και το πνεύμα των οδηγιών 93/37/ΕΟΚ και 89/665/ΕΟΚ;».

³²⁶ Σκέψεις 39-57 της απόφασης.

να τους επιβάλλουν την υποχρέωση να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή προτού ανατεθεί η σύμβαση στην επιλεγείσα κοινοπραξία³²⁷. Ως προς το δεύτερο, δικονομικής φύσης, ερώτημα, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι αποτέλεσε τον προπομπό για το νομολογιακό κεκτημένο που εισήχθη λίγα χρόνια αργότερα, με τις αποφάσεις του ΔΕΕ στις υποθέσεις C-129/04 και C-492/06, όπως αναλυτικά εκτέθηκε υπό 3.B.i-iv του παρόντος κεφαλαίου, με το ΔΕΕ στην υπό κρίση περίπτωση να αποφαίνεται, σαφώς πολύ πιο περιληπτικά, ότι στο μέτρο που μια απόφαση αναθέτουσας αρχής προσβάλλει τα δικαιώματα που μια κοινοπραξία εργοληπτών αντλεί από το ενωσιακό δίκαιο, στο πλαίσιο συμμετοχής της σε μία διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, η κοινοπραξία αυτή δεν πρέπει να αποστερείται του δικονομικού δικαιώματός της να ασκήσει τα ένδικα βοηθήματα που προβλέπει η Οδηγία 89/665/ΕΟΚ³²⁸.

vii. Συμπερασματικά.

Ενόψει όλων των ανωτέρων εκτεθέντων, καθίσταται προφανές ότι η έλλειψη ρητής διάταξης που να ρυθμίζει διεξοδικά τη δυνατότητα μεταβολής στη σύνθεση μιας υποβάλλουσας κοινή προσφορά σε δημόσιο διαγωνισμό, κοινοπραξίας και ακόμη περισσότερο η, εξαιτίας της απουσίας σχετικού νομοθετικού πλαισίου, συλλήβδην άρνηση αναγνώρισης της ευχέρειας των κοινοπρακτούντων μελών αυτής να μεταβάλλουν τη σύνθεσή της, υπό την έννοια της μερικής ή ολικής υποκατάστασής της, είτε κατά τη διάρκεια του προσυμβατικού σταδίου είτε μετά την κατακύρωση και της υπογραφή της σύμβασης ανάθεσης, μάλλον απηχεί ξεπερασμένες και αναχρονιστικές αντιλήψεις. Από δικαιοπολιτική και δογματική σκοπιά εμφανίζεται *de lege ferenda* επιβεβλημένη η θέσπιση ενός κανονιστικού πλαισίου αντιμετώπισης του φαινομένου των επιγενόμενων μεταβολών στη σύνθεση μιας κοινοπραξίας, είτε αυτές συντελούνται κατά το στάδιο που αυτή διατηρεί τον χαρακτήρα του προσφέροντος ή υποψηφίου σε διαγωνιστική διαδικασία είτε διαπιστώνονται, μετά την κατακύρωση σε αυτήν του δημοπρατούμενου αντικειμένου και την ανάδειξή της σε οριστικό ανάδοχο της σύμβασης.

Σύμφωνα και με όσα αναπτύχθηκαν στην παρουσίαση της οικείας ενότητας, έχουν αποτυπωθεί είτε σε μεμονωμένες και ήδη καταργηθείσες διατάξεις νόμων, είτε σε μειωψηφίσασες γνώμες συνθέσεων δικαστικών σχηματισμών, αλλά και του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (εφεξής «ΝΣΚ»)³²⁹, ακόμα όμως και σε σκέψεις αποφάσεων του ΔΕΕ, πολύ ενδιαφέρουσες και γόνιμες απόψεις, οι οποίες θα μπορούσαν να αποτελέσουν τη βάση για τη συνολική νομοθετική ρύθμιση του φαινομένου της υποκατάστασης μέλους ή μελών ενός κοινοπρακτικού συμμετοχικού

³²⁷ Διάταξη που επαναλήφθηκε σχεδόν αυτούσια και στα άρθρα 19 παρ. 3 και 254 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, διατηρώντας έτσι ακέραιη, την αξία των σχετικών πορισμάτων της εν λόγω απόφασης του ΔΕΕ. Βλ. σχετικά και *Albert Sánchez Graells*, ό.π., σελ. 337 και 339.

³²⁸ Σκέψεις 64-73 της απόφασης. Πρβλ. σχετικά και την Απόφαση ΔΕΕ της 18.06.2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI)*, ECLI:EU:C:2002:379 (σκέψεις 29-55), σχολιασμένη από *E. Αδαμαντίδου*, ΕΕΕυρΔ 2002, 748.

³²⁹ Δεν είναι λίγες πάντως οι φορές που ακόμα και οι επικρατούσες γνώμες της πλειοψηφίας, καίτοι κατέληγαν στην άρνηση αυτής της δυνατότητας, ταυτόχρονα εξέφραζαν προβληματισμούς ως προς τη συνολική άρνηση αναγνώρισης της δυνατότητας υποκατάστασης, διατυπώνοντας παράλληλα θεωρητικές προτάσεις, υπό το πρίσμα των οποίων θα δέχονταν ως επιτρεπτή μία τέτοια υποκατάσταση.

σχήματος. Είναι τουλάχιστον εκτός συναλλακτικής πραγματικότητας, να αγνοείται το υπαρκτό ενδεχόμενο, η σύνθεση ενός οικονομικού φορέα και δη η κοινή συμμετοχή οικονομικών φορέων μέσω κοινοπραξίας, να μεταβάλλεται εκούσια ή ακούσια, αιφνίδια ή κατόπιν απόφασης των μελών αυτής, προϊόντος του διαγωνισμού ή κατόπιν της υπογραφής της σύμβασης με την αναθέτουσα αρχή, χωρίς να παρέχεται και η ταυτόχρονη δυνατότητα, υποκατάστασης των εκλιπόντων ή ελλειπόντων μελών αυτής, από τα εναπομείναντα μέλη ή με την είσοδο νέων.

Όπως ήδη ειπώθηκε και στην εισαγωγή, αντικειμενικά γεγονότα, όπως ο θάνατος, η πτώχευση, οι μεταβολές εταιρικής φύσης, η ασυμφωνία των κοινοπρακτούντων μερών κλπ., συνδυασμένα με τον παρατεταμένο χρόνο διάρκειας για τη διεξαγωγή και την ολοκλήρωση των δημόσιων διαγωνισμών, καθιστούν υπέρμετρα δεσμευτική για τους οικονομικούς φορείς, την εκ του νόμου απαίτηση παραμονής τους σε μη λειτουργικά συνεργατικά σχήματα και υποχρεωτικής συμμετοχής τους σε δημόσιους διαγωνισμούς αποκλειστικά και μόνο με την αρχική μορφή, υπό την οποία υπέβαλαν προσφορά. Είναι παραπάνω από προφανές, ότι ειδικά στην περίπτωση κοινοπρακτικών σχηματισμών ακυρώνεται η αναγκαία ευελιξία που απαιτούν οι σύγχρονες συναλλαγές. Συνεχίζοντας στην ίδια συλλογιστική και προκειμένου να γίνουν αντιληπτά τα ανωτέρω, λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα. Η πρόθεση εταιρικής συνύπαρξης μεταξύ περισσοτέρων επιχειρηματικών φορέων (φυσικών ή νομικών προσώπων) υπό τη σκέπη της αυτής νομικής προσωπικότητας ενός οποιουδήποτε εταιρικού τύπου (Ο.Ε., Ε.Ε., Α.Ε., Ι.Κ.Ε., Ε.Π.Ε., κλπ.), εξ ορισμού υποδηλώνει, τουλάχιστον κατά κανόνα, πρόθεση μονιμότερης και μακροβιότερης συνεργασίας μεταξύ τους, βάσει σταθμισμένων επιχειρηματικών επιλογών. Μια τέτοια όμως συνεργασία μπορεί και να μην πραγματοποιηθεί ή να αποτύχει στην πράξη, επιφέροντας συνεπώς, μεταβολές στα ποσοστά εταιρικής συμμετοχής των επιμέρους συνεταιριζόμενων ή αλλοιώσεις στη μετοχική τους σύνθεση κατά περίπτωση και άρα καταληκτικά δύναται να επηρεάσει την αρχική σύνθεση ενός οικονομικού φορέα, ως νομικό πρόσωπο, όπως αυτός υπέβαλε προσφορά στο πλαίσιο διεξαγωγής διαγωνισμού για την κατακύρωση δημόσιας σύμβασης.

Κατά τον ίδιο τρόπο, πολλώ δε μάλλον, η συνύπαρξη περισσοτέρων οικονομικών φορέων εντός των κόλπων μιας κοινοπραξίας, οι οποίοι όχι μόνο διατηρούν την επιχειρηματική τους αυτοτέλεια και δραστηριότητα, αλλά εξ ορισμού συνασπίζονται σε ένα εντελώς ευκαιριακό και πρόσκαιρο συναλλακτικό μόρφωμα, υπόκειται έτι περισσότερο σε ενδεχόμενες μεταβολές, αλλαγή επιχειρηματικής στόχευσης και προσωπικών επιδιώξεων εκάστου συμμετέχοντος μέλους και άρα παρουσιάζεται ακόμα πιο εύπλαστη και ευμετάβλητη. Υπό την έννοια αυτή, δεν είναι δυνατόν να μην αναγνωρίζεται στην κοινοπραξία, η απαιτούμενη ελαστικότητα στις σχέσεις μεταξύ των μελών της, όπως αποτυπώνονται στη σύνθεση αυτής, χωρίς ενδεχόμενες μεταβολές της τελευταίας, να επιφέρουν αναγκαστικά, ως αυτόθροη συνέπεια, χωρίς ενδιάμεσο έλεγχο των αληθινών επιπτώσεων στη συμμετοχή της, την απόρριψη της προσφοράς της και τον αποκλεισμό της από ένα διεξαγόμενο διαγωνισμό. Μια τέτοια παραδοχή, θα εξομοίωνε χωρίς καμία λογική και όλως ατεκμηρίωτα και κυρίως σε βάρος των συμφερόντων της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, κάθε υποκατάσταση μέλους ή μελών της αρχικής σύνθεσης μιας κοινοπραξίας, με

λόγους απόρριψης της προσφοράς ενός οποιουδήποτε οικονομικά αφερέγγυου, επαγγελματικά ακατάλληλου, τεχνικά μη ικανού ή με άλλο τρόπο, εν γένει αναξιόπιστου οικονομικού φορέα.

Φυσικά, η αναγνώριση της ανωτέρω δυνατότητας δεν είναι δυνατόν να γίνει δεκτή άνευ όρων. Αντιθέτως, απαιτείται ένα νομοθετικό πλαίσιο, εντός του οποίου θα προσδιορίζονται και θα οριοθετούνται με σαφήνεια οι όροι και οι προϋποθέσεις άσκησης της παρεχόμενης στις συμμετέχουσες κοινοπραξίες, ευχέρειας υποκατάστασης μέλους ή μελών της σύνθεσής τους. Ήδη, όλες οι απόψεις που έχουν μέχρι σήμερα διατυπωθεί, κατατείνουν στο συμπέρασμα ότι είναι επιτακτική ανάγκη η αντιμετώπιση του φαινομένου νομοθετικά, επί τη βάση συγκεκριμένων αξόνων. Πρωτευόντως, θα πρέπει η όποια διαφοροποίηση στη σύνθεση μιας κοινοπραξίας να εξυπηρετεί γενικότερα το δημόσιο συμφέρον, υπό την έννοια ότι μεταβάλλει επί τα βελτίω τη σύνθεση της, ενισχύοντας τη θέση της έναντι της αναθέτουσας αρχής ή τουλάχιστον διατηρώντας αυτήν στο ίδιο επίπεδο συνολικής «καταλληλότητας» και «ικανότητας», όπως ήταν και πριν την επελθούσα υποκατάσταση. Δευτερευόντως, θα πρέπει να τίθενται σαφή χρονικά όρια για την άσκηση του χορηγούμενου δικαιώματος, εντός εκάστου σταδίου του διαγωνισμού, μέχρι του οποίου η δήλωση της υποκατάστασης θα είναι επιτρεπτή³³⁰, τελούσα πάντοτε υπό την προηγούμενη οριστική έγκριση αυτής από την εκάστοτε αρμόδια επιτροπή της αναθέτουσας αρχής.

Σε συνέχεια των ανωτέρω, εκ τρίτου, θα πρέπει ο οικονομικός φορέας που υποκαθιστά μέλος μιας κοινοπραξίας, να αποδεικνύει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, την επαγγελματική του καταλληλότητα, την τεχνική του επάρκεια, την οικονομική και χρηματοοικονομική του φερεγγυότητα, την εν γένει αξιοπιστία του, με βάση και τους προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού, επί τη βάση των αυτών ακριβώς απαιτήσεων, όπως διαπιστώθηκε η συνδρομή των ανωτέρω και στο πρόσωπο (φυσικό ή νομικό) του υποκαθιστάμενου μέλους της κοινοπραξίας, ώστε να διασφαλίζεται ότι η αλλαγή στη σύνθεσή της δεν απομειώνει τη συνολική «αξία» της προσφοράς της, σε σχέση με την αρχική συμμετοχή της στον διαγωνισμό ή σε σχέση με τους όρους που ανέλαβε την εκτέλεση της σύμβασης. Τέλος, μία τέταρτη προϋπόθεση για τη νόμιμη μεταβολή στη σύνθεση μιας κοινοπραξίας, θα ήταν να μην περιέρχονται οι ανταγωνιστές οικονομικοί φορείς, σε θέση δυσμενέστερη απέναντί της, σε σχέση με αυτή που κατείχαν πριν την υποκατάσταση, υπό την έννοια, να μην μεταβάλλεται επί τα χείρω η θέση τους έναντι της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας αθέμιτα την πριμοδότηση της προσφοράς και της εν γένει συμμετοχής της κοινοπραξίας στον διαγωνισμό, στρεβλώνοντας την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων.

Προφανώς, ο συνδυασμός των ανωτέρω κριτηρίων ή/και η προσθήκη και άλλων, καθώς και η τελική εξειδίκευση των όρων και των προϋποθέσεων που θα καθιστούν επιτρεπτή μία τέτοια υποκατάσταση, καταλείπεται στον νομοθέτη.

³³⁰ Μια πρώτη βάση για τη θεμελίωση σχετικής δυνατότητας, υπάρχει ήδη στο άρθρο 104 παρ. 2 και 3 του Ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 44 του Ν. 4782/2021, αναφορικά με τις οπιγενείς μεταβολές στο πρόσωπο των προσφερόντων/υποψηφίων οικονομικών φορέων. Προφανώς, σε μία ενδεχόμενη νομοθετική πρόβλεψη, δεν θα πρέπει η δηλωθείσα υποκατάσταση να οδηγεί άνευ άλλου τινός σε απόρριψη της κοινής προσφοράς της κοινοπραξίας, δοθέντος ότι κάτι τέτοιο θα καθιστούσε τη διάταξη κενή περιεχομένου.

6. Επιμέρους ζητήματα από την παρουσία της κοινοπραξίας σε μία δημόσια διαγωνιστική διαδικασία.

Η ιδιόμορφη και πρωτότυπη φύση της κοινοπραξίας, όπως αυτή αντανakλάται και στο ρυθμιστικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, έχει τύχει επεξεργασίας μέσα από σειρά αποφάσεων του ΔΕΕ³³¹, όπως αυτό κλήθηκε να αποφανθεί επί ερωτημάτων που συνυφαίνονταν με τις ιδιαιτερότητες του συνεργατικού αυτού σχηματισμού και των εσωτερικών σχέσεων που αναπτύσσουν τα μέλη του. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση που αντιμετωπίστηκε από το ΔΕΕ στην υπόθεση C-376/08, στην οποία αποτυπώνεται εναργώς ένα από τα κομβικά σημεία της όλης δομής και του τρόπου λειτουργίας της κοινοπραξίας, όπως ήδη αναλύθηκε και ανωτέρω υπό 2.Α.ι. Συγκεκριμένα, αναδείχθηκε ο όλως πρόσκαιρος και ευκαιριακός συνασπισμός των μελών της κοινοπραξίας, τα οποία διατηρούν τη νομική και οικονομική τους αυτοτέλεια έναντι αυτής, γεγονός που τους επιτρέπει να δραστηριοποιούνται επιχειρηματικά παράλληλα με τη συναλλακτική δράση που αναπτύσσει η ίδια η κοινοπραξία και μάλιστα είτε στον ίδιο τομέα είτε και σε διαφορετικό.

Σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της υπό κρίση υπόθεσης, σε διαγωνισμό ανάθεσης για την εκτέλεση έργου του *Commune di Milano* υπέβαλαν ανταγωνιστικές προσφορές αφενός η εταιρεία «*Serrantoni*» και αφετέρου η μόνιμη κοινοπραξία με την επωνυμία «*Consortio stabile edili Scrl*», της οποίας η πρώτη αποτελούσε μόνιμο μέλος. Αμφότεροι οι ως άνω οικονομικοί φορείς αποκλείστηκαν από τη διαδικασία λόγω παράβασης των σχετικών εθνικών διατάξεων του ιταλικού δικαίου και η σύμβαση ανατέθηκε σε έτερο οικονομικό φορέα. Συγκεκριμένα, αιτιολογική βάση του αποκλεισμού τους αποτέλεσαν διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό σχετικές με τη δράση των κοινοπραξιών. Ειδικότερα, το ιταλικό δίκαιο προβλέπει απόλυτη και ανεξίτηλη απαγόρευση συμμετοχής στον ίδιο διαγωνισμό με κατάθεση ανταγωνιστικών προσφορών, τόσο για την κοινοπραξία όσο και για τις επιμέρους εταιρείες που την απαρτίζουν και μάλιστα, επί ποινή αυτομάτου αποκλεισμού τους και επιβολής σε βάρος τους ποινικών κυρώσεων³³². Αμφότεροι οι αποκλεισθέντες οικονομικοί φορείς, άσκησαν κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, προσφυγή ενώπιον του αιτούντος εθνικού δικαστηρίου (*Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*), το οποίο και ανέστειλε την διαδικασία και υπέβαλε στο ΔΕΕ σειρά ερωτημάτων αναφορικά με το εξεταζόμενο ζήτημα³³³.

³³¹ Απόφαση ΔΕΕ της 23.12.2009, C-376/08, *Serrantoni Srl, Consortio stabile edili Scrl*, ECLI:EU:C:2009:808 και Απόφαση ΔΕΕ της 22.10.2015, C-425/14, *Impresa Edilux Srl, ως εκπρόσωπος της κοινοπραξίας, Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)*, ECLI:EU:C:2015:721. Πρβλ. και Απόφαση ΔΕΕ της 04.05.2017, C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2017:338 (σκέψεις 55-65), όπως αναλύονται διεξοδικά υπό 4.ii.b του επόμενου κεφαλαίου.

³³² Κρίσιμο είναι να διευκρινιστεί ότι στην προκειμένη περίπτωση, η αποκλεισθείσα μόνιμη κοινοπραξία δεν έλαβε μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό και για λογαριασμό της επίσης αποκλεισθείσας εταιρείας *Serrantoni* παρά το γεγονός αποτελούσε μόνιμο μέλος αυτής, όπως άλλωστε επιβεβαιώθηκε και από το δικαστήριο της κύριας δίκης (βλ. σκέψη 15 της απόφασης).

³³³ Σκέψη 19 της απόφασης.

Με την απάντηση στο δεύτερο και κρίσιμο προδικαστικό ερώτημα³³⁴, το ΔΕΕ μέσα από μία πραγματικά εύστοχη και διεισδυτική ματιά, σταθερά προσανατολισμένη στα κελεύσματα της ίδιας της επιχειρηματικής πραγματικότητας, κατέληξε στα ακόλουθα πορίσματα³³⁵. Μία τέτοια εθνική ρύθμιση κράτους μέλους, όπως η υπό κρίση του ιταλικού δικαίου, η οποία ως αυτόθροη συνέπεια της κατάθεσης στον ίδιο διαγωνισμό, ανταγωνιστικών προσφορών μεταξύ μίας μόνιμης κοινοπραξίας και ενός μέλους αυτής, επιφέρει άνευ άλλου τινός τον αυτόματο αποκλεισμό αμφοτέρων των προσφερόντων, χωρίς να ληφθεί υπόψη εάν η συμμετοχή της κοινοπραξίας στον επίμαχο διαγωνισμό πράγματι γίνεται και για λογαριασμό και προς το συμφέρον της συγκεκριμένης, μεμονωμένης επιχείρησης που έχει καταθέσει αυτοτελή προσφορά, συνιστά μεταχείριση ενέχουσα διακριτική μεταχείριση εις βάρος της εν λόγω κοινοπραξίας και συνεπώς, δεν είναι σύμφωνη με την αρχή της ισότητας. Προσέτι, κρίθηκε ότι ακόμη και αν υποθεθεί ότι η συγκεκριμένη μεταχείριση εφαρμόζεται αδιακρίτως σε όλες τις μορφές κοινοπραξιών ή ότι το εθνικό δικαστήριο διαπιστώνει την ύπαρξη αντικειμενικών παραγόντων, βάσει των οποίων το καθεστώς που διέπει τις μόνιμες κοινοπραξίες διαφοροποιείται ουσιωδώς από τη θέση που έχουν οι λοιπές μορφές κοινοπραξιών, η αναγνώριση ενός γενικού και οριζόντιου κανόνα περί αυτομάτου αποκλεισμού δεν συμβιβάζεται, εν πάση περιπτώσει, προς την αρχή της αναλογικότητας.

Το ανωτέρω εξαχθέν συμπέρασμα παρίσταται απολύτως εύλογο, καθώς η θέσπιση ενός τέτοιου κανόνα καθιερώνει αδικαιολόγητα σε βάρος των οικονομικών φορέων, τεκμήριο αμοιβαίας παρεμβάσεως και μάλιστα αμάχητο, στις περιπτώσεις εκείνες, όπου ένα κοινοπρακτικό σχήμα και ένας ή περισσότεροι από τους αυτοτελείς οικονομικούς φορείς που το απαρτίζουν έχουν υποβάλλει, στο πλαίσιο του ίδιου διαγωνισμού, ανταγωνιστικές προσφορές. Η παραδοχή αυτή καθίσταται έτι περισσότερο προφανής, στην περίπτωση κατά την οποία η εν λόγω κοινοπραξία δεν έχει μετάσχει στη διαδικασία για λογαριασμό και προς το συμφέρον των επιχειρήσεων που τη συναπαρτίζουν, ωστόσο με την αυτόματη επιβολή της ποινής του αποκλεισμού δεν παρέχεται η προηγούμενη δυνατότητα είτε στην ίδια την κοινοπραξία είτε στις συμπράττουσες επιχειρήσεις να (αντ)αποδείξουν ότι οι προσφορές τους καταρτίστηκαν εντελώς ανεξάρτητα και συνεπακόλουθα, ότι δεν υφίσταται κίνδυνος επηρεασμού του ανταγωνισμού μεταξύ των, κατ' αρχήν συνεργαζόμενων, πλην όμως

³³⁴ Όπως αυτό συνοψιζόταν στη σκέψη 29 της απόφασης και αφορούσε το αν οι γενικές αρχές της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας, όπως απορρέουν από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου, έχουν την έννοια ότι απαγορεύουν εθνική ρύθμιση, όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, η οποία προβλέπει τον αυτόματο αποκλεισμό από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης και την επιβολή ποινικών κυρώσεων τόσο κατά μιας μόνιμης κοινοπραξίας όσο και κατά των επιχειρήσεων που μετέχουν σε αυτή, εφόσον οι ως άνω επιχειρήσεις έχουν υποβάλει προσφορές ανταγωνιστικές προς την προσφορά της κοινοπραξίας στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, παρά το ότι η προσφορά της εν λόγω κοινοπραξίας δεν υποβλήθηκε για λογαριασμό και προς το συμφέρον των επιχειρήσεων αυτών.

³³⁵ Σκέψεις 34-46 της απόφασης.

εν προκειμένω, ανεξάρτητων και ανταγωνιστικών οικονομικών φορέων που κατέθεσαν προσφορά³³⁶.

Στην ίδια λογική, το ΔΕΕ απεφάνθη στην επίδικη περίπτωση ότι ένας τέτοιος κανόνας συστηματικού αποκλεισμού κρίνεται συλλήβδην αντίθετος με το ενωσιακό δίκαιο, παραβιάζοντας τις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των συμμετεχόντων, κατά το εξής. Εφόσον συνεπάγεται για τις αναθέτουσες αρχές, εκ προοιμίου, απόλυτη και ανεξάιρετη υποχρέωση αποκλεισμού των οικείων οντοτήτων που λαμβάνουν μέρος στον ίδιο διαγωνισμό με τον τρόπο που εκτέθηκε, χωρίς προηγούμενο έλεγχο των πραγματικών περιστατικών κάθε υπόθεσης, είναι πασιφανές ότι αναγκαστικά καταλαμβάνει ακόμη και περιπτώσεις, στις οποίες η μεταξύ των συγκεκριμένων οικονομικών φορέων συνεργασία, δεν ασκεί *ad hoc* επιρροή στις μεταξύ τους σχέσεις και δεν διαμορφώνει αντιανταγωνιστικά, τη συμπεριφορά τους, στο πλαίσιο των συγκεκριμένων διαδικασιών, στις οποίες αυτές έχουν μετάσχει χωριστά και αυτοτελώς. Αυτό όμως αντιβαίνει σε μία από τις βασικές επιδιώξεις του ενωσιακού δικαίου και δη του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, η οποία έγκειται στη διασφάλιση συμμετοχής του μέγιστου δυνατού αριθμού συμμετεχόντων στις προκηρυσσόμενες διαγωνιστικές διαδικασίες και υπό την έννοια αυτή, βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού³³⁷.

Στις επόμενες σκέψεις της απόφασης, το ΔΕΕ μέσα από σταθμίσεις που αφορούσαν το ενδεχόμενο μία τέτοια εθνική ρύθμιση να παρακωλύσει, να παρενοχλήσει ή να καταστήσει λιγότερο ελκυστική την άσκηση, από τους κοινοτικούς υπηκόους, της ελευθερίας εγκαταστάσεως και την παροχή υπηρεσιών που διασφαλίζει η Συνθήκη³³⁸, κατέληξε ότι ένας εθνικός κανόνας που προβλέπει το μέτρο του αυτομάτου αποκλεισμού εις βάρος των μόνιμων κοινοπραξιών και των φυσικών ή νομικών προσώπων που μετέχουν σε αυτές, ενδέχεται εν τέλει να λειτουργήσει αποτρεπτικά ως προς επιχειρηματίες που είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη, να θελήσουν να δραστηριοποιηθούν συμμετέχοντας σε κάποια ήδη υφιστάμενη κοινοπραξία ή να συστήσουν κάποια διακρατική κοινοπρακτική συνεργασία, προκειμένου να λάβουν μέρος σε διεξαγόμενο διαγωνισμό³³⁹. Κατά την έννοια αυτή,

³³⁶ Βλ., υπό την έννοια αυτή, όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών 93/37/ΕΟΚ και 92/50/ΕΟΚ, Απόφαση ΔΕΕ της 16.12.2008, C-213/07, *Μηχανική Α.Ε.*, ECLI:EU:C:2008:731 (σκέψη 67) και Απόφαση ΔΕΕ της 19.05.2009, C-538/07, *Assitur Srl*, ECLI:EU:C:2009:317 (σκέψη 30). Στην τελευταία αυτή απόφαση του ΔΕΕ, κρίθηκε ότι με βάση την αρχή *favor participationis*, δεν πρέπει να αποκλείεται *a priori* η δυνατότητα ταυτόχρονης υποβολής ανταγωνιστικών προσφορών στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία, σε επιχειρήσεις, μεταξύ των οποίων κατ' αρχήν διαπιστώνεται η ύπαρξη σχέσης ελέγχου ή σύνδεσής τους, χωρίς αυτές να έχουν προηγουμένως τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι η συνεργασία τους αυτή δεν επηρέασε τη συμπεριφορά τους στο πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού. Πρβλ. και *Π. Δέγλερη*, *Οι Δημόσιες Συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη*, 2019, σελ. 262 επ.

³³⁷ Έτσι και *Christopher Bovis*, *Judicial activism and public procurement*, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 378 και *του ιδίου*, *Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions*, *Common Market Law Review*, 49(1), 2012, σελ. 269.

³³⁸ Βλ. υπό την έννοια αυτή και υπό το καθεστώς της τότε ισχύουσας Συνθήκης περί ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, Απόφαση ΔΕΕ της 14.10.2004, C-299/02, *Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών*, ECLI:EU:C:2004 (σκέψη 15) και Απόφαση ΔΕΕ της 09.11.2006, C-433/04, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, ECLI:EU:C:2006:702 (σκέψη 28).

³³⁹ Σκέψη 42 της απόφασης.

ένα τέτοιο εθνικό μέτρο, στον βαθμό που ενδέχεται να περιορίσει την ανάπτυξη επιχειρηματικής δραστηριότητας, κατά τα αμέσως προηγούμενως εκτεθέντα, συνιστά περιορισμό της άσκησης των ελευθεριών που αναγνωρίζει η Συνθήκη, εφόσον δεν μπορεί να δικαιολογηθεί ούτε επί τη βάση της επιδίωξης θεμιτού σκοπού γενικού συμφέροντος, δοθέντος προφανώς ότι προηγούμενως έχει ήδη αξιολογηθεί και ως πρόσφορο για την επίτευξη του σκοπού αυτού, ενώ ταυτόχρονα δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού, μέτρου. Οι προϋποθέσεις αυτές ωστόσο δεν διαπιστώθηκε ότι συνέτρεχαν εν προκειμένω.

Συνεπώς, το ΔΕΕ με την απάντηση που έδωσε στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα διαχώρισε σαφέστατα τη θέση των συμπραττόντων μελών και του ίδιου του κοινοπρακτικού σχήματος, ακόμα και όταν μεμονωμένο μέλος αυτού αποφασίζει να λάβει μέρος στον ίδιο διαγωνισμό, διεκδικώντας αυτοτελώς την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης για λογαριασμό του, αναζητώντας σε κάθε περίπτωση την αληθή επιχειρηματική δραστηριότητα που αναπτύσσει έκαστος οικονομικός φορέας σε κάθε εξειδικευμένη περίπτωση. Συνακόλουθα, με γνώμονα την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού και αύξησης του αριθμού των συμμετεχόντων σε μία διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία, το ΔΕΕ έκρινε ολοκληρωτικά αντίθετο με το ενωσιακό δίκαιο τον αυτόματο αποκλεισμό από τη διαδικασία αυτή και την επιβολή ποινικών κυρώσεων τόσο κατά μόνιμης κοινοπραξίας όσο και κατά των επιχειρήσεων που μετέχουν σε αυτήν, χωρίς πρώτα να ελεγχθεί από την αναθέτουσα αρχή³⁴⁰ και να εξακριβωθεί εάν οι εν λόγω συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, ήτοι η μόνιμη κοινοπραξία και το ή τα μέλη αυτής έχουν πράγματι υποβάλλει ανταγωνιστικές μεταξύ τους προσφορές. Το ΔΕΕ μάλιστα έκρινε ότι ένα τέτοιο γεγονός, αναμφισβήτητα θα προκύπτει όταν η προσφορά της κοινοπραξίας δεν έχει κατατεθεί για λογαριασμό και

³⁴⁰ Έτσι αντιμετώπισε σχετικό όρο διακήρυξης και η ΕλΣυν Τμήμα VI 255/2012 η οποία έκρινε ως ακολούθως: «Με τα δεδομένα αυτά το Τμήμα κρίνει ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση ο συντάκτης του ανωτέρω όρου της διακήρυξης έχει υπόψη του κοινοπραξίες και συμπράξεις με τη μορφή που εμφανίζονται αποκλειστικά και μόνο στο ημεδαπό δίκαιο για τη συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς. Συγκεκριμένα, τόσο η σύμπραξη όσο και η κοινοπραξία αποτελούν προσωρινές ενώσεις φυσικών ή νομικών προσώπων, οι οποίες, αν και θεωρούνται φορείς δικαιούμενοι να συμμετάσχουν αυτοτελώς σε δημόσιο διαγωνισμό, εντούτοις δεν διαθέτουν νομική προσωπικότητα και εντεύθεν αυτονομία στη λήψη αποφάσεων για τον τρόπο κατάρτισης των τεχνικών και οικονομικών προσφορών, ώστε να διασφαλίζεται η ανεξαρτησία και η μυστικότητα αυτών. Υπό το πρίσμα αυτό ο σχετικός όρος της διακήρυξης, που απαγορεύει την συμμετοχή στο διαγωνισμό του ίδιου προσώπου με δύο ιδιότητες, ήτοι ως μεμονωμένου υποψηφίου και ταυτόχρονα ως μέλους σύμπραξης ή κοινοπραξίας, αποσκοπεί στην αποφυγή οποιουδήποτε ενδεχόμενου συμπαιγνίας μεταξύ των υποψηφίων στον επίμαχο διαγωνισμό και κατά συνέπεια στη διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων και της διαφάνειας στην κατάρτιση των οικονομικών προσφορών. Ο περιορισμός δε που εισάγει ο όρος αυτός ως προς την υποβολή των προσφορών εμπίπτει στην αναγνωρισθείσα και από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ευχέρεια εκτίμησης των εθνικών αρχών ως προς τους όρους αποκλεισμού των υποψηφίων και πληροί τις προϋποθέσεις που τίθενται από αυτό για τη θέσπιση τέτοιων περιορισμών, αφού, ενόψει της νομικής φύσης της κοινοπραξίας κατά το ημεδαπό δίκαιο δεν υφίσταται διαφοροποίηση του προσώπου όταν αυτό μετέχει στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία αυτοτελώς και ταυτόχρονα ως μέλος κοινοπραξίας (βλ. VI Τμ. 2752/2011, ΣτΕ Επ 429/2008) και με βάση εν γένει τα οικονομικά και κοινωνικά δεδομένα που επικρατούν στη χώρα, αποτελεί πρόσφορο και αναγκαίο και ως τούτου αναλογικό μέτρο για την επίτευξη του σκοπού της διασφάλισης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Περαιτέρω, ουδόλως συνάγεται εκ του ως άνω όρου απαγόρευση υποβολής προσφοράς από αλλοδαπή κοινοπραξία και ταυτόχρονα αυτοτελώς από μέλος αυτής, εφόσον αποδεικνύεται ότι δεν υπάρχει αλληλεξάρτηση των προσφορών τους.»

προς το συμφέρον των επιμέρους επιχειρήσεων αυτής που λαμβάνουν μέρος ως αυτόνομοι οικονομικοί φορείς³⁴¹.

Στην ίδια λογική και ακολουθώντας το πνεύμα της απόφασης στην υπόθεση C-376/08, το ΔΕΕ με την απόφασή του στην υπόθεση C-425/14 είχε την ευκαιρία να επιβεβαιώσει την αντίθεση στο ενωσιακό δίκαιο του αυτόματου αποκλεισμού οικονομικών φορέων από διαγωνιστική διαδικασία, εξαιτίας γενικότερης συνεργασίας τους, στους κόλπους μίας κοινοπραξίας, η οποία όμως παραμένει ανενεργή και αδρανής κατά την κατάθεση προσφορών της ίδιας της κοινοπραξίας και ενός η περισσοτέρων εκ των μελών αυτής, σε μία προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον πράγματι τελούν σε σχέση ανταγωνιστική, χωρίς να έχει δοθεί προηγουμένως στους εν λόγω συμμετέχοντες η ευκαιρία να αποδείξουν ότι η προσφορά της κοινοπραξίας δεν έχει στον επίμαχο διαγωνισμό, υποβληθεί και για λογαριασμό του μεμονωμένου φυσικού ή νομικού προσώπου και μέλους αυτής³⁴².

Εξαιτίας των ιδιαιτεροτήτων της συγκεκριμένης υπόθεσης, οι οποίες σχετίζονταν με την καταπολέμηση του φαινομένου της διείσδυσης του οργανωμένου εγκλήματος που είναι εδραιωμένο σε ορισμένες περιοχές της νότιας Ιταλίας, προπαντός στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, το ΔΕΕ κατέληξε να δεχτεί ότι είναι συμβατός με το ενωσιακό δίκαιο ο αυτόματος αποκλεισμός οικονομικού φορέα, λόγω μη προσκόμισης, μαζί με την προσφορά του, έγγραφης αποδοχής των δεσμεύσεων και δηλώσεων που περιλαμβάνονται σε πρωτόκολλο νομιμότητας, όπως το επίμαχο στην υπόθεση της κύριας δίκης, του οποίου σκοπός είναι ακριβώς η καταπολέμηση του οργανωμένου εγκλήματος στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Εντούτοις, κατά το μέρος που το σχετικό πρωτόκολλο νομιμότητας περιλαμβάνει δηλώσεις, σύμφωνα με τις οποίες, ο υποψήφιος ή προσφέρων οφείλει να δηλώσει ότι δεν τελεί σε σχέση ελέγχου ή συνδέσεως με άλλους υποψήφιους ή προσφέροντες, ότι δεν έχει ούτε πρόκειται να καταρτίσει συμφωνία με άλλους μετέχοντες στη διαδικασία του διαγωνισμού και ότι δεν προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικώς καθήκοντα οποιασδήποτε φύσεως σε άλλες επιχειρήσεις που μετείχαν στην εν λόγω διαδικασία, το ΔΕΕ δεν έκρινε σκόπιμο να απόσχει από τον νομολογιακό κανόνα που θεσπίστηκε στην υπόθεση C-376/08. Αντιθέτως, βασιζόμενο στην ίδια συλλογιστική που είχε ακολουθήσει και σε εκείνη την απόφαση, εδραίωσε τα πορίσματά της και απεφάνθη ότι η μη προσκόμιση των δηλώσεων αυτών δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια τον αυτόματο αποκλεισμό του υποψήφιου ή προσφέροντος από την προαναφερθείσα διαδικασία.

Όπως λοιπόν καθίσταται πέραν πάσης αμφιβολίας πασίδηλο, το ΔΕΕ ανέδειξε μέσα από τις προεκτεθείσες αποφάσεις του την ελαστικότητα και την πλαστικότητα των διαμορφούμενων σχέσεων μεταξύ των μελών ενός συμμετοχικού σχήματος όπως η κοινοπραξία, οι οποίες δεν θα πρέπει σε καμία περίπτωση να αντιμετωπίζονται εκ

³⁴¹ Παρεμφερείς οι περιπτώσεις όπου κρίθηκε ότι η απαγόρευση συμμετοχής φυσικού ή νομικού προσώπου σε περισσότερα του ενός σχήματα αφορούσε τους μελετητές ή μελετητικά γραφεία, που μετείχαν ως συμπράττοντες, και όχι τους συνεργάτες, που απλώς παρείχαν στον υποψήφιο μελετητή τον αναγκαίο για την εκπόνηση της υπό ανάθεση μελέτης εξοπλισμό. Βλ. σχετικά ΕΑ ΣτΕ 174/2007 και ΣτΕ 34/2010.

³⁴² Βλ. ιδίως σκέψεις 36 και 38 της απόφασης.

προοιμίου ως στατικές και δεδομένες. Αντιθέτως, επιφορτίζεται η αναθέτουσα αρχή με την ευθύνη να διαγνώσει τις απόλυτα ειδικές συνθήκες που διέπουν τη συνεργασία μεταξύ των μελών, ακόμα και μιας μόνιμης κοινοπραξίας ή των συμπραττόντων μερών και αυτής της ίδιας, όταν δεν ενεργεί προς όφελος και για λογαριασμό τους, στο πλαίσιο της εκάστοτε εξειδικευμένης περίπτωσης. Από την άλλη βέβαια πλευρά και οι ίδιοι οι οικονομικοί φορείς, βαρύνονται κάθε φορά να τεκμηριώσουν κατάλληλα και να αποδείξουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τον αληθή χαρακτήρα της μεταξύ τους συνεργασίας, καθώς και τη σχέση και τον βαθμό ελέγχου και σύνδεσης που χαρακτηρίζει την παρουσία τους σε έναν δημόσιο διαγωνισμό, έστω και αν αυτή περιστασιακά διαφοροποιείται σε σχέση με την κατά κανόνα μόνιμη και σταθερή διάσταση της συναλλακτικής τους δραστηριότητας, μέσω του συμμετοχικού μορφώματος της κοινοπραξίας. Σε κάθε περίπτωση πάντως, ο αυτόματος αποκλεισμός των προσφορών οδηγεί σε ανεπιεική αποτελέσματα σε βάρος των συμμετεχόντων, παραβιάζοντας θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου και αγνοώντας σε βάρος του δημοσίου συμφέροντος, τις πραγματικά συντρέχουσες ιδιαίτερες περιστάσεις κάτω από τις οποίες δρουν οι εν λόγω οικονομικοί φορείς³⁴³.

7. Η σχέση των κοινοπρακτούντων μερών και ο αντίκτυπος της συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο μεμονωμένων μελών στις υπόλοιπες συμπράττουσες επιχειρήσεις.

Ενδεικτική της προσαρμοστικής φύσης του επιχειρηματικού μορφώματος της κοινοπραξίας είναι η κρίση του ΔΕΕ στην πρόσφατη υπόθεση C-682/21³⁴⁴. Με την απόφαση αυτή, το Δικαστήριο, σε συνέχεια των πορισμάτων στις υποθέσεις C-210/20 και C-927/19³⁴⁵, κατέδειξε ερμηνεύοντας τις κρίσιμες διατάξεις που αφορούσαν την υπόθεση της κύριας δίκης, ότι ασχέτως της ευκαιριακής από κοινού συμμετοχής οικονομικών φορέων κάτω από την ίδια «στέγη» ενός κοινοπρακτικού μοντέλου συνεργασίας, παραμένει αναμφισβήτητα ένα ζήτημα που πρέπει να σταθμίζεται απολύτως σε περιπτωσιολογική βάση, το κατά πόσο λόγοι αποκλεισμού που σχετίζονται με πλημμέλειες ενός και μόνο μέλους του συμμετοχικού σχήματος, μπορούν να αποδίδονται και στα λοιπά συμπράττοντα μέλη, βαρύνοντάς τα με

³⁴³ Ακολουθώντας την προσέγγιση αυτής της νομολογίας του ΔΕΕ, έτσι και ΑΕΠΠ 1166/2018 σκέψη 34, όπου κρίθηκε ότι: «Ειδικά στην προκειμένη περίπτωση, όπου δεν διαπιστώθηκε η προαναφερόμενη σχέση διαρκούς ελέγχου ή συνδέσεως μεταξύ της παρεμβαίνουσας και της κοινοπραξίας, καθόσον πρόκειται για πληροφορία, που αφορά σε κοινοπραξία που συστήθηκε ευκαιριακά, για μεμονωμένη συμμετοχή σε συγκεκριμένη (παιλιότερη) διαγωνιστική διαδικασία, η τήρηση της αρχής της αναλογικότητας συνεπάγεται, ότι η οικεία αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει και να εκτιμήσει τα πραγματικά περιστατικά, προκειμένου να καθοριστεί αν η έλλειψη πληροφόρησης επί της πρότερης διαγωνιστικής συμπεριφοράς της εν λόγω κοινοπραξίας άσκησε συγκεκριμένη επιρροή στο αντίστοιχο περιεχόμενο της προσφοράς που υπέβαλε το ένα μέλος αυτής και ήδη παρεμβαίνουσα στο πλαίσιο της εξεταζόμενης διαδικασίας δημόσιου διαγωνισμού.». Αντίθετη πάντως η ΕΑ ΣτΕ 429/2008 που, ενόψει των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν δέχτηκε ότι είναι επιτρεπτή η συμμετοχή στον διαγωνισμό της ίδιας εταιρείας ή ατομικής επιχειρήσεως τόσο μεμονωμένα όσο και ως μέλος κοινοπραξίας.

³⁴⁴ Απόφαση ΔΕΕ της 26.01.2023, C-682/21, «HSC Baltic» UAB, «Mitnija» UAB, «Montuotojas» UAB, ECLI:EU:C:2023:48.

³⁴⁵ Βλ. την ανάλυσή τους κατωτέρω, υπό 8.i-ii του Κεφαλαίου III της παρούσας.

πλημμέλειες που εμποδίζουν τη νόμιμη συμμετοχή τους σε έτερες διαγωνιστικές διαδικασίες.

Συγκεκριμένα, σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε ο Δήμος Βίλνιους στη Λιθουανία, κατέθεσε προσφορά και ανακηρύχθηκε ανάδοχος, κοινοπραξία, στην οποία συμμετείχαν οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς με τα αντίστοιχα ποσοστά: *Active Construction Management* 65%, *HSC Baltic* 15%, *Axis Power* 10%, *Mitnija* 5% και *Montuotojas* 5%. Η χρονική διάρκεια της σύμβασης είχε οριστεί στους δεκαοκτώ (18) μήνες, με καταληκτική ημερομηνία παράδοσης τις 5 Δεκεμβρίου 2018. Παρά τη χορηγηθείσα από την αναθέτουσα αρχή, παράταση ολοκλήρωσης των εργασιών, το χρονοδιάγραμμα εκτέλεσης της σύμβασης δεν εξελίχθηκε σύμφωνα με τα προβλεπόμενα. Στο μεταξύ, διαρκούντος του χρονικού διαστήματος της παράτασης, η επικεφαλής επιχείρηση του κοινοπρακτικού σχήματος, υπήχθη σε διαδικασία πτώχευσης, για την οποία ειδοποιήθηκαν από τον σύνδικο της πτώχευσης τόσο τα λοιπά συμπράττοντα μέλη όσο και η αναθέτουσα αρχή. Παράλληλα, ο Δήμος Βίλνιους ενημέρωσε τους υπόλοιπους οικονομικούς φορείς που μετείχαν στη σύνθεση της αναδόχου κοινοπραξίας ότι κατήγγειλε τη συναφθείσα δημόσια σύμβαση, λόγω ουσιώδους παράβασης, η οποία συνίστατο στην εγκατάλειψη και μη επιτήρηση του εργοταξίου, στη μη παροχή νέας εγγύησης, στη μη τήρηση του χρονοδιαγράμματος των εργασιών και στη μη σύναψη ασφάλισης αστικής ευθύνης.

Ακολουθώντας, οι ανωτέρω οικονομικοί φορείς ανέλαβαν δικαστικό αγώνα, με αίτημα να αναγνωριστεί ο παράνομος χαρακτήρας της καταγγελίας της επίμαχης σύμβασης, αλλά και η συνεπεία τούτου καταχώρηση των εν λόγω εταιρειών στον κατάλογο αναξιόπιστων προμηθευτών που περιλαμβάνεται στην κεντρική διαδικτυακή πύλη των δημοσίων συμβάσεων της Λιθουανίας³⁴⁶. Κατόπιν διαδοχικών αποφάσεων τοπικών και περιφερειακών εθνικών δικαστηρίων (πρωτόδικων και εφετείων), οι οποίες στο σύνολό τους δεν δικαίωναν τις αιτούσες εταιρείες, κυρίως με το σκεπτικό ότι ο Δήμος Βίλνιους ορθά είχε θεωρήσει υπαίτια για τα προβλήματα που παρουσιάστηκαν κατά την εκτέλεση των εργασιών όχι μόνο την επικεφαλής της κοινοπραξίας επιχείρηση, αλλά εξίσου και τα λοιπά μέλη αυτής, η υπόθεση ήχθη ενώπιον του ΔΕΕ. Οι σχετικές δικαστικές κρίσεις εδράζονταν κυρίως στο γεγονός ότι οι οντότητες αυτές ήταν αλληλεγγύως και εις ολόκληρον υπεύθυνες για την ορθή εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης και υπό την έννοια αυτή, λαμβάνοντας υπόψη ότι η εν λόγω σύμβαση είχε καταγγελθεί, η αναθέτουσα αρχή δεν διέθετε καμία διακριτική ευχέρεια που να της επιτρέπει να μην καταχωρήσει όλα τα μέλη της κοινοπραξίας στον κατάλογο των αναξιόπιστων προμηθευτών. Μάλιστα κρίθηκε ότι η καταχώρηση των ως άνω εταιρειών δεν εμπόδιζε την επιγενόμενη αποκατάστασή τους και άρα δεν εμπόδιζε τη συμμετοχή τους σε άλλες διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Η υπόθεση φυσικά έφτασε στο *Lietuvos Aukščiausioji Teisma* (Ανώτατο Δικαστήριο της Λιθουανίας), το οποίο αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τρία (3) συνολικά προδικαστικά ερωτήματα³⁴⁷.

³⁴⁶ Για το πλήρες ιστορικό βλ. αναλυτικά σκέψεις 14-30 της απόφασης.

³⁴⁷ Η ακριβής διατύπωση των ερωτημάτων ήταν η εξής: «1) Έχουν το άρθρο 18, παράγραφος 1, και το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', και παράγραφος 6, της οδηγίας [2014/24], καθώς και το άρθρο 1,

Προκαταρκτικά πάντως, το ΔΕΕ επισήμανε ότι το δεύτερο και το τρίτο ερώτημα έπρεπε να εξεταστούν κατά προτεραιότητα. Τα δύο αυτά ερωτήματα ουσιαστικά συνοψίζονταν στην αποδελτίωση και ερμηνεία των όρων, υπό τους οποίους οι οικονομικοί φορείς καταχωρούνται, κατόπιν καταγγελίας δημόσιας σύμβασης που τους είχε ανατεθεί, σε κατάλογο αναξιόπιστων προμηθευτών, προκειμένου να αποκλειστεί η συμμετοχή τους στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Ταυτόχρονα, αναφέρθηκε ότι αμφότερα τα δύο αυτά ερωτήματα έπρεπε να εξεταστούν υπό το πρίσμα των διατάξεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία είχε ήδη τεθεί σε ισχύ, ανεξαρτήτως της καθυστερημένης ενσωμάτωσής της στο λιθουανικό δίκαιο.

Ενόψει αυτών, το Δικαστήριο κλήθηκε να απαντήσει σε ποιο βαθμό μία εθνική κανονιστική ρύθμιση αντίκειται στα άρθρα 18 παρ. 1 και 57 παρ. 4, στοιχείο ζ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σε περίπτωση κατά την οποία, μία αναθέτουσα αρχή καταγγέλλει δημόσια σύμβαση που εκτελείται από ανάδοχο κοινοπραξία, εξαιτίας σοβαρών ή επαναλαμβανόμενων πλημμελειών που διαπιστώθηκαν στο πρόσωπο ενός και μόνο μέλους αυτής, εντούτοις προκάλεσαν τη μη εκπλήρωση ουσιώδους υποχρέωσης εκ μέρους της κοινοπραξίας εν συνόλω, στο πλαίσιο εκτέλεσης της υπό κρίση σύμβασης. Περαιτέρω, επισημάνθηκε από το ΔΕΕ ότι η εφαρμοστέα διάταξη του άρθρου 57 της οδηγίας, πράγματι επιτρέπει να αποκλειστεί από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάθε οικονομικός φορέας, ως προς τον οποίο διαπιστώθηκαν σοβαρές ή επαναλαμβανόμενες πλημμέλειες κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρέωσης που υπείχε στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, ιδίως δε, όταν οι πλημμέλειες αυτές οδήγησαν στην καταγγελία της εν λόγω σύμβασης. Κρίσιμο

παράγραφος 1, τέταρτο εδάφιο, και το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/665 (από κοινού ή χωριστά, αλλά όχι αποκλειστικά και μόνον οι διατάξεις αυτές) την έννοια ότι η απόφαση αναθέτουσας αρχής να καταχωρίσει τον οικείο οικονομικό φορέα στον κατάλογο των αναξιόπιστων προμηθευτών και να περιορίσει, κατ' αυτόν τον τρόπο, για ορισμένο χρονικό διάστημα, τη δυνατότητά του να συμμετέχει στις μεταγενέστερα προκηρυσσόμενες διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης, για τον λόγο ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας παρέβη ουσιώδως σύμβαση συναφθείσα με την εν λόγω αναθέτουσα αρχή, αποτελεί πράξη δυνάμενη να προσβληθεί δικαστικώς;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απάντησης στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, έχουν οι προμνησθείσες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης (από κοινού ή χωριστά, αλλά όχι αποκλειστικά και μόνον οι διατάξεις αυτές) την έννοια ότι αντιτίθενται σε εθνική ρύθμιση και σε εθνική διοικητική πρακτική, βάσει των οποίων:
α) η αναθέτουσα αρχή, όταν καταγγέλλει δημόσια σύμβαση λόγω ουσιώδους παράβασής της, δεν εκδίδει (διακριτή) τυπική απόφαση σχετικά με την καταχώριση των οικονομικών φορέων στον κατάλογο των αναξιόπιστων προμηθευτών· β) ο οικονομικός φορέας δεν ενημερώνεται εκ των προτέρων για την επικείμενη καταχώρισή του στον κατάλογο των αναξιόπιστων προμηθευτών και, ως εκ τούτου, δεν είναι σε θέση να παράσχει σχετικές διευκρινίσεις και, στη συνέχεια, να προσβάλει αποτελεσματικά την καταχώρισή του· και γ) η αναθέτουσα αρχή δεν διενεργεί εξατομικευμένη εξέταση των περιστάσεων της πλημμελούς εκτέλεσης της σύμβασης, ως εκ τούτου δε, αν η δημόσια σύμβαση έχει καταγγελθεί νομίμως λόγω ουσιώδους παράβασής της, ο οικονομικός φορέας που είναι εκ του νόμου υπεύθυνος για την παράβαση αυτή καταχωρίζεται αυτομάτως στον κατάλογο των αναξιόπιστων προμηθευτών;

3) Σε περίπτωση καταφατικής απάντησης στα δύο πρώτα προδικαστικά ερωτήματα, έχουν οι προμνησθείσες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης (από κοινού ή χωριστά, αλλά όχι αποκλειστικά και μόνον οι διατάξεις αυτές) την έννοια ότι τα μέλη κοινοπραξίας (οντότητες που συναπαρτίζουν έναν κοινό προμηθευτή) τα οποία εκτέλεσαν τη δημόσια σύμβαση που καταγγέλθηκε νομίμως λόγω ουσιώδους παράβασής της αποδεικνύουν την αξιοπιστία τους και, ως εκ τούτου, να εξαιρεθούν από τον κατάλογο των αναξιόπιστων προμηθευτών, μεταξύ άλλων, λόγω της έκτασης του εκτελεσθέντος από τους ίδιους τμήματος (αξίας) της σύμβασης, της αφερεγγυότητας του επικεφαλής της κοινοπραξίας, των πράξεων του εν λόγω επικεφαλής και της ευθύνης της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά τη μη εκτέλεση της σύμβασης.»

λοιπόν ήταν να δοθεί απάντηση στο ερώτημα κατά πόσο είναι θεμιτό, η καταγγελία μίας εκτελούμενης σύμβασης κατά τα ανωτέρω, να αντανakλά σε κάθε μέλος της κοινοπραξίας, έχοντας ως αυτόθροη συνέπεια να καταχωρίζεται αυτομάτως σε κατάλογο αναξιόπιστων προμηθευτών το σύνολο αυτών και συνακόλουθα, να κωλύεται, έστω και προσωρινά από το να συμμετάσχει σε νέες προκηρυσσόμενες διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

Το Δικαστήριο, κάνοντας αναφορά στην αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας, αλλά και στους σκοπούς που καλείται να υπηρετεί η θέσπιση του υπό κρίση προαιρετικού λόγου αποκλεισμού, οι οποίοι συνίστανται κυρίως στο να αποκλείονται από διαγωνισμούς, οικονομικοί φορείς, των οποίων έχει θιγεί η αξιοπιστία σε σημαντικό βαθμό, λόγω επιλήψιμης ή πλημμελούς συμπεριφοράς που έχουν επιδείξει οι ίδιοι, στήριξε τον συλλογισμό του, σε εμπειρωμένες αρχές, σχετιζόμενες με την επιβολή του προαιρετικού αυτού λόγου αποκλεισμού, όπως είχαν αποτυπωθεί σε παλαιότερες αποφάσεις του³⁴⁸. Ειδικότερα, υπενθύμισε ότι με βάση θεμελιακές αρχές του δικαίου της Ένωσης και δη την αρχή της αναλογικότητας, ο αποκλεισμός αυτός θα έπρεπε εν πρώτοις, να είναι προσωρινός, υπό την έννοια ότι αν δεν ορίζεται άλλως από τελεσίδικη απόφαση, η διάρκειά του δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τρία (3) έτη. Δεύτερον, κατά τη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού του, ο οικείος οικονομικός φορέας θα πρέπει, εκτός αν έχει αποκλειστεί από οποιαδήποτε συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης με τελεσίδικη απόφαση, να μπορεί να λαμβάνει μέρος σε μια τέτοια διαδικασία, εφόσον προσκομίσει, σύμφωνα με το άρθρο 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, επαρκή αποδεικτικά στοιχεία, προκειμένου να πιστοποιήσει ότι τα μέτρα που έχει λάβει είναι ικανά να αποδείξουν την αξιοπιστία του (επανορθωτικά μέτρα). Τέλος, τρίτον, η αρχή της αναλογικότητας, όπως προσδιορίστηκε στην απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-210/20³⁴⁹, επιβάλλει τη συγκεκριμένη και εξατομικευμένη εκτίμηση της στάσης του εν λόγω οικονομικού φορέα, βάσει όλων των στοιχείων που ασκούν επιρροή συναφώς.

Κατά το λιθουανικό δίκαιο, η ακολουθούμενη πρακτική σε περιπτώσεις ανάλογες με αυτή της κρινόμενης υπόθεσης και δη όταν συνέτρεχε καταγγελία μίας σύμβασης, οδηγούσε στο να καταχωρίζεται αυτομάτως και χωρίς την έκδοση ειδικώς, τυπικής απόφασης για τον ίδιο, σε κατάλογο αναξιόπιστων προμηθευτών, κάθε οικονομικός φορέας, ο οποίος μπορούσε να θεωρηθεί νομικώς υπεύθυνος για την ορθή εκτέλεση της καταγγελλόμενης σύμβασης. Σκοπός της ακολουθούμενης αυτής πρακτικής ήταν να παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές η δυνατότητα να γνωρίζουν τα ονόματα των φορέων, οι οποίοι, λόγω του ότι δεν εκτέλεσαν ή εκτέλεσαν πλημμελώς μια δημόσια σύμβαση, θεωρούνταν, ως εκ τούτου, αναξιόπιστοι. Με αυτόν τον τρόπο όμως, διαπίστωσε το Δικαστήριο, θίγεται ο προαιρετικός χαρακτήρας του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού και η αρχή της αναλογικότητας, αφού ουσιαστικά δημιουργείται τεκμήριο σε βάρος του εν λόγω οικονομικού φορέα, με τον αυτόματο χαρακτηρισμό του ως αναξιόπιστου και τον – έστω και προσωρινό – αποκλεισμό του από διαφορετικές διαγωνιστικές διαδικασίες, χωρίς να του έχει δοθεί η δυνατότητα να

³⁴⁸ Πρβλ. σκέψεις 36-41 της απόφασης.

³⁴⁹ Βλ. Κεφάλαιο ΙΙΙ της παρούσας, υπό 8.ι.

δηλώσει τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε, πολλώ δε μάλλον χωρίς η συμπεριφορά του να έχει αξιολογηθεί όλως εξατομικευμένα και ειδικά, υπό το πρίσμα των συγκεκριμένων κρίσιμων περιστατικών της αποδιδόμενης σε αυτόν παρανομίας.

Όπως δηλαδή απεφάνθη το ΔΕΕ, μια τέτοια κύρωση σε βάρος οικονομικού φορέα που ανέλαβε ως ανάδοχος την εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, συμμετέχοντας σε ένα κοινοπρακτικό σχήμα πλειόνων επιχειρήσεων, ανεξαρτήτως της εις ολόκληρον ευθύνης που συνεπαγόταν η από κοινού ανάληψη εκτέλεσης της σύμβασης εκ μέρους τους, παραγνώριζε σε ευθεία αντίθεση με τις αρχές του ενωσιακού δικαίου, τους σκοπούς θέσπισης του συγκεκριμένου προαιρετικού λόγου αποκλεισμού. Συγκεκριμένα, με αυτή την εφαρμοζόμενη κατασκευή, ένας οικονομικός φορέας που βρίσκεται σε τέτοια θέση, θεωρείται άνευ άλλου τινός, ότι συνέβαλε, κατά την εκτέλεση της σύμβασης, στην πρόκληση ή στη διατήρηση σοβαρών ή επαναλαμβανόμενων πλημμελειών που οδήγησαν στην καταγγελία της σύμβασης, χωρίς να ελέγχεται η αληθής, ατομική συμβολή της επιχείρησης αυτής, στις ως άνω πλημμέλειες και στις ενδεχόμενες προσπάθειες για την άρση τους. Με τον τρόπο αυτό όμως, η κύρωση επιβαλλόταν και μάλιστα κατά αμάχητο τεκμήριο υπαιτιότητας του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, θίγοντας τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του υπό εξέταση προαιρετικού λόγου αποκλεισμού, αλλά και την ίδια την αρχή της αναλογικότητας, όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 18 παρ. 1 της οδηγίας.

Επί του δεύτερου λοιπόν προδικαστικού ερωτήματος, κατέληξε το ΔΕΕ να δώσει την απάντηση ότι, ανεξαρτήτως της δυνατότητας που έχει ο οικείος οικονομικός φορέας σε μία ανάλογη περίπτωση, όπως αυτή της κύριας δίκης, να αποφύγει τον αποκλεισμό του από τη συμμετοχή σε επόμενες διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 57 παρ. 6 της οδηγίας, περί διορθωτικών μέτρων, *a fortiori* θα πρέπει ήδη να του έχει δοθεί η δυνατότητα να αποδείξει ότι οι πλημμέλειες που οδήγησαν στην καταγγελία της σύμβασης δεν σχετίζονταν με την ατομική συμπεριφορά του. Εξάλλου, κατά το ΔΕΕ είναι σαφές και αυτονόητο ότι δεν αίρεται η παρανομία μιας τέτοιας εθνικής ρύθμισης, στη λογική ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας μπορεί να αποδείξει τη λήψη κατάλληλων επανορθωτικών μέτρων ώστε να αποφύγει τον αποκλεισμό του, προεχόντως λόγω του ότι μια τέτοια συμπεριφορά δεν θα πρέπει να απαιτείται από τον τελευταίο, αφού θα ήταν παράλογο να αξιώνεται η τεκμηρίωση λήψης επαρκών επανορθωτικών μέτρων, όταν η ατομική του συμπεριφορά δεν σχετίζεται με τις αποδιδόμενες πλημμέλειες που οδήγησαν στην καταγγελία της σύμβασης ανάθεσης. Συναφώς, όταν αποδεικνύεται, κατόπιν συγκεκριμένης και εξατομικευμένης εκτίμησης της συμπεριφοράς του ίδιου ως άνω οικονομικού φορέα και υπό το πρίσμα όλων των κρίσιμων στοιχείων, ότι δεν ήταν ο ίδιος υπαίτιος των αποδιδόμενων πλημμελειών και ότι δεν μπορούσε ευλόγως να απαιτηθεί από αυτόν να πράξει κάτι περισσότερο από ό,τι έπραξε για την άρση των εν λόγω πλημμελειών, τότε ασφαλώς και δεν είναι επιτρεπτή η καταχώρησή του στον

κατάλογο αναξιόπιστων προμηθευτών³⁵⁰. Με βάση τις ανωτέρω σκέψεις, το ΔΕΕ διαπίστωσε αντίθεση των επίμαχων εθνικών διατάξεων στις ρυθμίσεις της οδηγίας.

Ενόψει της απάντησης που δόθηκε επί του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος, η ερμηνεία των εξεταζόμενων διατάξεων στο πλαίσιο του τρίτου κατά σειρά ερωτήματος, παρίστατο όλως ευχερέστερη για το ΔΕΕ και συνίστατο στο εξής. Το Δικαστήριο κληθέν να ερμηνεύσει τα ίδια άρθρα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, απεφάνθη επί του κατά πόσο ήταν συμβατό με τα οριζόμενα σε αυτά, σε περίπτωση καταγγελίας σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή λόγω μη τήρησης ουσιώδους υποχρέωσης, ένας οικονομικός φορέας που μετείχε στην εκτελούσα το έργο, ανάδοχο κοινοπραξία, προκειμένου να αποφύγει την καταχώρησή του σε κατάλογο αναξιόπιστων προμηθευτών ή να αποδείξει ότι αυτή είναι εν πάση περιπτώσει αδικαιολόγητη, να μπορέσει να επικαλεστεί στοιχεία που αφορούν όχι μόνο τη δική του κατάσταση, όσο και στοιχεία που σχετίζονται με την κατάσταση τρίτων, όπως πχ. της επικεφαλής επιχείρησης της κοινοπραξίας. Σε συνέχεια των πορισμάτων, στα οποία κατέληξε το ΔΕΕ κατά την εξέταση του δεύτερου ερωτήματος, θεωρήθηκε ότι είναι σκόπιμο να δοθεί η δυνατότητα στον εν λόγω οικονομικό φορέα να επικαλεστεί οποιοδήποτε στοιχείο θεωρεί ο ίδιος κρίσιμο, είτε αφορά τη δική του κατάσταση είτε οποιουδήποτε άλλου μέλους της κοινοπραξίας και δη του υπαίτιου της καταγγελίας. Ωστόσο, ο καθορισμός της βαρύτητας που θα αποδοθεί σε κάθε προσκομιζόμενο και επικαλούμενο στοιχείο, εναπόκειται στην ίδια την αναθέτουσα αρχή ή ενδεχομένως, εν συνεχεία στο εθνικό δικαστήριο που θα προβεί στη συγκεκριμένη και εξατομικευμένη στάθμιση των κρίσιμων περιστατικών που συντρέχουν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

Το ΔΕΕ λοιπόν κατέληξε να ερμηνεύσει τις επίμαχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου, τονίζοντας ότι είναι απολύτως επιτρεπτή η επίκληση εκ μέρους μιας επιχείρησης, οποιουδήποτε στοιχείου αυτή κρίνει σκόπιμο, συμπεριλαμβανομένου τεκμηριωτικού υλικού που σχετίζεται με την κατάσταση τρίτων οντοτήτων και δη της επικεφαλής επιχείρησης της κοινοπραξίας, με σκοπό να αποδείξει ότι η καταχώρησή της σε κατάλογο αναξιόπιστων προμηθευτών είναι αδικαιολόγητη, στο πλαίσιο της καταγγελίας εκτελούμενης δημόσιας σύμβασης, λόγω μη τήρησης ουσιώδους υποχρέωσης. Σκοπός πάντοτε παραμένει η απόδειξη ότι ο ελεγχόμενος οικονομικός φορέας δεν προκάλεσε τις πλημμέλειες που οδήγησαν στην καταγγελία της σύμβασης και ότι δεν μπορούσε ευλόγως να απαιτηθεί από αυτόν να πράξει κάτι περισσότερο από ό,τι έπραξε για να άρει τις ως άνω πλημμέλειες.

Τέλος, το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, όπως αυτό απαντήθηκε τελευταίο, ερμηνεύοντας τις διατάξεις της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ σε συνδυασμό με το άρθρο 57 παρ. 4, στοιχείο ζ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, έδωσε την ευκαιρία στο ΔΕΕ να αποφανθεί κατηγορηματικά ότι ο προσωρινός αποκλεισμός των μελών αναδόχου κοινοπραξίας από τη συμμετοχή σε επόμενες διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης και η επακόλουθη συνέπεια καταχώρησής τους σε κατάλογο αναξιόπιστων

³⁵⁰ Βλ. σκέψεις 42-51 της απόφασης και δη την κατ' αναλογία αναφορά που κάνει το ΔΕΕ στις σκέψεις 157 και 158 της απόφασής του στην υπόθεση C-927/19, όπως αυτή αναλύεται κατωτέρω στο τρίτο κεφάλαιο της παρούσας, υπό 8.ii.

προμηθευτών, θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να διασφαλίζει το δικαίωμα των ίδιων αυτών επιχειρήσεων να λαμβάνουν αποτελεσματική έννομη προστασία, ασκώντας αποτελεσματικά ένδικα βοηθήματα κατά της καταχώρησής τους στον ως άνω κατάλογο.

8. Συγκριτική επισκόπηση των θεσμών της κοινοπραξίας και της ένωσης οικονομικών φορέων ως προς την πρακτική λειτουργία τους.

Κλείνοντας πλέον την πρώτη ενότητα της παρούσας μελέτης, όπως συντίθεται από το Κεφάλαιο I και το Κεφάλαιο II αυτής, έχει ήδη ολοκληρωθεί η επισκόπηση των δύο θεσμών που όπως ειπώθηκε εισαγωγικά αποτελούν τις δύο μοναδικές – για την ώρα – *stricto sensu* διαθέσιμες δυνατότητες συμμετοχικής παρουσίας οικονομικών φορέων, οι οποίοι επιθυμούν να λάβουν μέρος σε μία δημόσια διαγωνιστική διαδικασία όχι ατομικά και μεμονωμένα, αλλά από κοινού με περισσότερα φυσικά ή νομικά πρόσωπα. Στο σημείο αυτό και πριν εισέλθουμε στην εξέταση των δύο *lato sensu* θεσμών συμμετοχικής παρουσίας, ήτοι της δάνειας εμπειρίας που θα εξεταστεί στο αμέσως επόμενο κεφάλαιο και της υπεργολαβίας, η οποία θα μας απασχολήσει στο τέταρτο και τελευταίο κεφάλαιο, κρίνεται σκόπιμο πριν αφήσουμε τα όσα διεξοδικά αναλύθηκαν στις προηγούμενες σελίδες, να γίνουν κάποιες τελικές επισημάνσεις αναφορικά με την ένωση οικονομικών φορέων σε σχέση με την κοινοπραξία, ως διακριτών, αυτοτελών οντοτήτων διεκδίκησης της ανάθεσης εκτέλεσης μίας δημόσιας σύμβασης και την επιλογή του ενός ή του άλλου σχήματος εκ μέρους των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων.

Πέρα από τη γενική και εν είδη εισαγωγικής παρατήρησης αναφορά που έγινε ήδη, ότι η ένωση τελεί σε σχέση γενικού προς ειδικό, απέναντι στην κοινοπραξία, η οποία συνιστά μία ειδικότερη περίπτωση συμμετοχικής κατάθεσης προσφοράς για την ανάληψη δημόσιας σύμβασης, είναι κρίσιμο εξ αρχής να ξεκαθαριστεί το εξής. Κομβικής σημασίας για τη στέγαση των κοινών προσπαθειών περισσοτέρων επιχειρηματιών υπό τη μορφή της ένωσης ή της κοινοπραξίας, είναι η ίδια η δική τους πρόθεση και επιθυμία. Λαμβάνοντας υπόψη όλα τα επιμέρους ζητήματα, αλλά και τις αντίστοιχες υποχρεώσεις και δικαιώματα που απορρέουν από την ένταξή τους στο ένα ή το άλλο μόρφωμα, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να έχουν προηγουμένως κατανοήσει και σταθμίσει τι ακριβώς συνεπάγεται η από κοινού παρουσία τους σε μία δημόσια διαγωνιστική διαδικασία. Προφανώς, το καίριο ζήτημα δεν είναι η υποβολή ενός Ε.Ε.Ε.Σ. (στην περίπτωση της κοινοπραξίας) ή όσων και τα μέλη της (στην περίπτωση της ένωσης), ενώ σαφέστατα, απομακρυνόμενοι από λόγους ψυχολογικούς, οι οποίοι κατά την εκτίμηση του γράφοντος στη σύγχρονη συναλλακτική πραγματικότητα, μάλλον έχουν αμβλυνθεί και μικρή πρακτική και ουσιαστική σημασία έχουν, οι ενδιαφερόμενοι θα πρέπει να έχουν σταθμίσει ουσιαστικές πτυχές της κοινής συμμετοχικής διεκδίκησης της σύμβασης. Συγκεκριμένα, τέτοιες σταθμίσεις άπτονται των αυτοτελών δυνατοτήτων, τεχνικών και οικονομικών που οι ίδιοι διαθέτουν, της κατάστρωσης ενός σαφούς επιχειρηματικού πλάνου ως προς τις στοχεύσεις που επιδιώκουν μέσα από τη συνεργασία τους με άλλους οικονομικούς φορείς, της μεταξύ τους εμπιστοσύνης, αλλά και του απαιτούμενου ή αναγκαίου

βαθμού προσχώρησης σε ένα συμμετοχικό σχήμα για εκάστη εξειδικευμένη περίπτωση διαγωνισμού.

Κρίσιμο υπό αυτή την έννοια, είναι να έχει αποδελτιωθεί πλήρως το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει μία διαγωνιστική διαδικασία, όπως αποτυπώνεται στο κείμενο της πρόσκλησης ή της διακήρυξης που δημοσιεύει (ή όχι) μία αναθέτουσα αρχή. Οι από κοινού συμμετέχοντες μπορούν να υποβάλλουν προσφορά, αλλά και να εκτελέσουν την αναληφθείσα σύμβαση απλά με τη μορφή μίας άτυπης ένωσης; Είναι προαπαιτούμενο να συνάψουν πιο στενούς δεσμούς, εφόσον αναδειχθούν ανάδοχοι, συστήνοντας μεταξύ τους κοινοπραξία; Είναι μέλη μιας μόνιμης κοινοπραξίας, οπότε σε αυτή την περίπτωση, φαίνεται να κάμπτεται κατά το μάλλον ή ήττον ο συνήθης κανόνας της πρόσκαιρης και ευκαιριακής μεταξύ τους συνεργασίας και οι δεσμοί είναι στενότεροι; Με την εξαιρετική περίπτωση ωστόσο, ακόμα και σε αυτό το ενδεχόμενο, να μπορεί να κατατεθεί νομίμως ανταγωνιστική προσφορά από μεμονωμένο μέλος της κοινοπραξίας, εφόσον αυτή για συγκεκριμένο διαγωνισμό, δεν ενεργεί στο όνομα και για λογαριασμό του; Και φυσικά ποιες οι δικονομικές προεκτάσεις και εκφάνσεις αυτής της από κοινού συμμετοχής;

Ακούγεται μάλλον αστείο ή υπερβολικό μέτρο πρόνοιας, αλλά κατά προσωπική εκτίμηση, οι «υποψήφιοι» συμπράττοντες, δεν θα πρέπει να έχουν κατά νου την ομαλή εξέλιξη της συμμετοχής τους, την πανηγυρική ανάληψη και την άρτια, έντεχνη και εμπρόθεσμη εκτέλεση της σύμβασης. Τουναντίον, προκειμένου να μπορέσουν να προβούν στις βέλτιστες επιχειρηματικές επιλογές, μάλλον θα πρέπει να λάβουν υπόψη τους, μία αρνητική εξέλιξη ακόμα και της μεταξύ τους συνεργασίας με περισσότερες επιχειρηματικές οντότητες και ποιο θα μπορούσε να είναι το *worst case scenario* για τους ίδιους και την κοινή παρουσία τους, ήδη από το προσυμβατικό στάδιο. Η ίδια η δικονομική πραγματικότητα, όπως εκτέθηκε μέσα και από τις αποφάσεις των διοικητικών δικαστηρίων, του ΣτΕ, αλλά και του ΔΕΕ, καταδεικνύει ότι μία μη επιθυμητή εξέλιξη ή απόκλιση από τις αρχικές κοινές επιδιώξεις, μπορεί να δεσμεύσει υπέρμετρα τα συμπράττοντα μέρη ή να τα θέσει σε καθεστώς «δικονομικής ομηρίας» ως προς τη διεκδίκηση των εννόμων συμφερόντων τους, εάν η αρχική σύμπλευσή τους αποτελέσει παρελθόν. Παρίσταται εξάλλου εν μέρει «παράδοξο» το γεγονός ότι, καίτοι η κοινοπραξία εγγενώς προϋποθέτει στενότερη και μεγαλύτερη σύνδεση μεταξύ των συμμετεχόντων σε αυτήν, οδηγώντας κατά κανόνα, σε αναγκαστική, κοινή δικονομική εκπροσώπησή τους, με τις εξαιρέσεις και τις κάμψεις του κανόνα που αναφέρθηκαν στον οικείο τόπο της παρούσας, εντούτοις η από κοινού παρουσία τους με τον χαλαρότερο δεσμό της ένωσης, συνεπάγεται ανεξάιρετα εν συνόλω δικαστική παράσταση και εκπροσώπηση για τα μέλη της ένωσης.

Από την άλλη πλευρά, όπως επίσης ήδη αναπτύχθηκε επαρκώς, θα πρέπει να ληφθούν υπόψη, εύλογα βέβαια στο μέτρο του δυνατού, υπό την έννοια προφανώς ότι ακόμα και ο πλέον συνετός επιχειρηματίας δεν είναι σε θέση να προβλέψει όλα τα πιθανά ή και ακραία σενάρια ανώμαλης εξέλιξης, είτε των σχέσεων εντός ενός τέτοιου συναλλακτικού μορφώματος είτε της εκτροπής της συμμετοχής του τελευταίου κατά το προσυμβατικό στάδιο, αλλά ακόμα και στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, η πλήρωση των απαιτήσεων επαγγελματικής καταλληλότητας, η κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και φυσικά οι ενδεχόμενες

συνέπειες από οψιγενείς μεταβολές στη σύνθεση των συμμετοχικών αυτών σχημάτων. Έχει ήδη εκτεθεί η σχετική προβληματική γύρω από τα αναφερόμενα ζητήματα, αλλά καλό είναι να υπενθυμιστεί ότι μία ενδεχόμενη πρόθεση «συγκάλυψης» ενός επαγγελματικά ακατάλληλου, οικονομικά αφερέγγυου, τεχνικά μη ικανού και εν γένει αναξιόπιστου οικονομικού φορέα, μέσω της συμμετοχής του σε ένα τέτοιο συμμετοχικό σχήμα, ενδέχεται να επιφέρει συνέπειες που θα αντανακλούν αρνητικά και στα λοιπά μέλη του. Εξάλλου, πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι κανένας επιμελής οικονομικός φορέας δεν επιθυμεί και δεν επιδιώκει να ενταχθεί σε μία ένωση ή κοινοπραξία, γνωρίζοντας ότι πχ. συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπο έτερου μέλους, αλλά η ζωή, επιχειρηματική και μη κρύβει και εκπλήξεις.

Συναφώς, είναι εξίσου προφανές ότι και οι αναθέτουσες αρχές δεν είναι άμοιρες ευθυνών. Καλούνται και οι ίδιες μέσα από τη διατύπωση ξεκάθαρων και διαυγών όρων, να οριοθετούν και να προσδιορίζουν τον τρόπο που επιθυμούν την υποβολή νομότυπων προσφορών από όλες τις συμμετέχουσες εν ευρεία εννοία ενώσεις οικονομικών φορέων, περιλαμβανομένης προφανώς και της κοινοπραξίας και ποια τελική μορφή αυτές απαιτούν να περιβληθούν. Σε ένα δεύτερο επίπεδο, εναπόκειται στις ίδιες να σταθμίσουν και να αξιολογήσουν την πλήρωση εκ μέρους των ενώσεων και των κοινοπραξιών, των τιθέμενων όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής σε εκάστη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και να αντιμετωπίσουν μέσα από το πρίσμα των θεμελιωδών αρχών της αναλογικότητας, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού, όπως έχουν τύχει επεξεργασίας από το ίδιο το ΔΕΕ, ενδεχόμενες επιγενόμενες μεταβολές στη σύνθεσή τους ή περιπτώσεις μη συμμόρφωσης μεμονωμένων μελών τους, με επιμέρους όρους και αν αυτές συμπαρασύρουν σε απόρριψη συνολικά την προσφορά του συμμετοχικού σχήματος ή όχι. Το μέτρο πάντως του αυτόματου αποκλεισμού της προσφοράς μίας ένωσης ή κοινοπραξίας, χωρίς προηγούμενη παροχή δυνατότητας εκ μέρους της ίασης ή επανόρθωσης, φαίνεται να έχει συλλήβδην απορριφθεί ως αναχρονιστικό και μη συμβατό με τις επιδιώξεις του ενωσιακού δικαίου. Το κανονιστικό πλαίσιο του Ν. 4412/2016 παρέχει τα μέσα και τα εργαλεία, ώστε να διασφαλίζεται η πλέον διαφανής διεξαγωγή της διαδικασίας με όρους ισονομίας και εξασφάλισης συνθηκών βέλτιστου ανταγωνισμού, χωρίς να ξεχνάμε πάντοτε και τη λελογισμένη χρήση της δυνατότητας παροχής διευκρινίσεων.

Ολοκληρώνοντας, πρέπει να τονιστεί ότι τόσο η ένωση όσο και η κοινοπραξία με τη μακρά διαδρομή τους στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, σαν θεσμοί εν στενή εννοία συμμετοχικής παρουσίας πλειόνων οικονομικών φορέων, έχουν ανταποκριθεί στο ρόλο τους και έχουν εγκαθιδρυθεί στη συνείδηση του επιχειρηματικού κόσμου ως ικανοποιητικά μέσα, τα οποία στεγάζουν τις κοινές απόπειρες διαφόρων οντοτήτων για ανάληψη δημοσίων συμβάσεων. Ασφαλώς βελτιωτικές νομοθετικές παρεμβάσεις είναι πάντοτε ευπρόσδεκτες, ενώ και η προσέγγισή τους μέσα από τη νομολογία έχει δώσει σε αρκετές περιπτώσεις λύσεις και έχει ενισχύσει από πραγματιστική σκοπιά την παρουσία τους σε δημόσιους διαγωνισμούς. Υπό το φως όσων αναλύθηκαν στα δύο πρώτα κεφάλαια, μένει να δούμε εάν και στο εγγύς μέλλον, η συμπυκνωμένη εμπειρία της πράξης θα βρει τον δρόμο της και σε τροποποιητικές διατάξεις, που θα εκσυγχρονίσουν έτι περαιτέρω τη δομή, τη λειτουργία, τη δικονομική παρουσία τους

και την εν γένει θέση τους απέναντι στις αναθέτουσες αρχές είτε σαν υποψηφίων ή προσφερόντων είτε σαν αναδόχων εκτελούμενης σύμβασης, καθιστώντας αυτά τα σχήματα έτι περισσότερο χρηστικά εργαλεία για τους υποψήφιους αναδόχους.

ΜΕΡΟΣ Β΄
ΜΟΡΦΕΣ ΕΜΜΕΣΗΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΙΚΗΣ ΠΑΡΟΥΣΙΑΣ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙΙ
«Δάνεια Εμπειρία»

1. Εισαγωγικά.

Αφήνοντας πλέον πίσω μας το δίπολο των διαθέσιμων από το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, θεσμών από κοινού συμμετοχής περισσότερων οικονομικών φορέων σε μία δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, υπό στενή έννοια και ειδικότερα την κατάθεση προσφοράς ή την υποβολή αίτησης συμμετοχής είτε από άτυπη ένωση οικονομικών φορέων (Κεφάλαιο Ι) είτε από κοινοπραξία (Κεφάλαιο ΙΙ), ολοκληρώθηκε η παρουσίαση των δυνατοτήτων που παρέχονται στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να λάβουν μέρος σε έναν διαγωνισμό όχι αυτοτελώς και μεμονωμένα, αλλά κατά κυριολεξία με συμμετοχική παρουσία, εντός ενός ευρύτερου σχήματος. Όπως ήδη αναπτύχθηκε αναλυτικά στην πρώτη ενότητα της παρούσας μελέτης, υπό το πρίσμα των ιδιαιτεροτήτων που εμφανίζει το κάθε ένα από τα ανωτέρω συναλλακτικά μορφώματα, πράγματι σε αμφότερες τις περιπτώσεις γίνεται λόγος για *stricto sensu* συμμετοχική παρουσία πλειόνων οικονομικών φορέων, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που εκτέθηκαν ενδελεχώς στις οικείες θέσεις.

Εντούτοις, οι δύο αυτοί θεσμοί δεν είναι οι μόνοι μέσω των οποίων, ενδέχεται να υπάρξει κάποιας μορφής συνεργασία μεταξύ διαφορετικών οντοτήτων, φυσικών ή νομικών προσώπων, ώστε τελικά να υλοποιηθεί μια κοινή παρουσία τους σε προκηρυσσόμενη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, υπό ευρύτερη όμως έννοια και χωρίς εν τέλει να αλλοιώνεται η αυτοτελής και αυτόνομη υποβολή προσφοράς από έναν και μόνο οικονομικό φορέα, ο οποίος κατά τον γενικό κανόνα και κατ' αρχήν ανεξάρτητα, μπορεί να είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο, αλλά και ένωση ή κοινοπραξία ο ίδιος. Συγκεκριμένα, γίνεται λόγος για την περίπτωση της στήριξης οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου, απολύτως διακριτού και διάφορου σε σχέση με αυτόν, φορέα³⁵¹, προκειμένου να τεκμηριωθεί η κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που θέτει μία αναθέτουσα αρχή στους όρους του διαγωνισμού και αντίστοιχα για τη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης³⁵² της εκτέλεσης μέρους της αναληφθείσας σύμβασης από τον ανάδοχο σε κάποιον – και πάλι – τρίτο προς αυτόν, οικονομικό φορέα³⁵³.

³⁵¹ Υπό τους όρους των άρθρων 78 για το Βιβλίο Ι και αντίστοιχα 307 και 308 παρ. 2 για το Βιβλίο ΙΙ του Ν. 4412/2016, του άρθρου 39 παρ. 2 και 3 του Ν. 4413/2016 και των άρθρων 59 παρ. 2 και 3 και 60 παρ. 3 και 4 του Ν. 3978/2011.

³⁵² Κατά την έννοια των άρθρων 58 και 131 του Βιβλίου Ι και αντίστοιχα των άρθρων 287 και 336 του Βιβλίου ΙΙ, αλλά και των άρθρων 165-166 για την υπεργολαβική ανάθεση εκτελούμενης σύμβασης έργου του Ν. 4412/2016, του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016 και του άρθρου 34 του Ν. 3978/2011.

³⁵³ Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται εκ νέου, όπως ήδη ειπώθηκε και στην εισαγωγή της παρούσας μελέτης ότι το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων δεν αναγνωρίζει άλλους τρόπους συμμετοχικής παρουσίας. Η από κοινού παρουσία οικονομικών φορέων σε δημόσιους διαγωνισμούς, υλοποιείται αποκλειστικά μέσω της ένωσης, της κοινοπραξίας, της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβικής ανάθεσης σε τρίτους. Υπό την έννοια αυτή, κινείται στα όρια της νομικής αυθαιρεσίας η κρίση της

Από τις πρώτες εισαγωγικές παρατηρήσεις, καθίσταται εμφανές ότι οι τελευταίες δύο περιπτώσεις συμμετοχικής παρουσίας οικονομικών φορέων σε δημόσιο διαγωνισμό, διαφοροποιούνται από τις εν στενή εννοία συμμετοχικές μορφές της ένωσης και της κοινοπραξίας, κατά τούτο. Ο τρίτος φορέας, είτε ως παρέχων τη στήριξή του για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ή/και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του προσφέροντος είτε ως υπεργολάβος του, δεν συνασπίζεται με αυτόν σε ένα ενιαίο μόρφωμα, αλλά αμφότεροι παραμένουν χωριστές και απολύτως διακριτές οντότητες, με τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να διατηρεί την ιδιότητα του αποκλειστικού υποψηφίου προς αναδοχή της σύμβασης και τον τρίτο φορέα να παραμένει «δορυφόρος» αυτού, παρέχοντάς του τεχνική ή οικονομική στήριξη ή εκτελώντας μικρότερο ή μεγαλύτερο μέρος της ανατεθείσας σύμβασης αντίστοιχα, χωρίς όμως ο τελευταίος να λαμβάνει μέρος στη διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία ή να έχει αυτοτελή προσδοκία ανάθεσης της σύμβασης στον ίδιο.

Τούτων δοθέντων, πρέπει να διευκρινιστεί ευθύς εξ αρχής ότι οι δυνατότητες αυτές, δεν συνιστούν κατά κυριολεξία μορφές συμμετοχικής παρουσίας, αφού δεν μπορεί να γίνει λόγος για κοινή συμμετοχή και υποβολή προσφοράς, αλλά μόνο για *lato sensu* συμμετοχική παρουσία των συνεργαζόμενων οντοτήτων στον ίδιο διαγωνισμό. Ειδικότερα, συμμετέχων οικονομικός φορέας παραμένει ένας και μοναδικός³⁵⁴, αλλά είτε στηρίζεται σε κάποιον τρίτο για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής είτε σκοπεύει να αναθέσει υπεργολαβικά σε κάποια τρίτη οντότητα την εκτέλεση μέρους της διεκδικούμενης σύμβασης. Στο παρόν, τρίτο κεφάλαιο θα

πρόσφατης ΔΕφαθ 906/2023, η οποία στη σκέψη 8 αυτής, εισάγει χωρίς οποιοδήποτε νομοθετικό έρεισμα μία «ενδιάμεση» και όλως απροσδιόριστη έννοια στήριξης ενός συμμετέχοντος σε διαγωνισμό οικονομικού φορέα, σε μία τρίτη, συνεργαζόμενη με αυτόν επιχείρηση, αποφαινόμενη ότι: «Γενομένων των ανωτέρω δεκτών, η «χρήση τεχνικού προσωπικού» που δεν «ανήκει» μεν στον προσφέροντα οικονομικό φορέα, δεσμεύεται όμως να συνεργαστεί με αυτόν, διακρίνεται σαφώς από την έννοια «της στήριξης σε ικανότητες τρίτου» και από την έννοια της «υπεργολαβίας», [...]. Περαιτέρω, ορθώς ο αιτών δεν δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ ότι τα προαναφερόμενα μέλη του τεχνικού προσωπικού αποτελούν τρίτους φορείς στις ικανότητες των οποίων θα στηριχθεί αυτός, αφού δεν συντρέχει τέτοια περίπτωση, για το ίδιο λόγο δε ορθώς δεν συμπεριέλαβε αυτός στην προσφορά του Ε.Ε.Ε.Σ. και δικαιολογητικά κατακύρωσης εκ μέρους των ανωτέρω προσώπων.». Η χρήση όμως στελεχών στην προτεινόμενη ομάδα έργου, τα οποία δεν ανήκουν στο μόνιμο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου, ενώ ταυτόχρονα δεν τίθενται ομαλά στη διάθεση αυτού, μέσω της χρήσης μίας από τις διαθέσιμες από το δίκαιο, μορφές άμεσης ή έμμεσης συνεργασίας του οικονομικού φορέα με τρίτες οντότητες και δη εν προκειμένω, της δάνειας εμπειρίας, με αυτοτελή υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ., αλλά με απλή αποδοχή υπεύθυνης δήλωσης, εγείρει σοβαρές ενστάσεις ορθής ερμηνείας των επίμαχων διατάξεων και φαίνεται να διαταράσσει αδικαιολόγητα το κανονιστικό πλαίσιο χρήσης των διαθέσιμων μορφών συμμετοχικής παρουσίας σε δημόσιους διαγωνισμούς. Συνεπώς, σφάλει στο διατακτικό της η κρινόμενη απόφαση στο μέτρο που έκανε εν μέρει δεκτή κατά τα ανωτέρω την ασκηθείσα αίτηση και ακύρωσε την κρίση της ΕΑΔΗΣΥ 1227/2022. Αντιθέτως, ορθή προς αυτή την κατεύθυνση η ΔΕφαθ 1791/2023 που απορρίπτει προβληθέντες ισχυρισμούς περί πρόσκτησης και βοηθών εκπλήρωσης κατά την έννοια των ΑΚ 664 και 922 και χαρακτηρίζει πρωτοτύπως την υποκείμενη σχέση «υπεργολαβία», υποκείμενη σαφέστατα στις ειδικές διατάξεις περί υπεργολαβίας, όπως περιέχονται στον Ν. 4412/2016.

³⁵⁴ Επαναλαμβάνεται μετ' επιτάσεως και προς αποφυγή παρανοήσεων, ότι οικονομικός φορέας που στηρίζεται στις ικανότητες τρίτης οντότητας ή αναθέτει υπεργολαβικά σε αυτήν την εκτέλεση μέρους της σύμβασης, μπορεί να είναι και ένωση οικονομικών φορέων ή κοινοπραξία. Ο τρίτος, στον οποίο θα στηριχθεί η εν λόγω ένωση ή κοινοπραξία ή ο υπεργολάβος αυτής, παραμένει αλλότριος ως προς αυτήν ως ενιαίο συναλλακτικό μόρφωμα που υποβάλλει κοινή προσφορά μόνο για τα συμμετέχοντα σε αυτό, μέλη του.

αναλυθεί ο θεσμός της στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων ή όπως επικράτησε να αναφέρεται στην πράξη, της «*δάνειας εμπειρίας*»³⁵⁵, ενώ στο αμέσως επόμενο κεφάλαιο, με το οποίο θα ολοκληρωθεί και η δεύτερη ενότητα της εξέτασης των «*εν ευρεία εννοία*» θεσμών συμμετοχικής παρουσίας σε δημόσιους διαγωνισμούς, θα μας απασχολήσει η υπεργολαβική ανάθεση της εκτέλεσης μέρους του δημοπρατούμενου αντικειμένου, σε τρίτο φορέα, τον επονομαζόμενο «*υπεργολάβο*».

Συνεπώς, όπως γίνεται αντιληπτό, με τη στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα, επιχειρείται να καλυφθούν οι περιπτώσεις εκείνες, κατά τις οποίες ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να λάβει μέρος σε μία διαγωνιστική διαδικασία, ωστόσο, συνήθως τουλάχιστον, δεν πληροί ο ίδιος αυτοτελώς τα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή. Κάνοντας λοιπόν χρήση της – όπως θα δούμε αναλυτικά στο παρόν κεφάλαιο – καθ' ολοκληρίαν νομολογιακά διαπλασθείσας έννοιας της δάνειας εμπειρίας, όπως αυτή η μέθοδος θεσμοθετήθηκε, φιλτραρίστηκε και έτυχε επεξεργασίας μέσα από τις αποφάσεις του ΔΕΕ και εν συνεχεία ρυθμίστηκε με ρητή νομοθετική διάταξη, αρχικά στις προηγούμενες οδηγίες³⁵⁶ και ακολούθως, στις πλέον πρόσφατες³⁵⁷, παρέχεται εκ του νόμου στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, η δυνατότητα κάλυψης των εν λόγω κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, μέσω της επίκλησης ικανοτήτων τρίτων φορέων, υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις που θέτουν οι σχετικές διατάξεις.

Εν προκειμένω, καθίσταται εναργές από το όλο πλέγμα των ρυθμίσεων που διέπουν τον υπό κρίση θεσμό έμμεσης συμμετοχικής παρουσίας, ότι ο προσφέρων οικονομικός φορέας, κατά κανόνα, δεν λαμβάνει μέρος από κοινού με τον τρίτο φορέα, στις ικανότητες του οποίου προτίθεται να στηριχθεί, αλλά απλώς επικαλείται τη συνδρομή του τελευταίου και την παροχή τεχνικής επάρκειας ή οικονομικής επιφάνειας εκ μέρους του, με τη μορφή δανεισμού των σχετικών προσόντων, προκειμένου να μπορέσει να ανταποκριθεί και να τεκμηριώσει τα απαιτούμενα κριτήρια της εν γένει ποιοτικής στάθμης του. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, είναι απολύτως σαφές ότι ο δανείζων εμπειρία φορέας, παραμένει πάντοτε «*τρίτος*» έναντι της αναθέτουσας αρχής, ήτοι, μεταξύ άλλων, δεν συμβάλλεται μαζί της, δεν είναι υπόλογος σε αυτήν, δεν συμμετέχει στο προσυμβατικό στάδιο ούτε καθίσταται ανάδοχος της σύμβασης αυτοτελώς, δεν αναλαμβάνει δεν αναλαμβάνει την εκτέλεσή της και δεν μπορεί να υποκαταστήσει τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα είτε στο

³⁵⁵ Καίτοι είναι σαφές ότι πράγματι, όπως εύστοχα παρατηρεί ο *X. Μητκίδης*, Δημόσιες Συμβάσεις Μελετών και Συναφών Υπηρεσιών, Ν. 3316/2005 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2010, στη σελ. 219, άσχετα με την αναφορά σε «*δάνεια εμπειρία*», η επίκληση των δυνατοτήτων τρίτων φορέων μπορεί να μην αφορά αποκλειστικά και μόνο την πραγματική εμπειρία του προσφέροντος, αλλά και κάθε άλλο κριτήριο ποιοτικής επιλογής που τεκμηριώνει έναντι της αναθέτουσας αρχής τη συνολική ποιοτική του στάθμη, όπως η εν γένει τεχνική και επαγγελματική αξιοπιστία του, η οικονομική φερεγγυότητά του, η υλικοτεχνική υποδομή του, η επαρκής στελέχωσή του, κλπ., σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 3 και 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016.

³⁵⁶ Οδηγία 2004/17/ΕΕ και Οδηγία 2004/18/ΕΕ, όπως ενσωματώθηκαν στο εθνικό δίκαιο με τα ΠΔ 59/2007 και 60/2007 αντίστοιχα. Ήδη με την Οδηγία 2009/81/ΕΚ για τις συμβάσεις στον τομέα της άμυνας, όπως ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με τον Ν. 3978/2011, η δάνεια εμπειρία ήταν γεγονός σε όλο το κανονιστικό φάσμα των δημοσίων συμβάσεων.

³⁵⁷ Οδηγία 2014/24/ΕΕ και Οδηγία 2014/25/ΕΕ. Αντίστοιχα Οδηγία 2014/23/ΕΕ για τις συμβάσεις παραχώρησης.

στάδιο ανάθεσης είτε στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης³⁵⁸, πλην συγκεκριμένων περιπτώσεων όπου διαπιστώνεται μία κάμψη αυτής της αρχής και ο νόμος απαιτεί να συνδέονται στενότερα ο προσφέρων και ο τρίτος, τις ικανότητες του οποίου επικαλείται ο πρώτος εξ αυτών για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

2. Ιστορική αναδρομή της καθιέρωσης του θεσμού της δάνειας εμπειρίας.

i. Η εμφάνισή της στην πράξη.

Η υποβολή προσφοράς ή η αίτηση συμμετοχής οικονομικού φορέα, μέσω της επίκλησης δάνειας εμπειρίας άλλου φορέα, ως τρίτου «*πυλώνα*» για την υλοποίηση μιας συνεργατικής φύσης, κοινή συμμετοχή σε δημόσιο διαγωνισμό αποτελεί και ιστορικά, ένα ξεκάθαρο γέννημα της πράξης και των συναλλαγών. Η ανεξάντλητη και αστείρευτη επιχειρηματική φαντασία των οικονομικών φορέων, ιδιαίτερα μικρομεσαίων επιχειρήσεων, οι οποίες δεν είχαν τη δυνατότητα να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις ενός δημόσιου διαγωνισμού, προκειμένου να αναδειχθούν ανάδοχοι, συνέβαλε καταλυτικά, ώστε να δημιουργηθούν οι προϋποθέσεις εκείνες, μέσα από συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά υποθέσεων που οδήγησαν σε αντιδικίες, αναφορικά με τις σχετικές αναφυόμενες διαφορές και να τεθούν έτσι, συγκεκριμένα ερωτήματα στο ΔΕΕ. Μέσα από την διύλιση και την ερμηνεία των φερόμενων προς κρίση ενώπιόν του περιπτώσεων, το τελευταίο, μέσα από μία σειρά αποφάσεων³⁵⁹, οδηγήθηκε στο να εγκαθιδρύσει τον θεσμό της «*δάνειας εμπειρίας*», ως μία αναγνωρισμένη και καθ' όλα νόμιμη εναλλακτική δυνατότητα υποβολής προσφοράς από οικονομικό φορέα σε μία διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία.

ii. Η νομοθετική αναγνώριση της δάνειας εμπειρίας.

Ο ενωσιακός νομοθέτης, μπροστά σε αυτές τις εξελίξεις, ασφαλώς δεν ήταν δυνατόν να παραμείνει αδρανής και με τη δέσμη οδηγιών του 2004, αναγνώρισε για πρώτη φορά με ρητή νομοθετική πρόβλεψη³⁶⁰ τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες

³⁵⁸ Κατά συνέπεια, κατά την εκτίμηση του γράφοντος είναι δογματικά και συστηματικά εσφαλμένη η γενικευμένη εννοιολογική διάκριση που επιχειρείται από τον *A. Γέροντα*, ό.π., σελ. 409, σε εργολήπτη *stricto sensu* που είναι ο άμεσα συμβαλλόμενος και εκτελών το ανατεθέν έργο και εργολήπτη *lato sensu*, ο οποίος εκτελεί έμμεσα το έργο, παρέχοντας στον πρώτο την υλικοτεχνική ή/και οικονομική ή/και κατασκευαστική υποδομή και συνδέεται μαζί του με ένα συγκεκριμένης μορφής νομικό δεσμό, καθώς ο δανείζων εμπειρία τρίτος, δεν χαρακτηρίζεται σε καμία περίπτωση «*εργολήπτης*» (προφανώς υπό την ευρύτερη έννοια του αναδόχου δημόσιας σύμβασης), εκτός από κάποιες, περιοριστικά αναφερόμενες στον νόμο και εντελώς εξαιρετικές περιπτώσεις, οι οποίες πάντως παραμένουν αμφιβόλου ορθότητας. Η ανωτέρω θέση υιοθετήθηκε μάλλον βεβιασμένα και αναφέρεται και στη με αριθμό πρωτοκόλλου 2076/25.04.2016, Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 295/2015, με θέμα: «*Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων*», σελ. 11.

³⁵⁹ Απόφαση ΔΕΕ της 14.04.1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV*, ECLI:EU:C:1994:133, Απόφαση ΔΕΕ της 18.12.1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep NV II*, ECLI:EU:C:1997:636, Απόφαση ΔΕΕ της 02.12.1999, C-176/98, *Holst Italia SpA*, ECLI:EU:C:1999:593, Απόφαση ΔΕΕ της 12.07.2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, ECLI:EU:C:2001:401, Απόφαση ΔΕΕ της 18.03.2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner*, ECLI:EU:C:2004:159 και Απόφαση ΔΕΕ της 18.11.2004, C-126/03, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, ECLI:EU:C:2004:728.

³⁶⁰ Άρθρα 47 παρ. 2 και 3 και 48 παρ. 3 και 4 της Οδηγίας 2004/18/EK, όπως μεταφέρθηκαν στο εθνικό δίκαιο με τα άρθρα 45 παρ. 2 και 3 και 46 παρ. 3 και 4 του ΠΔ 60/2007 αντίστοιχα, αλλά και τα άρθρα 146 παρ. 2 και 3 και 147 παρ. 3 και 4 του Ν. 3669/2008. Επίσης, το άρθρο 54 παρ. 5 και 6 της Οδηγίας 2004/17/EK, ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το άρθρο 45 παρ. 5 και 6 του ΠΔ 59/2007.

τρίτου φορέα, προκειμένου ένας συμμετέχων να αποδείξει την εκ μέρους του πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που έθετε μία διακήρυξη, ενσωματώνοντας στο κείμενο των ευρωπαϊκών νομοθετημάτων τη συμπυκνωμένη νομολογιακή διαδρομή του θεσμού μέσα από τις προαναφερθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ. Οι λόγοι που οδήγησαν στην ανάπτυξη του θεσμού της «*δάνειας εμπειρίας*» και στη σταδιακή θεσμοθέτησή του μέσα από ρητές διατάξεις στις οδηγίες, κυριότερος εκ των οποίων ήταν η ενίσχυση της επιχειρηματικότητας των Μικρών και Μεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ)³⁶¹, είναι διάχυτοι σε ποικίλης προέλευσης ενωσιακά κείμενα³⁶², τα οποία στο σύνολό τους, επαναδιατυπώνουν τη βασική αρχή της «*προτεραιότητας σε μικρές επιχειρήσεις*»³⁶³.

Αναμφισβήτητα λοιπόν, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι η ίδια η *ratio legis* θέσπισης των συγκεκριμένων διατάξεων, εδράζεται αποκλειστικά και μόνο στην ίδια την εν τοις πράγμασι προϋπάρχουσα και νομολογιακά αναγνωρισμένη δυνατότητα των οικονομικών φορέων και δη των μικρομεσαίων, να συνασπιστούν και να διεκδικήσουν με μεγαλύτερες αξιώσεις την ανάθεση σε αυτούς, μέρους έστω (ενός τμήματος ή περισσότερων τμημάτων και πάντως όχι του συνόλου) των δημοπρατούμενων αντικειμένων, με απώτερο σκοπό φυσικά την ανάπτυξη συνθηκών βέλτιστου ανταγωνισμού. Έτσι, όπως ήδη αναφέρθηκε και στην Εισαγωγή της παρούσας μελέτης, βασική μέριμνα του ενωσιακού νομοθέτη αποτελεί διαχρονικά, το άνοιγμα των

³⁶¹ Ποιες επιχειρήσεις εμπίπτουν στις ΜΜΕ ρυθμίζεται βάσει της 2003/361/ΕΚ Σύστασης της Επιτροπής της 6^{ης} Μαΐου 2003 σχετικά με τον ορισμό των πολύ μικρών, των μικρών και των μεσαίων επιχειρήσεων (ΕΕ L 124/36 της 20.05.2003), ενώ για τον ρόλο που διαδραματίζουν οι ΜΜΕ στους ενωσιακούς κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις βλ. *S. Panagopoulos*, *Strategic EU public procurement and small and medium size enterprises*, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 268 επ.

³⁶² Βλ. ενδεικτικά, Έγγραφο εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής με τίτλο «*Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*», 25.06.2008, SEC(2008) 2193, όπου στη σελίδα 8, παρ. 1.2 και στη σελ. 17, παρ. 4.2, γίνεται ρητή αναφορά στην αξιοποίηση της δυνατότητας που παρέχουν οι τότε ισχύουσες οδηγίες (2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ) για σχηματισμό κοινοπραξιών από τους οικονομικούς φορείς και παράλληλα, χρησιμοποίησης της συνδυασμένης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής τους ικανότητας, προκειμένου να αποδείξουν την πλήρωση των εν λόγω κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, μέσω του θεσμού της «*δάνειας εμπειρίας*». Αντίστοιχα, στο ίδιο μήκος κινείται και η Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, στο Συμβούλιο, στην Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και στην Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Προτεραιότητα στις μικρές επιχειρήσεις-Μια "Small Business Act" για την Ευρώπη*», 25.06.2008, COM(2008) 394 τελικό, η Ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «*Ευρώπη 2020, Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη*», 03.03.2010, COM(2010) 2020 τελικό, αλλά και η Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Να γίνουν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών αποτελεσματικές μέσα στην Ευρώπη και για την Ευρώπη*», 03.10.2017, COM(2017) 572 τελικό, υπό «*ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΣΗΣ ΣΤΙΣ ΑΓΟΡΕΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ*». Πρβλ. *Π. Δέγλερη*, *Οι Δημόσιες Συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη*, 2019, σελ. 277 επ.

³⁶³ Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Ανασκόπηση της πρωτοβουλίας «Small Business Act» για την Ευρώπη*», 23.02.2011, COM(2011) 78 τελικό. Όπως ενδεικτικά, επισημαίνονται και οι ευθείες αναφορές που γίνονται στις αιτιολογικές σκέψεις (2), (66), (78), (79), (80), (83), (84), (87), (120), (124), (134) του προοιμίου, αλλά και στο άρθρο 83 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αφορούν την ενίσχυση της επιχειρηματικότητας των ΜΜΕ, ιδίως μέσω της διευκόλυνσης της συμμετοχής τους σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες.

δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό³⁶⁴, με σταθερό προσανατολισμό την ενίσχυση της επιχειρηματικής δραστηριότητας των ΜΜΕ, ώστε μέσω της χρήσης διαφόρων μεθοδολογικών εργαλείων και δη της συντονισμένης προσπάθειάς τους με τον συνδυασμό της οικονομικής και χρηματοοικονομικής τους επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής τους ικανότητας, να καταστούν εξίσου ανταγωνιστικοί υποψήφιοι για την ανάληψη δημοσίων συμβάσεων. Βασικό άξονα σε αυτή την προσπάθεια, αποτελεί δεδομένα η συνεργασία πλειόνων οικονομικών φορέων, όπως αποτυπώνεται σε μία εν ευρεία εννοία συμμετοχή τους μέσω της δάνειας εμπειρίας³⁶⁵.

Ωστόσο, θα πρέπει να ειπωθεί ότι, ίσως και σαν δείγμα της επιφυλακτικότητας του ενωσιακού νομοθέτη απέναντι στην (τότε) νεοσύστατη έννοια της δάνειας εμπειρίας, η διατύπωση των σχετικών προβλέψεων, ήταν πολύ πιο συνοπτική και περιληπτική σε σχέση με τη μορφή που έχουν οι νυν ισχύουσες διατάξεις, όπως θα καταδειχθεί και ευθύς κατωτέρω. Το ίδιο το ΔΕΕ φυσικά εξακολούθησε να αντιμετωπίζει περιπτώσεις που οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς έκαναν χρήση της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτων³⁶⁶ και έτσι, είχε την ευκαιρία να εμβραθύνει έτι περισσότερο και να αναπτύξει και έτερες πτυχές κατά την εφαρμογή του υπό κρίση θεσμού στην πράξη, οι οποίες εν τέλει οδήγησαν στη σαφώς πιο εκλεπτυσμένη, αναλυτική, εκτενή, αλλά και οριοθετημένη διατύπωση στα ισχύοντα άρθρα. Χαρακτηριστικό εντούτοις, παραμένει το γεγονός ότι στην αρχική της σύλληψη, η ρύθμιση της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, όχι μόνο δεν προβλεπόταν σε χωριστό άρθρο της δέσμης οδηγιών του 2004, αλλά διατυπωνόταν και εν συντομία, περιοριζόμενη να αναφέρει τα βασικά δομικά στοιχεία του εν λόγω συμμετοχικού θεσμού, όπως είχαν αποτυπωθεί από το ΔΕΕ στις αρχικές αποφάσεις του, σχετικά με τους κανόνες και τη λειτουργία της δυνατότητας επίκλησης των τεχνικών ή/και οικονομικών δυνατοτήτων τρίτων προς πλήρωση των αντίστοιχων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

³⁶⁴ Για την έννοια του ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις, βλ. αντί άλλων, *Μ. Οικονόμου*, Δημόσιες Συμβάσεις και Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2009, με πλούσιες παραπομπές σε νομολογία, βιβλιογραφία και αρθρογραφία.

³⁶⁵ Για το βασικό εννοιολογικό περιεχόμενο, βλ. ενδεικτικά και ΑΕΠΠ 21/2017, 171/2017.

³⁶⁶ Απόφαση ΔΕΕ της 18.07.2007, C-399/05, *Επιτροπή κατά Ελλάδα*, ECLI:EU:C:2007:446, Απόφαση ΔΕΕ της 23.12.2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)*, ECLI:EU:C:2009:807, Απόφαση ΔΕΕ της 10.10.2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI*, ECLI:EU:C:2013:646, Απόφαση ΔΕΕ της 14.01.2016, C-234/14, «*Ostas celtnieks*» *SIA*, ECLI:EU:C:2016:6, Απόφαση ΔΕΕ της 07.04.2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, ECLI:EU:C:2016:214, Απόφαση ΔΕΕ της 04.05.2017, C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2017:338 και Απόφαση ΔΕΕ της 02.06.2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, ECLI:EU:C:2016:404.

Συγκεκριμένα, τα οριζόμενα στις παρ. 2 και 3 του άρθρου 47³⁶⁷ και στις παρ. 3 και 4 του άρθρου 48³⁶⁸ της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, κατ' αντιστοιχία με τις ταυτόσημης διατύπωσης διατάξεις των παρ. 2 και 3 του άρθρου 45 και των παρ. 3 και 4 του άρθρου 46 του ΠΔ 60/2007, αλλά και των παρ. 2 και 3 του άρθρου 146 και των παρ. 3 και 4 του άρθρου 147 του Ν. 3669/2008, αποτύπωναν μόνο σε αδρές γραμμές το γενικά προβλεπόμενο δικαίωμα ενός οικονομικού φορέα να στηριχθεί για την κάλυψη των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής στις δυνάμεις ενός τρίτου φορέα, χωρίς περαιτέρω προσδιορισμό ή περιορισμό του, καταλείποντας ουσιαστικά στην αναθέτουσα αρχή τον καθορισμό του ακριβούς πλαισίου άσκησης αυτού εκ μέρους των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων³⁶⁹. Το ίδιο φαινόμενο παρατηρείται και στη διατύπωση των παρ. 5 και 6 του άρθρου 54 της Οδηγίας 2004/17³⁷⁰ και την αυτούσια μεταφορά τους στις εθνικές διατάξεις μέσα από τις παρ. 5 και 6 του άρθρου 45 του ΠΔ 59/2007. Σαφώς πιο εναρμονισμένη με τα κελεύσματα της ευρωπαϊκής νομολογίας ήταν η διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 17 του Ν. 3316/2005³⁷¹. Την ίδια λογική της

³⁶⁷ «2. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, ενδεχομένως και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτές. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών.

3. Υπό τις ίδιες συνθήκες, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων από τις αναφερόμενες στο άρθρο 4 (άρθρο 39 του ΠΔ 60/2007 και άρθρο 140 του Ν. 3669/2008 αντίστοιχα) μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες των μετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.».

³⁶⁸ «3. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, ενδεχομένως («εφόσον παραστεί ανάγκη» κατά την ακριβή διατύπωση των παρ. 3 του άρθρου 46 του ΠΔ 60/2007 και του άρθρου 147 του Ν. 366/2008) και για μια συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι, για την εκτέλεση της σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν με την προσκόμιση της δέσμευσης των φορέων αυτών να θέσουν στη διάθεση του οικονομικού φορέα τους αναγκαίους πόρους.

4. Υπό τις ίδιες συνθήκες, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων από τις αναφερόμενες στο άρθρο 4 (άρθρο 39 του ΠΔ 60/2007 και άρθρο 140 του Ν. 3669/2008 αντίστοιχα) μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες των μετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.».

³⁶⁹ Ρητή και σαφής η αναφορά που γίνεται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 45 του ΠΔ 60/2007, αλλά και στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 146 του Ν. 3669/2008: «Τα ειδικότερα αποδεικτικά έγγραφα ορίζονται με την προκήρυξη του διαγωνισμού.».

³⁷⁰ «(5) Όταν τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2 περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με τη χρηματοοικονομική ικανότητα του οικονομικού φορέα, τότε ο οικονομικός φορέας μπορεί, οσάκις ενδείκνυται και για δεδομένη σύμβαση, να κάνει χρήση της ικανότητας άλλων φορέων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των υφιστάμενων σχέσεων μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι διαθέτει τα απαραίτητα μέσα, π.χ. με την παρουσίαση σχετικών εγγυήσεων εκ μέρους των εν λόγω φορέων.

Υπό τους ίδιους όρους, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων που αναφέρεται στο άρθρο 11, μπορεί να επικαλείται την ικανότητα των συμμετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.

(6) Όταν τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2 περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με τις τεχνικές και/ή επαγγελματικές ικανότητες του οικονομικού φορέα, τότε ο οικονομικός φορέας μπορεί, οσάκις ενδείκνυται και για δεδομένη σύμβαση, να κάνει χρήση της ικανότητας άλλων φορέων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των υφιστάμενων σχέσεων μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι διαθέτει, για την εκτέλεση της σύμβασης, τα απαραίτητα μέσα, π.χ. με την παρουσίαση εγγυήσεων εκ μέρους των εν λόγω φορέων ότι θα διαθέσουν στον οικονομικό φορέα τα απαραίτητα μέσα.

Υπό τους ίδιους όρους, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων που αναφέρεται στο άρθρο 11, μπορεί να επικαλείται την ικανότητα των συμμετεχόντων στις κοινοπραξίες ή άλλων φορέων.».

³⁷¹ «Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων με προεκτιμώμενη αμοιβή που υπερβαίνει το όριο εφαρμογής των Οδηγιών 2004/18/ΕΚ και 2004/17/ΕΚ, οι υποψήφιοι μπορούν, για συγκεκριμένη σύμβαση, να

προεκτεθείσας μινιμαλιστικής προσέγγισης ακολούθησε και η διατύπωση των παρ. 2 και 3 του άρθρου 39 του Ν. 4413/2016³⁷², παρά το γεγονός ότι ενσωμάτωσε στο εθνικό δίκαιο τις σχετικές με τη δάνεια εμπειρία προβλέψεις της πρόσφατης Οδηγίας 2014/23/ΕΕ και δη των παρ. 2 και 3 του άρθρου 38 αυτής³⁷³ και τουλάχιστον θεωρητικά, ήταν ήδη σε γνώση τόσο του εθνικού όσο και του ενωσιακού νομοθέτη οι νομολογιακά διαμορφωμένοι περιορισμοί και οι σαφώς πιο αυστηροί όροι και προϋποθέσεις άσκησης του εν λόγω δικαιώματος.

Αξίζει στο σημείο αυτό να επισημανθεί ότι στα όρια της νομικής παραδοξότητας, οι διατάξεις της πρόσφατης Οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τη ρύθμιση της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, είχαν ήδη βρει τη νομοθετική τους έκφραση σε εθνικό επίπεδο μέσω του άρθρου 156 του παντελώς αποτυχημένου και πρακτικά ανεφάρμοστου «υβριδικού» Ν. 4281/2014, με τίτλο «Επίκληση ικανοτήτων τρίτων φορέων»³⁷⁴, παρά το γεγονός ότι στα αντίστοιχα άρθρα 70 και 71 αυτού γινόταν ρητή

στηρίζονται στις δυνατότητες άλλων επιχειρήσεων, για να αποδείξουν την τεχνική τους καταλληλότητα, χωρίς να χρειάζεται να διατηρούν με τις επιχειρήσεις αυτές δεσμούς συγκεκριμένης νομικής φύσης. Η αναθέτουσα Αρχή ζητά αποδείξεις για τη δέσμευση της επιχείρησης που θέτει τις δυνατότητες της στη διάθεση του υποψηφίου και ιδίως την ύπαρξη απόφασης του οργάνου διοίκησης της επιχείρησης, περί του ότι θα διαθέσει τα ζητούμενα τεχνικά μέσα υπέρ του υποψηφίου, αν αυτός επιλεγεί ανάδοχος.». Η συγκεκριμένη διάταξη είναι και η μόνη μέχρι σήμερα στην ελληνική έννομη τάξη που κάνει ρητή αναφορά σε ενδεικτικό τρόπο ανάληψης έγκυρης δέσμευσης της τρίτης, δανειζουσας εμπειρία, επιχείρησης, θέτοντας μάλιστα ζήτημα νομιμοποίησης και προέλευσης της παρεχόμενης δέσμευσης από το όργανο διοίκησης της εκάστοτε επιχειρηματικής οντότητας.

³⁷² «2. Για την πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής που αναφέρονται στην παράγραφο 1, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον κρίνεται σκόπιμο και για συγκεκριμένη σύμβαση παραχώρησης, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδειξεί στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους καθ' όλη τη διάρκεια της παραχώρησης, προσκομίζοντας για παράδειγμα σχετική δέσμευση των εν λόγω φορέων. Όσον αφορά τη χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι άλλοι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης παραχώρησης.

3. Ομοίως, μια ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 25, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση άλλων φορέων.»

³⁷³ «2. Για την πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής που αναφέρονται στην παράγραφο 1, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον κρίνεται σκόπιμο και για συγκεκριμένη σύμβαση παραχώρησης, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδειξεί στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους καθ' όλη τη διάρκεια της παραχώρησης, προσκομίζοντας για παράδειγμα σχετική δέσμευση των εν λόγω φορέων. Όσον αφορά τη χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι άλλοι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

3. Ομοίως, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 26, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.»

³⁷⁴ «1. Όταν ο προσφέρων ή ο υποψήφιος επικαλείται για την απόδειξη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που αφορούν είτε στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ή στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, που ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης, τις ικανότητες τρίτων φορέων, σύμφωνα με τα άρθρα 70 παρ. 2, 71 παρ. 3, 120 παράγραφοι 4 και 5, 121 παράγραφοι 5 και 6, εφαρμόζονται επιπλέον οι παράγραφοι 2 και 3.

2. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι υποψήφιοι ή προσφέροντες μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες τρίτων φορέων, μόνο αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

3. Εφόσον ο προσφέρων ή ο υποψήφιος στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα

και σαφής ενσωμάτωση (εκ νέου!!!) των διατάξεων των παρ. 2 και 3 του άρθρου 47 και των παρ. 3 και 4 του άρθρου 48 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αναφορικά με τη δυνατότητα προσφυγής στις ικανότητες τρίτου φορέα για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ενός οικονομικού φορέα, των σχετιζόμενων με την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα³⁷⁵.

Συναφώς, είχε ήδη υπάρξει εναρμόνιση του εθνικού δικαίου δημοσίων συμβάσεων και στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας, καθώς τα άρθρα 59 παρ. 2 και 3³⁷⁶ και 60 παρ. 3 και 4³⁷⁷ του Ν. 3978/2011 κατέστησαν εσωτερικό δίκαιο τις

αρχή/ ο αναθέτων φορέας μπορεί να επιβάλει στον προσφέροντα ή στον υποψήφιο και στον τρίτο φορέα να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

4. Αν ο προσφέρων ή ο υποψήφιος επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων φορέων, σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους, οφείλει να αποδεικνύει με κάθε πρόσφορο μέσο στην αναθέτουσα αρχή/ στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση, κατά την υποβολή των αιτήσεων συμμετοχής ή προσφορών, της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών. Ο ειδικότερος τρόπος και τα μέσα απόδειξης της διάθεσης στον προσφέροντα ή στον υποψήφιο των εν λόγω πόρων, μπορεί να διευκρινίζονται περαιτέρω με τα προεδρικά διατάγματα του άρθρου 172.

5. Η αναθέτουσα αρχή/ ο αναθέτων φορέας εξετάζει εάν οι τρίτο οικονομικοί φορείς, στις ικανότητες των οποίων ο προσφέρων ή ο υποψήφιος προτίθεται να στηριχθεί, πληρούν τα σχετικά κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με το άρθρο 154, ή αν συντρέχουν στο πρόσωπο τους λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 153. Η αναθέτουσα αρχή/ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί από τον προσφέροντα/υποψήφιο να αντικαταστήσει έναν τρίτο οικονομικό φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης και ο προσφέρων/ υποψήφιος υποχρεούται να το πράξει.

6. Με τους ίδιους όρους, μία κοινοπραξία οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 33, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των μελών της κοινοπραξίας ή άλλων φορέων.».

³⁷⁵ Προκειμένου να καταστεί σαφές το μέγεθος της σύγχυσης που εδύνατο να προκληθεί κατά την εφαρμογή του εν λόγω νόμου, αρκεί να σημειωθεί ότι η Οδηγία 2014/24/ΕΕ δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 28.03.2014 και βάσει του άρθρου 93 αυτής, η έναρξη ισχύος της προβλεπόταν μετά την παρέλευση της εικοστής ημέρας από τη δημοσίευσή της, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 90, τα κράτη μέλη είχαν προθεσμία συμμόρφωσης με τις νέες διατάξεις μέχρι και τις 18 Απριλίου 2016, πλην ρητά προβλεπόμενων εξαιρέσεων, όπως καθορίζονταν στις παρ. 2-5 του ίδιου άρθρου. Η υπό κρίση Οδηγία είναι προφανές ότι εκδόθηκε με σκοπό την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Με τη δημοσίευση συνεπώς του Ν. 4281/2014 στο ΦΕΚ στις 08.08.2014, ο Έλληνας νομοθέτης, έσπευδε από τη μία πλευρά να εναρμονίσει το εθνικό δίκαιο με τα οριζόμενα στο άρθρο 63 της νέας Οδηγίας, ως όφειλε να πράξει και από την άλλη, προσάρμοζε την ελληνική νομοθεσία εκ νέου, καθώς οι αντίστοιχες διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ είχαν ήδη καταστεί εθνικό δίκαιο μέσω του ΠΔ 60/2007, σε ήδη καταργημένο δίκαιο, λαμβάνοντας υπόψη ότι οι ρυθμίσεις της τελευταίας οδηγίας, είχαν ήδη παύσει να ισχύουν, είκοσι ημέρες μετά τη δημοσίευση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Ευτυχώς για όλους, ο νέος νόμος ουδέποτε εφαρμόστηκε στην πράξη.

³⁷⁶ «2. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, ενδεχομένως και για μια δεδομένη σύμβαση, να επικαλεστεί τις δυνατότητες άλλων φορέων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των υφιστάμενων σχέσεων μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεση του τα αναγκαία μέσα, προσκομίζοντας για παράδειγμα τη σχετική δέσμευση των εν λόγω φορέων. 3. Υπό τους ίδιους όρους, μια κοινοπραξία μπορεί να επικαλεστεί τις δυνατότητες των μετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.».

³⁷⁷ «3. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, ενδεχομένως και για μια δεδομένη σύμβαση, να επικαλεστεί τις ικανότητες άλλων φορέων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των υφιστάμενων σχέσεων μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι, για την εκτέλεση της σύμβασης, θα έχει στη διάθεση του τα απαραίτητα μέσα, παραδείγματος χάρη με την προσκόμιση της δέσμευσης των φορέων αυτών να θέσουν στη διάθεση του οικονομικού φορέα τα αναγκαία μέσα.

4. Υπό τους ίδιους όρους, μια κοινοπραξία μπορεί να επικαλεστεί τις ικανότητες των συμμετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.».

αντίστοιχες ρυθμίσεις των άρθρων 41 παρ. 2 και 3³⁷⁸ και 42 παρ. 2 και 3³⁷⁹ της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ.

Μέσα από αυτή τη διεγκυστίδα νομοθετικών ζυμώσεων, τον Αύγουστο του 2016 είχαμε επιτέλους την πλήρη ενσωμάτωση των νέων διατάξεων των πρόσφατων οδηγιών στο εθνικό δίκαιο με τη δημοσίευση του Ν. 4412/2016. Χαρακτηριστικά, με το άρθρο 78³⁸⁰ αυτού (Βιβλίο Ι), όπως ήδη τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 26

³⁷⁸ «2. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, ενδεχομένως και για μια δεδομένη σύμβαση, να επικαλεσθεί τις δυνατότητες άλλων φορέων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των υφιστάμενων σχέσεων μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή/στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τα αναγκαία μέσα, προσκομίζοντας για παράδειγμα τη σχετική δέσμευση των εν λόγω φορέων.

3. Υπό τους ίδιους όρους, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων που αναφέρεται στο άρθρο 4 μπορεί να επικαλεσθεί τις δυνατότητες των μετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.»

³⁷⁹ «2. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, ενδεχομένως και για μια δεδομένη σύμβαση, να επικαλεσθεί τις ικανότητες άλλων φορέων, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των υφιστάμενων σχέσεων μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή/στον αναθέτοντα φορέα ότι, για την εκτέλεση της σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τα απαραίτητα μέσα, παραδείγματος χάρι με την προσκόμιση της δέσμευσης των φορέων αυτών να θέσουν στη διάθεση του οικονομικού φορέα τους αναγκαία μέσα.

3. Υπό τους ίδιους όρους, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων που αναφέρεται στο άρθρο 5 μπορεί να επικαλεσθεί τις ικανότητες των συμμετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.»

³⁸⁰ «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.

Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, περί οικονομικών φορέων, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου.

του Ν. 4782/2021, αλλά και τα άρθρα 307 και 308³⁸¹ του Βιβλίου ΙΙ, η ελληνική έννομη τάξη, ήρθε επισήμως πλέον σε επαφή με τις αναλυτικότερες, διεξοδικότερες και σαφώς

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ.2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παραχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων.».

³⁸¹ Άρθρο 307: «1. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του που τον συνδέουν με αυτούς.

Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους καθ' όλη την περίοδο ισχύος του συστήματος προεπιλογής, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό.

Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι φορείς αυτοί να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους, μια ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 254, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

2. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων στην ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας, περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς.

Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό.

Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι φορείς αυτοί να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους, μια ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 254, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

3. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 254, από έναν από τους συμμετέχοντες στην εν λόγω κοινοπραξία.» και άρθρο 308 (κατ' εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 80, της υποπαρ. 2 της παρ. 1, καθώς και της υποπαρ. 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ): «1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81.

2. Προς το σκοπό εφαρμογής των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 307, εφόσον, δυνάμει του άρθρου 305, οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, οι αναθέτοντες φορείς ελέγχουν, σύμφωνα με την παράγραφο 1 εάν οι άλλοι φορείς στην ικανότητα των

πιο συγκεκριμένες και οριοθετημένες ρυθμίσεις του ενωσιακού νομοθέτη³⁸², σχετικά με το επίμαχο ζήτημα της εφαρμογής στην πράξη του εν ευρεία εννοία συμμετοχικού θεσμού της «δάνειας εμπειρίας».

οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής ή εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, στους οποίους αναφέρονται οι αναθέτοντες φορείς, δυνάμει του άρθρου 73 και 74.

Ο αναθέτων φορέας απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73, τους οποίους ανέφερε ο αναθέτων φορέας. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73.», όπως τα τελευταία εδάφια της παρ. 2 αντικαταστάθηκαν με το άρθρο 22 περίπτωση 58 του Ν. 4441/2016 «Απλοποίηση διαδικασιών σύστασης επιχειρήσεων, άρση κανονιστικών εμποδίων στον ανταγωνισμό και λοιπές διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 27/06.12.2016).

³⁸² Άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στο άρθρο 58 παράγραφος 3 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στο άρθρο 58 παράγραφος 4, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον συντρέχει περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στο παράρτημα XII μέρος II στοιχείο στ) ή με τη σχετική επαγγελματική πείρα, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν αυτές θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Σε περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 59, 60 και 61, αν πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής οι φορείς στις ικανότητες των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί και αν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 57. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για την οποία συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα, ή δύναται να υποχρεωθεί σχετικώς από το κράτος μέλος, να αντικαταστήσει φορέα έναντι του οποίου δεν συντρέχουν μη υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού.

Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά από τον οικονομικό φορέα και τους φορείς αυτούς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους, ένας όμιλος οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 19 παράγραφος 2, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στον όμιλο ή άλλων φορέων.

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης αγαθών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, σε περίπτωση που η προσφορά υποβάλλεται από όμιλο οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 19 παράγραφος 2, από έναν από τους συμμετέχοντες στον όμιλο αυτό.» και άρθρο 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ: «1. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα, ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, οσάκις απαιτείται, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με τους εν λόγω φορείς. Όσον αφορά τα κριτήρια αναφορικά με τους τίτλους σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή της οικείας επαγγελματικής πείρας, οι οικονομικοί φορείς δύναται ωστόσο να στηρίζονται μόνο στις ικανότητες άλλων φορέων εφόσον οι τελευταίοι εκτελούν τα έργα ή παρέχουν τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι εν λόγω ικανότητες. Όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, πρέπει να αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα διαθέτει τα μέσα αυτά καθ' όλη την περίοδο ισχύος του συστήματος προεπιλογής, π.χ. με την παρουσίαση δέσμευσης εκ μέρους των εν λόγω φορέων.

Εφόσον, δυνάμει του άρθρου 80 της παρούσας οδηγίας, οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια εξαίρεσης ή επιλογής που προβλέπονται από την οδηγία 2014/24/ΕΕ, οι αναθέτοντες φορείς επαληθεύουν

Από την ίδια την έκταση, το περιεχόμενο και την αναλυτική ρύθμιση των επίμαχων διατάξεων, καθίσταται προφανής η επιδίωξη του νομοθέτη αφενός να ενσωματώσει ομαλά στα νομοθετικά κείμενα τη νομολογιακή διαδρομή και την επεξεργασία που έτυχαν οι περιπτώσεις δανεισμού τεχνικών ικανοτήτων ή/και οικονομικής επιφάνειας μεταξύ οικονομικών φορέων και αφετέρου να τεθεί ένα σαφέστερο, ρεαλιστικότερο και περισσότερο αποτελεσματικό πλαίσιο για τη χρήση του εν λόγω θεσμού. Το κατά πόσο οι νέες διατάξεις πράγματι ανταποκρίθηκαν στον

σύμφωνα με το άρθρο 80 παράγραφος 3 της παρούσας οδηγίας εάν οι άλλοι φορείς στην ικανότητα των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηρίζεται πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής ή εάν υφίστανται λόγοι εξαιρέσεως, στους οποίους αναφέρονται οι αναθέτοντες φορείς δυνάμει του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Ο αναθέτων φορέας απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει φορέα έναντι του οποίου συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού, τους οποίους ανέφερε ο αναθέτων φορέας. Ο αναθέτων φορέας δύναται να απαιτήσει, ή να υποχρεωθεί από το κράτος μέλος να απαιτήσει, από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει φορέα έναντι του οποίου συντρέχουν μη υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού, τους οποίους ανέφερε ο αναθέτων φορέας.

Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα και τους φορείς αυτούς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους, ένας όμιλος οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 37 παράγραφος 2, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στον όμιλο ή άλλων φορέων.

2. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτές διαδικασίες, σε κλειστές διαδικασίες, σε διαδικασίες με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικούς διαλόγους ή σε συμπράξεις καινοτομίας, περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα, ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, οσάκις απαιτείται και για μια συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με τους εν λόγω φορείς. Όσον αφορά τα κριτήρια αναφορικά με τους τίτλους σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή της οικείας επαγγελματικής πείρας, οι οικονομικοί φορείς δύνανται ωστόσο να στηρίζονται μόνο στις ικανότητες άλλων φορέων εφόσον οι τελευταίοι εκτελούν τα έργα ή παρέχουν τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι εν λόγω ικανότητες. Όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, πρέπει να αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι διαθέτει τα απαραίτητα μέσα, π.χ. με την παρουσίαση σχετικής δέσμευσης εκ μέρους των εν λόγω φορέων.

Εφόσον, δυνάμει του άρθρου 80 της παρούσας οδηγίας, οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια εξαιρέσεως ή επιλογής που προβλέπονται από την οδηγία 2014/24/ΕΕ, οι αναθέτοντες φορείς επαληθεύουν σύμφωνα με το άρθρο 80 παράγραφος 3 της παρούσας οδηγίας εάν οι άλλοι φορείς στην ικανότητα των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηρίζεται πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής ή εάν υφίστανται λόγοι εξαιρέσεως, στους οποίους αναφέρονται οι αναθέτοντες φορείς δυνάμει του 57 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Ο αναθέτων φορέας απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή έναντι του οποίου συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού, τους οποίους ανέφερε ο αναθέτων φορέας. Ο αναθέτων φορέας δύναται να απαιτήσει, ή να υποχρεωθεί από το κράτος μέλος να απαιτήσει, από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει φορέα έναντι του οποίου συντρέχουν μη υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού, τους οποίους ανέφερε ο αναθέτων φορέας.

Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα και τους φορείς αυτούς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους, ένας όμιλος οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 37, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στον όμιλο ή άλλων φορέων 3. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης αγαθών, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, σε περίπτωση που η προσφορά υποβάλλεται από κοινοπραξία οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 37 παράγραφος 2, από έναν από τους συμμετέχοντες στην κοινοπραξία αυτή.»

σκοπό που επεδίωκαν³⁸³, μένει να αποδειχθεί στην πράξη, καθώς ο θεσμός της «δάνειας εμπειρίας» ως διαρκώς εξελισσόμενο και παραμετροποιούμενο, ή ορθότερα, προσαρμοζόμενο στις απαιτήσεις της αγοράς, μεθοδολογικό εργαλείο έμμεσης συμμετοχικής παρουσίας περισσοτέρων οικονομικών φορέων, φαίνεται να προηγείται των διατάξεων του νόμου. Οπότε εκεί καλείται η διορθωτική ή ερμηνευτική παρέμβαση των αρμόδιων δικαστηρίων και δη του ΔΕΕ, να δώσει τις απαντήσεις για την ορθή εφαρμογή της απολύτως χρηστικής δυνατότητας μεταφοράς οικονομικής επάρκειας ή τεχνογνωσίας από έναν οικονομικό φορέα σε κάποιον άλλο.

3. Η θεσμοθέτηση της «δάνειας εμπειρίας» μέσα από τις πρώιμες αποφάσεις του ΔΕΕ.

- i. *Η αφετηρία με την αναγνώριση της δυνατότητας επίκλησης μέσων που διαθέτουν τρίτες οντότητες, ενταγμένες στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων.*

Η αρχή έγινε πίσω στο μακρινό 1992, με την Απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-389/92³⁸⁴. Στην προκειμένη περίπτωση, το Βελγικό Συμβούλιο της Επικρατείας (*Raad van State van België*) υπέβαλε προς το ΔΕΕ προδικαστικό ερώτημα που αφορούσε την ερμηνεία της τότε ισχύουσας Οδηγίας 71/304/ΕΟΚ και της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ, όπως αυτό προέκυψε στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ της ολλανδικών συμφερόντων και εγκατάστασης, εταιρείας με την επωνυμία «Ballast Nedam Groep» (εφεξής «BNG») και του Βελγικού Δημοσίου. Συγκεκριμένα, τα πραγματικά περιστατικά της επίδικης διαφοράς αφορούσαν τη μη ανανέωση της μέχρι τότε ισχύουσας αναγνώρισης της ιδιότητας της ως άνω εταιρείας ως εργολήπτριας, με σχετική απόφαση του Υπουργείου Δημοσίων Έργων της Ολλανδίας, η οποία εκδόθηκε το 1987, βάσει της αναθεώρησης της κατάστασης των αναγνωρισμένων εργοληπτριών επιχειρήσεων, σύμφωνα με το άρθρο 15 του Βασιλικού Διατάγματος της 9^{ης} Αυγούστου του 1982 περί καθορισμού των μέτρων εφαρμογής του Κανονιστικού Διατάγματος της 3^{ης} Φεβρουαρίου 1947 περί οργανώσεως της αναγνώρισης εργοληπτών. Η εν λόγω υπουργική απόφαση βρήκε έρεισμα σε μία δυσμενή γνωμοδότηση της εθνικής αρμόδιας επιτροπής αναγνώρισης εργοληπτών και ελήφθη με το σκεπτικό ότι η εταιρεία αυτή δεν μπορεί να θεωρηθεί εργολήπτης δημοσίων έργων, δεδομένου ότι στην πραγματικότητα είναι εταιρεία *holding*³⁸⁵. Συνεπεία τούτου

³⁸³ Βλ. σχετικά και *Μ. Σειραδάκη*, Από τη *de lege ferenda* «δάνεια εμπειρία» στη *de lege lata* υπεργολαβία, «Δημόσιο Δίκαιο» Επιστημονικό Περιοδικό της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), έτος 2016 (1), Τεύχος 4 (Οκτώβριος-Δεκέμβριος), σελ. 528. Την ίδια ιστορική διαδρομή αναγνωρίζει και ο *Α. Γέροντας*, Η δάνεια εμπειρία, υπεργολαβία και η συμπλήρωση ή διευκρίνιση των προσφορών-Ανατροπές και αδιέξοδα, ΘΠΔΔ, Τεύχος 1/2023, σελ. 2.

³⁸⁴ Απόφαση ΔΕΕ της 14.04.1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV*, ECLI:EU:C:1994:133. Βλ. σχετικά *Κ. Γιαννακόπουλος*, Δημόσιες Συμβάσεις και Συμβάσεις Παραχώρησης. Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2019, σελ. 242, *Π. Δέγλερης*, Δίκαιο Προμηθειών και Υπηρεσιών Δημοσίου, Τόμος II, 2009, σελ. 925, *Bart Servaes*, Het 'beschikkingsrecht' van een moedervennootschap over de middelen van een dochter in het kader van een openbare aanbesteding, Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap, 1994, σελ. 455-459, *Guido Greco*, La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.a. a capitale pubblico, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1994, σελ. 1252-1257, *Henri Chavrier*, L'actualité juridique; droit administratif, 1994, σελ. 652 και *Giuseppe Rossi*, Giurisprudenza italiana, 1995, I Sez. I Col. 545-548.

³⁸⁵ Εταιρεία συμμετοχών ή εταιρεία χαρτοφυλακίου.

κρίθηκε ότι δεν εκτελεί η ίδια τα έργα που αναλαμβάνει, αλλά, προκειμένου να δικαιολογήσει τις τεχνικές της ικανότητες, επικαλείται έργα που έχουν στην πραγματικότητα, εκτελέσει οι θυγατρικές αυτής εταιρείες, οι οποίες όμως διαθέτουν στο σύνολό τους, χωριστή, αυτοτελή νομική προσωπικότητα.

Η θιγόμενη από την ανωτέρω υπουργική απόφαση εταιρεία, αποφάσισε να προσφύγει ενώπιον του *Raad van State van België* αιτούμενη την ακύρωση τόσο της σχετικής απόφασης του Υπουργού Δημοσίων Έργων όσο και της αρνητικής γνωμοδότησης της επιτροπής αναγνώρισης, επί της οποίας αυτή στηρίχθηκε. Το Βελγικό Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε ότι προκειμένου να αποφανθεί επί των τιθέμενων νομικών ζητημάτων υπήρχε ανάγκη ερμηνείας των εφαρμοστέων Οδηγιών και έτσι απηύθυνε προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ³⁸⁶. Το τελευταίο εκκινώντας από τις γενικές αρχές που θεσπίζονταν με τις Οδηγίες 71/304/ΕΟΚ και 71/305/ΕΟΚ, όπως αμφότερες απέβλεπαν στην εξασφάλιση της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων, με την πρώτη εξ αυτών να επιβάλλει στα κράτη μέλη τη γενική υποχρέωση κατάργησης των περιορισμών, όσον αφορά την πρόσβαση, τη συμμετοχή και την εκτέλεσή τους, ενώ η δεύτερη σχετιζόταν με τον συντονισμό των διαδικασιών για τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων, κατέληξε μέσω της επίκλησης παλαιότερης απόφασής του³⁸⁷, στην υιοθέτηση της παραδοχής ότι στο πλαίσιο του συντονισμού των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, στον τίτλο IV της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ ορίζονταν συγκεκριμένοι κοινοί κανόνες που διέπουν τη συμμετοχή των εργοληπτών στις συμβάσεις δημοσίων έργων. Μεταξύ δε των κανόνων αυτών, περιλαμβάνεται κυρίως, ο κανόνας του άρθρου 21, ο οποίος επιτρέπει να υποβάλλουν προσφορές σε διαγωνισμούς ανάληψης έργων και κοινοπραξίες εργοληπτών, καθώς και εκείνος του άρθρου 28, ο οποίος υποχρεώνει τα κράτη μέλη που διατηρούν επίσημους καταλόγους αναγνωρισμένων εργοληπτών, να προσαρμόσουν αυτούς στους λόγους αποκλεισμού και στα ποιοτικά κριτήρια επιλογής των άρθρων 23 έως και 26 της Οδηγίας³⁸⁸, όπως αυτά ορίζουν τον τρόπο, κατά τον

³⁸⁶ Το ακριβές περιεχόμενο του ερωτήματος προς το ΔΕΕ, το οποίο έχρηζε ερμηνείας κατά το Βελγικό Δικαστήριο ήταν το ακόλουθο: «*Επιτρέπουν η οδηγία 71/304/ΕΟΚ, της 26ης Ιουλίου 1971, περί καταργήσεως των περιορισμών της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και στην ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων, και η οδηγία 71/305/ΕΟΚ, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων, ιδίως δε τα άρθρα αυτής 1,6, 21,23 και 26, όπως, κατά την εφαρμογή της βελγικής κανονιστικής ρυθμίσεως περί αναγνώρισεως εργοληπτών στην περίπτωση δεσπόζοντος νομικού προσώπου ενός ομίλου ολλανδικού δικαίου, τα κριτήρια στα οποία ο εργολήπτης πρέπει να ανταποκρίνεται, ένα από τα οποία συνίσταται στην τεχνική του ικανότητα, εκτιμώνται λαμβανομένης αποκλειστικής υπόψη της νομικής υποστάσεως μόνο του δεσπόζοντος νομικού προσώπου και όχι των «εταιριών του ομίλου», οι οποίες ως χωριστά νομικά πρόσωπα απαρτίζουν αυτόν τον «όμιλο»;».*

³⁸⁷ Απόφαση ΔΕΕ της 10.02.1982, C-76/81, *Transporoute κατά Ministère des travaux publics*, ECLI:EU:C:1982:49 (ιδίως σκέψη 8).

³⁸⁸ Καίτοι η κρινόμενη απόφαση αναφέρεται μόνο σε κριτήρια ποιοτικής επιλογής, είναι παραπάνω από προφανές ότι το άρθρο 23 της εν λόγω οδηγίας αφορά τους προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα, το άρθρο 24 αναφέρεται σε κριτήρια επαγγελματικής καταλληλότητας του εργολήπτη, ενώ τα άρθρα 25 και 26 πράγματι ρυθμίζουν τη «*χρηματοδοτική και οικονομική ικανότητα*» και τις «*τεχνικές ικανότητες*», του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, κατά την ακριβή ορολογία που χρησιμοποιεί το κείμενο της Οδηγίας. Αυτό επισημαίνεται και στις Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα *Claus Guldman*, της 24^{ης} Φεβρουαρίου 1994, ECLI:EU:C:1994:73, σημείο 9, ενώ περαιτέρω υπογραμμίζεται ότι υπό το πρίσμα αυτό πρέπει να αντιμετωπιστεί και η πλήρωση των προϋποθέσεων

οποίο οι επιχειρήσεις μπορούν να αποδείξουν ότι ανταποκρίνονται στις εκεί προβλεπόμενες απαιτήσεις.

Η *BNG*, συνεπικουρούμενη από την Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ως προς τις υποστηριζόμενες από αυτήν θέσεις, στήριξε την επιχειρηματολογία της στο γεγονός ότι κατ' ουσίαν, με βάση το κανονιστικό πλαίσιο που θέτουν οι προαναφερθείσες οδηγίες, προκειμένου να εκτιμηθούν τα κριτήρια, στα οποία ένας εργολήπτης πρέπει να ανταποκρίνεται κατά την εξέταση μιας αίτησης αναγνώρισης που έχει υποβάλλει το δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου κατά το ολλανδικό δίκαιο, επιτρέπεται να λαμβάνεται υπόψη η δραστηριότητα που έχουν αναπτύξει όλες οι εταιρείες που ανήκουν στον ίδιο όμιλο και τα έργα που αυτές έχουν εκτελέσει, ασχέτως αν διατηρούν τη χωριστή νομική προσωπικότητά τους. Το κρίσιμο ζήτημα, όπως διατυπώθηκε από το ίδιο το ΔΕΕ στη σκέψη 9 της απόφασης, επέβαλε να δοθεί πρώτα απάντηση αφενός στο ερώτημα αν μια εταιρεία *holding* μπορούσε πράγματι να λαμβάνει μέρος νόμιμα σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες ανάληψης έργων ή αν, λόγω του ότι δεν εκτελούσε η ίδια τα έργα που αναλάμβανε, χωρούσε συλλήβδην αποκλεισμός της και δεύτερον, εφόσον στο πρώτο ερώτημα δινόταν καταφατική απάντηση, υπό ποιες ακριβώς συνθήκες θα ήταν δυνατό και επιτρεπτό από το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, να αναγνωρίζονται στην εταιρεία *holding* οι απαιτούμενες ικανότητες, ώστε να μπορεί να συμμετέχει και να διεκδικεί η ίδια την ανάθεση συμβάσεων έργων. Το πρόβλημα φυσικά πρόκυπτε, λαμβάνοντας υπόψη ότι η επικαλούμενη εμπειρία και οι εν γένει ικανότητες από την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων έργων, είχε αποκτηθεί από τις λοιπές εταιρείες του ομίλου και όχι την ίδια την εταιρεία *holding*³⁸⁹, με συνέπεια το ΔΕΕ να αναρωτηθεί για πρώτη φορά, αν θα ήταν *de lege lata* ή έστω *de lege ferenda* θεμιτό, ένας συμμετέχων οικονομικός φορέας να αναλάβει την εκτέλεση μιας σύμβασης, επικαλούμενος όχι δική του ικανότητα, αλλά κάποιου τρίτου.

Το Δικαστήριο, ακολουθώντας τη συλλογιστική που αναπτύχθηκε από τον Γενικό Εισαγγελέα της υπόθεσης, στα σημεία 20-39 των Προτάσεων του³⁹⁰, αναζήτησε νομικές βάσεις στο (τότε) ισχύον νομοθετικό πλαίσιο, οι οποίες να συνηγορούσαν υπέρ μιας τέτοιας άποψης. Παρά τους προβληματισμούς του Γενικού Εισαγγελέα, ο οποίος τελικά τάχθηκε υπέρ των θέσεων της *BNG*, το Δικαστήριο αναγνώρισε τη δυνατότητα

των επίμαχων άρθρων, λαμβάνοντας υπόψη ότι ρυθμίζουν διαφορετικά ζητήματα, ήτοι τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, την επαγγελματική καταλληλότητα, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Στα σημεία 15-18, ο Γενικός Εισαγγελέας απέκρουσε μία τέτοια δυνατότητα για τις πρώτες δύο περιπτώσεις, ενώ την έκανε δεκτή για την πλήρωση των ποιοτικών κριτηρίων που τίθενται για την επιλογή ενός οικονομικού φορέα, από άποψη οικονομικής σταθερότητας και τεχνικής αρτιότητας. Αυτή η ίδια προσέγγιση διέπει μέχρι και τις ισχύουσες διατάξεις των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ τη δυνατότητα δανεισμού ικανοτήτων τρίτων φορέων.

³⁸⁹ Βλ. και Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα *Claus Gulman* της 24^{ης} Φεβρουαρίου 1994, ECLI:EU:C:1994:73, σημείο 14.

³⁹⁰ Με πλήρη συναίσθηση ότι το κρινόμενο ζήτημα ήταν πράγματι καινοφανές και ενδεχομένως θα είχε γενικευμένο αντίκτυπο σε επόμενες περιπτώσεις, επισημαίνει ότι η όποια κρίση του Δικαστηρίου: «*Εν προκειμένω, δεν θα ήταν δυνατόν να τύχει εφαρμογής μια έννοια που έχει οριστεί εκ των προτέρων και που έχει γίνει γενικώς αποδεκτή. Παρόμοια έννοια ούτε στο κοινοτικό δίκαιο ούτε στα δίκαια των κρατών μελών απαντάται. Πράγματι, δεν αμφισβητείται ότι η έννοια της δεσπόζουσας επιρροής ορίζεται σε συνάρτηση με το συγκεκριμένο νομικό πλαίσιο εντός του οποίου έχει εφαρμογή.*» (δεύτερη παράγραφος του σημείου 34 των Προτάσεων).

της τελευταίας να στηρίζεται σε εμπειρία και ικανότητα που αποκτήθηκε από εταιρείες του ίδιου ομίλου, ασχέτως του γεγονότος ότι δεν είχε εκτελέσει η ίδια τα έργα, εδράζοντας το συμπέρασμα αυτό, στις ακόλουθες νομικές βάσεις. Εν πρώτοις, συνολικά στην Οδηγία 71/304/ΕΟΚ και τη ρητή αναφορά που κάνει για δυνατότητα ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων σε αναδόχους, οι οποίοι θα εκτελέσουν αυτά, μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων. Δευτερευόντως, εξάγοντας το αυτό συμπέρασμα και από το άρθρο 21 της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ, δεδομένου ότι αυτό επιτρέπει ευθέως σε κοινοπραξίες εργοληπτών να υποβάλλουν προσφορές, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να έχει τη δυνατότητα να αξιώσει, πριν από την ανάθεση της σύμβασης, να περιβληθούν οι κοινοπραξίες αυτές μια συγκεκριμένη νομική μορφή, σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στο άρθρο 16, περίπτωση ια), της ίδιας οδηγίας, όπου προβλέπει μόνο ότι στις ανοικτές διαδικασίες η πρόσκληση προς υποβολή προσφορών πρέπει να περιλαμβάνει τουλάχιστον την ιδιαίτερη νομική μορφή που ενδεχομένως πρέπει να περιβληθεί η κοινοπραξία εργοληπτών, στην οποία θα ανατεθεί η σύμβαση, χωρίς όμως περαιτέρω προσδιορισμό του είδους αυτής.

Ομοίως, το Δικαστήριο έκρινε ότι τα ποσοτικά κριτήρια επιλογής των άρθρων 23 έως 26³⁹¹ της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ, στα οποία παραπέμπει το αναφερόμενο στους επισήμους καταλόγους εργοληπτών άρθρο 28 της ίδιας οδηγίας, σκοπούν απλώς και μόνο να καθορίσουν τους κανόνες αντικειμενικής αξιολόγησης της ικανότητας των εργοληπτών, κυρίως σε τεχνικό επίπεδο, ενώ βάσει της περίπτωσης ε) του άρθρου 26, είναι σαφές ότι προς δικαιολόγηση αυτής της τεχνικής ικανότητας του υποψήφιου εργολήπτη, διατηρεί αυτός τη δυνατότητα να προσκομίσει δήλωση περί του τεχνικού προσωπικού ή περί των τεχνικών υπηρεσιών που θα διαθέσει για την εκτέλεση του έργου, ανεξάρτητα από το αν τα μέσα αυτά, ανήκουν ή όχι στην επιχείρηση του ίδιου. Ακολουθώντας αυτή τη θεμελίωση, το Δικαστήριο, κάνοντας περαιτέρω δεκτές τις επισημάνσεις της Επιτροπής, δέχτηκε ότι από το σύνολο των υπό κρίση διατάξεων, συνάγεται ότι την ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων μπορεί να διεκδικήσει όχι μόνο ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο που εκτελεί το ίδιο τα έργα αυτά, αλλά, εξίσου (και εδώ πλέον διαπιστώνεται η ουσιαστική τομή και το πρώτο σπέρμα για τη γέννηση του θεσμού της δάνειας εμπειρίας), ένα πρόσωπο που τα εκτελεί μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων ή απευθύνεται σε εξωτερικούς τεχνικούς ή τεχνικές υπηρεσίες ή ακόμα σε κοινοπραξίες εργοληπτών οποιασδήποτε νομικής μορφής.

Επιπλέον, πρόσθετο επιχείρημα, αντλήθηκε από το ΔΕΕ από την Οδηγία 89/440/ΕΟΚ³⁹² και δη τη ρητή αναφορά που γίνεται στο άρθρο 1 περίπτωση α) αυτής, η οποία επιδιώκοντας να διευκρινίσει πληρέστερα την έννοια των συμβάσεων δημοσίων έργων, επισημαίνει μεταξύ άλλων ότι, οι συμβάσεις αυτές έχουν ως αντικείμενο είτε την εκτέλεση, είτε τόσο την εκτέλεση όσο και τη μελέτη έργων ή έργου, «...είτε ακόμη την πραγματοποίηση με οποιαδήποτε μέσα ενός έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς αναφερόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες». Το

³⁹¹ Με την επισήμανση που έγινε ανωτέρω στην υποσημείωση 388 ως προς το αληθές περιεχόμενο των επίμαχων διατάξεων.

³⁹² Οδηγία 89/440/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 18^{ης} Ιουλίου 1989 για την τροποποίηση της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 210/1 της 21.07.1989).

Δικαστήριο θεώρησε ότι σε αυτόν τον ορισμό της έννοιας του «έργου» επιβεβαιώνεται ο υπό διαμόρφωση κανόνας, ήτοι ότι, ένα πρόσωπο που δεν έχει την πρόθεση ή τα μέσα να εκτελέσει το ίδιο τα έργα, μπορεί ακώλυτα να υποβάλλει προσφορά σε διαγωνιστική διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης δημοσίων έργων. Συνεπακόλουθα, μία εταιρεία *holding*, όπως στην προκειμένη περίπτωση, η οποία δεν εκτελεί η ίδια τα έργα, δεν μπορεί να αποκλειστεί από τις διαδικασίες συμμετοχής σε συμβάσεις δημοσίων έργων, με μοναδική αιτιολογία ότι οι θυγατρικές της που έχουν εκτελέσει στην πραγματικότητα τα επικαλούμενα από αυτήν, έργα, συνιστούν χωριστές νομικές οντότητες. Ωστόσο, το ΔΕΕ κατέστησε σαφές στη σκέψη 16 της εξεταζόμενης απόφασης, θέτοντας έτσι ταυτόχρονα και τον πρώτο «περιορισμό» στην άσκηση του νεότευκτου δικαιώματος, ότι, σύμφωνα και με το άρθρο 20 της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ, οι αναθέτουσες αρχές εξακολουθούν να οφείλουν να προβαίνουν στον έλεγχο της καταλληλότητας των εργοληπτών επί τη βάση των κριτηρίων οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας, όπως ορίζονται στα άρθρα 25 έως 28 της ίδιας οδηγίας.

Ως εκ τούτου, το ΔΕΕ καταλήγοντας, απεφάνθη ότι μια εταιρεία, οσάκις επικαλείται μέσα που διαθέτουν οι θυγατρικές της, για να τεκμηριώσει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητες της, προκειμένου να περιληφθεί στον επίσημο πίνακα των αναγνωρισμένων εργοληπτών, οφείλει, οποιαδήποτε και αν είναι η φύση των δεσμών που τη συνδέουν με τις εταιρείες αυτές, να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεση της τα μέσα των θυγατρικών της που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της διεκδικούμενης σύμβασης έργου. Παράλληλα, το ΔΕΕ αποσαφήνισε ότι εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο η τελική κρίση, αφού λάβει υπόψη του και συνεκτιμήσει το σύνολο των πραγματικών περιστατικών και των κείμενων διατάξεων, περί του αν τα αποδεικτικά στοιχεία αυτού του είδους έχουν προσκομιστεί στο πλαίσιο της κύριας δίκης. Συνεπώς, στο προδικαστικό ερώτημα δόθηκε η απάντηση, καθ' ερμηνεία των πραγματευόμενων διατάξεων³⁹³, ότι είναι επιτρεπτό, προκειμένου να εκτιμηθούν από την αναθέτουσα αρχή, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, στα οποία απαιτείται από τη διακήρυξη ενός διαγωνισμού, να ανταποκρίνεται ένας εργολήπτης κατά την εξέταση της αίτησης αναγνώρισης που έχει υποβληθεί από αυτόν, ως δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου, να λαμβάνεται υπόψη η εμπειρία, η τεχνική ικανότητα και η οικονομική επάρκεια άλλων εταιρειών που ανήκουν στον ίδιο όμιλο, εφόσον το εν λόγω νομικό πρόσωπο αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεση του τα μέσα των εταιρειών αυτών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης έργου.

Με αυτή την κρίση του το Δικαστήριο, πιθανότατα χωρίς και το ίδιο να το αντιλαμβάνεται, άνοιγε την πόρτα στην, κατ' αρχήν νομολογιακή αναγνώριση ενός νέου θεσμού συμμετοχικής παρουσίας σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες,

³⁹³ Βλ. σχετικά, *A. Ταμαΐδη*, Ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων – Νομολογιακή Αντιμετώπιση, ΘΠΔΔ, Τεύχος 7/2013, σελ. 594, *N.-Σ. Μπασδέλη*, Κριτήρια Επιλογής & Κριτήρια Ανάθεσης των Δημοσίων Συμβάσεων, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Δημοσίου Δικαίου & Πολιτικής Επιστήμης, Διοικητικό Δίκαιο, Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης, 2015, σελ. 39-40 και *Christopher Bovis*, Introduction, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 7.

θέτοντας τις βάσεις για την οριοθέτησή του, μέσα από τις αποφάσεις, αλλά και τις νομοθετικές ρυθμίσεις που ακολούθησαν, όπως μεταγενέστερα αποκρυστάλλωσαν οριστικά και διαμόρφωσαν το περιεχόμενο της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, προκειμένου να καλύψει ο προσφέρων, κριτήρια ποιοτικής επιλογής που ο ίδιος πρωτογενώς δεν διέθετε.

- ii. *Η διαφαινόμενη εδραίωση του θεσμού με την αναγνώριση της υποχρεωτικότητας του κανόνα να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές τα επικαλούμενα μέσα τρίτων για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από έναν προσφέροντα.*

Το δεύτερο βήμα έγινε μερικά χρόνια αργότερα, με την απόφαση στην υπόθεση C-5/97³⁹⁴, η οποία όχι μόνο επιβεβαίωσε τα πορίσματα της προηγούμενης απόφασης του ΔΕΕ στην υπόθεση C-389/92, αλλά κυρίως αναγνώρισε – και αυτή ήταν η κομβική συμβολή της στην προϊούσα πορεία θεσμοθέτησης της δάνειας εμπειρίας – την υποχρεωτικότητα του κανόνα που διατυπώθηκε στο διατακτικό της. Το πραγματικό της δεύτερης αυτής υπόθεσης³⁹⁵ ομολογουμένως δεν εμφάνιζε κάποια ιδιαιτερότητα. Οι ίδιοι διάδικοι επανήλθαν ενώπιον του Βελγικού *Raad van State* και αυτό με τη σειρά του απηύθυνε εκ νέου προδικαστικό ερώτημα ως προς το περιεχόμενο που έπρεπε να αποδοθεί στην προηγούμενη απόφαση του ΔΕΕ. Συγκεκριμένα, έκρινε το εθνικό Συμβούλιο της Επικρατείας ότι η αρχική κρίση του ΔΕΕ έχρηζε αποσαφήνισης, καθώς εντοπίστηκε διάσταση απόψεων μεταξύ των διαδίκων ως προς την ερμηνεία που απέδιδε ο καθένας στη χρήση του ρήματος «επιτρέπουν» στη φράση του διατακτικού: «...πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι επιτρέπουν, [...], να λαμβάνονται υπόψη οι εταιρίες που ανήκουν στον όμιλο αυτόν, [...]». Ειδικότερα, τέθηκε το ερώτημα σχετικά με το αν η έννοια «επιτρέπουν» δεν μπορεί να νοηθεί ως «επιβάλλουν» και άρα συνεπάγεται ότι το οικείο κράτος μέλος στην πραγματικότητα, διαθέτει διακριτική εξουσία, ακόμη και όταν πληρούται η τεθείσα από το Δικαστήριο προϋπόθεση, να μην δεχτεί την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής μέσω της επίκλησης των δυνατοτήτων τρίτων φορέων. Ετέρωθεν, τέθηκε το ερώτημα σε ποιες περιπτώσεις και για ποιους λόγους είναι δυνατόν να λαμβάνονται υπόψη οι κτηθείσες ικανότητες ή η εμπειρία που διαθέτουν εταιρείες που ανήκουν σε δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου, προκειμένου σε συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία να μπορέσει να θεμελιώσει έναντι της αναθέτουσας αρχής, τα ζητούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, χωρίς να τα διαθέτει αυτοτελώς το ίδιο.

Το ΔΕΕ, απορρίπτοντας όλους τους προβληθέντες ισχυρισμούς της βελγικής κυβέρνησης³⁹⁶ και αφού πρώτα επαναδιατύπωσε βασικές αρχές που είχε ήδη θέσει με

³⁹⁴ Απόφαση ΔΕΕ της 18.12.1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep NV II*, ECLI:EU:C:1997:636. Βλ. σχετικά *E. Τροβά-Π. Σκουρή*, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2009, σελ. 374 επ., *Christopher Bovis*, Introduction, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 7, *E. Τροβά*, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και το δίκαιο της απελευθέρωσης του διεθνούς εμπορίου, 2000, σελ. 262 επ. και *E. Πρεβεστούρου*, Η συμμετοχή των εταιρειών χαρτοφυλακίου στις προσκλήσεις υποβολής προσφορών στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων έργων, ΕΔΔΔΔ 1998, σελ. 991-995.

³⁹⁵ Η οποία επικράτησε με τον τίτλο «*Ballast Nedam Groep NV II*» εν είδη *sequel* της πρώτης.

³⁹⁶ Σκέψεις 8 και 9 της απόφασης.

τις σκέψεις 16 και 17 της πρώτης απόφασης, κατέληξε να δώσει κατηγορηματική απάντηση επί του προδικαστικού ερωτήματος, αποφαινόμενο ότι η αρχή που είναι αρμόδια να κρίνει επί αίτησης αναγνώρισης που έχει υποβληθεί από δεσπόζον νομικό πρόσωπο ενός ομίλου, όχι απλώς δύναται, αλλά είναι υποχρεωμένη, οσάκις αποδεικνύεται ότι βρίσκονται όντως στη διάθεση του εν λόγω νομικού προσώπου τα μέσα άλλων εταιρειών που ανήκουν στον ίδιο όμιλο, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων, να λαμβάνει υπόψη της, τις επικαλούμενες δυνατότητες των λοιπών αυτών εταιρειών, προκειμένου να εκτιμήσει την ικανότητα του ενδιαφερομένου νομικού προσώπου, σύμφωνα με τα κριτήρια των άρθρων 23 έως 28 της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ.

Στην κρίση αυτή του ΔΕΕ, υποδηλώθηκε κατά την εκτίμηση του γράφοντος, για πρώτη φορά, μία σαφής τάση, να αναγνωριστεί η δυνατότητα προσφυγής στις ικανότητες τρίτου για την κάλυψη των οικονομικών και τεχνικών ποιοτικών κριτηρίων ενός προσφέροντος ως ένα αυτοτελές μέσο απόδειξης της πλήρωσής τους, απολύτως ισότιμο με την κάλυψη των κριτηρίων αυτών ατομικά εκ μέρους εκάστου οικονομικού φορέα. Η τάση αυτή πράγματι αποτυπώθηκε και νομολογιακά, μερικά χρόνια αργότερα με την απόφαση στην υπόθεση C-324/14, όπως θα δούμε αναλυτικά και στη συνέχεια.

iii. Η διεύρυνση των ορίων του νέου θεσμού και η αποκρυστάλλωση ενός αρχικού δεσμευτικού πυρήνα κανόνων ορθής εφαρμογής του.

Μετά τη ρηξικέλευθη διαμόρφωση ενός καινοφανούς, νομολογιακού κανόνα με τις δύο πρώτες σχετικές αποφάσεις του ΔΕΕ, η πορεία πλέον δεν μπορούσε να είναι αναστρέψιμη και έτσι μοιραία, ακολούθησε σειρά υποθέσεων, με την κρίση επί των οποίων, το Δικαστήριο, είχε την ευκαιρία, διαδοχικά όχι μόνο να προσθέτει στοιχεία στον θεσμό της «δάνειας εμπειρίας», αλλά και να διαμορφώνει έτι περισσότερο τα αρχικά, ασαφή και δυσδιάκριτα όριά του. Η τρίτη κατά σειρά απόφαση του ΔΕΕ ήρθε στην υπόθεση C-176/98³⁹⁷, κατόπιν διαφοράς που προέκυψε μεταξύ της εταιρείας με την επωνυμία «Holst Italia SpA» (εφεξής «Holst Italia») και του Δήμου *Cagliari*, με αντικείμενο την ανάθεση εκ μέρους του εν λόγω δήμου στην εταιρεία με την επωνυμία «Ruhrwasser Ag International Water Management» (εφεξής «Ruhrwasser»), κατόπιν διαγωνισμού που διεξήχθη μέσω διαδικασίας με διαπραγμάτευση, δημόσιας σύμβασης για την παροχή υπηρεσίας συλλογής και καθαρισμού αστικών λυμάτων και το προδικαστικό ερώτημα αφορούσε την ερμηνεία των σχετικών άρθρων της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ.

Από τα πραγματικά περιστατικά της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, ήταν εμφανές ότι οι οικονομικοί φορείς είχαν ήδη αντιληφθεί τις νέες δυνατότητες που ανοίγονταν ενόψει των πορισμάτων των δύο πρώτων αποφάσεων του ΔΕΕ και

³⁹⁷ Απόφαση ΔΕΕ της 02.12.1999, C-176/98, *Holst Italia SpA*, ECLI:EU:C:1999:593. Βλ. σχετικά Π. Δέγλερης, Δίκαιο Προμηθειών και Υπηρεσιών Δημοσίου, Τόμος II, 2009, σελ. 918, *Daniele Perotti*, *Del possesso anche indiretto dei requisiti per la partecipazione ad un appalto di servizi, Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, σελ. 247-249, *Arnold Gerscha*, *Berufung auf die Leistungsfähigkeit Dritter bei Dienstleistungsaufträgen*, *European Law Reporter*, 2000, σελ. 88-89, *Adrian Brown*, *Case C-176/98: Technical and Financial Standing of Contractors; Bidder's Reliance upon the Resources of its Parent Companies*, *Public Procurement Law Review*, 2000, σελ. CS47-CS49, M.R. Mok., *Ondernemingsrecht*, 2000, σελ. 361 και X: *Giurisprudenza italiana*, 2000, σελ. 1491-1492.

σκόπευαν να κάνουν χρήση αυτών, δοκιμάζοντας ίσως και τα άκρα όρια ανεκτής εφαρμογής του νέου θεσμού. Στον επίμαχο λοιπόν διαγωνισμό, η διακήρυξη απαιτούσε έκαστος συμμετέχων οικονομικός φορέας να αποδείξει ότι διαθέτει, αφενός μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για το χρονικό διάστημα 1993-1995 ίσο ή ανώτερο των πέντε δισεκατομμυρίων ιταλικών λιρών (5.000.000.000,00 ITL) στον τομέα της διαχείρισης σταθμών καθαρισμού των υδάτων και αντλιοστασίων και αφετέρου, πραγματική διαχείριση τουλάχιστον ενός σταθμού καθαρισμού αστικών λυμάτων επί δύο συνεχή έτη κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών ετών. Σε διαφορετική περίπτωση η προσφορά του δεν γινόταν δεκτή.

Η *Ruhrwasser*, η οποία ενεγράφη στο μητρώο επιχειρήσεων του κράτους εγκατάστασής της, μόλις στις 9 Ιουλίου 1996, προφανώς δεν μπορούσε να επικαλεστεί αυτοτελώς ούτε κατ' ελάχιστον κύκλο εργασιών για το χρονικό διάστημα 1993-1995, αλλά ούτε και την πραγματική διαχείριση ενός τουλάχιστον σταθμού καθαρισμού αστικών λυμάτων κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών και συνεπώς αδυνατούσε να τεκμηριώσει αυτόνομα την κάλυψη των τεθέντων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής τόσο από οικονομική άποψη, όσο και από τεχνική. Έτσι, προκειμένου να αποδείξει την ικανότητά της να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού σταδίου του οποίου, της ανατέθηκε η σύμβαση, η *Ruhrwasser* προσκόμισε έγγραφο σχετικά με τα μέσα που διέθετε σε αυτήν άλλη οντότητα, και συγκεκριμένα, το γερμανικό νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου με την επωνυμία *Ruhrverband*, μοναδικός μέτοχος της επιχείρησης με την επωνυμία «RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft», η οποία συνέστησε με άλλες πέντε εταιρείες την κοινή επιχείρηση *Ruhrwasser*, υπό μορφή μετοχικής εταιρείας του γερμανικού δικαίου, τις μετοχές της οποίας κατείχαν, κατά το 1/6 εκάστη, οι έξι μητρικές εταιρείες. Το αντικείμενο δε της τελευταίας ήταν να καταστήσει εφικτή την εκ μέρους των τελευταίων ανάληψη στην αλλοδαπή συμβάσεων με αντικείμενο τη συλλογή και επεξεργασία των υδάτων.

Η *Holst Italia* που επίσης είχε λάβει μέρος στον διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά που κρίθηκε επαχθέστερη, προσέφυγε στο *Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna*, αιτούμενη την ακύρωση της πράξης του Δημοτικού Συμβουλίου του *Cagliari*, με την οποία ανατέθηκε η σύμβαση στη *Ruhrwasser*, προφανώς με το αιτιολογικό ότι η τελευταία δεν είχε προσκομίσει τα απαιτούμενα για τη συμμετοχή στη διαδικασία υποβολής προσφορών έγγραφα. Η *Ruhrwasser*, η οποία άσκησε παρέμβαση ενώπιον του *Tribunale*, αιτήθηκε, με παρεμπίπτον αίτημα, την αναγνώριση της πρόσκλησης για την υποβολή προσφορών ως παράνομης επειδή απαγόρευε σε υποψήφια επιχείρηση να προσκομίσει δικαιολογητικά, αφορώντα άλλη επιχείρηση, προκειμένου να τεκμηριώσει τη νομιμότητα της προσφοράς της, σε ό,τι αφορά την απαιτούμενη συνολική ικανότητά της, βάσει των ποιοτικών κριτηρίων του διαγωνισμού. Το *Tribunale*, κατόπιν αξιολόγησης και των σχέσεων μεταξύ της *Ruhrwasser* και των εταιρειών που τη συνέστησαν, έκρινε ότι πράγματι υφίστατο «στενός δεσμός μεταξύ της *Ruhrverband* και της *Ruhrwasser*, ώστε να παρέχεται η ευχέρεια στην τελευταία να κάνει χρήση των μέσων και της οργανώσεως της πρώτης».

Ωστόσο, υπό τις περιστάσεις αυτές, το εθνικό δικαστήριο έκρινε αναγκαίο να ελέγξει αν η Οδηγία 92/50/ΕΟΚ έπρεπε να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι μπορούσαν

να γίνουν δεκτά ως αποδεικτικά στοιχεία της ικανότητας της υποψήφιας επιχείρησης, δικαιολογητικά που προέρχονταν από οντότητα συνδεδεμένη προς αυτήν και ειδικά ενόψει των όσων είχε κάνει δεκτά το ΔΕΕ, στις υποθέσεις *Ballast Nedam Groep I* και *II*, φρονώντας ότι διαφοροποιούνταν ουσιωδώς κατά τα εξής³⁹⁸. Από τη μία πλευρά, το ιταλικό δικαστήριο διαπίστωσε ότι αμφότερες οι υποθέσεις που έδωσαν αφορμή για την έκδοση των εξεταζόμενων αποφάσεων, αφορούσαν συμβάσεις δημοσίων έργων, υπαγόμενες στο σύνολό τους σε διαφορετικό ρυθμιστικό πλαίσιο και όχι παροχής υπηρεσιών, όπως η προκείμενη, ενώ παράλληλα, η εμπλεκόμενη σε εκείνες τις υποθέσεις, εταιρεία (*holding*) κατείχε δεσπόζουσα θέση στον όμιλο των εταιρειών, των οποίων τις ικανότητες επικαλούνταν, κάνοντας χρήση ακριβώς της ιδιότητάς της ως εταιρείας χαρτοφυλακίου σε σχέση προς τις θυγατρικές της. Αντιθέτως, το νομικό καθεστώς της *Ruhrwasser* εμφάνιζε εντελώς διάφορη δομή ως προς τον τρόπο που συμμετείχαν άλλες οντότητες στο κεφάλαιό της και πάντως, σε καμία περίπτωση η εταιρεία αυτή δεν είχε χαρακτήρα μητρικής ή *holding* προς αυτές³⁹⁹.

Το ΔΕΕ, αφού εκτίμησε την υποστήριξη της αναγνώρισης ίδιας δυνατότητας και υπό το φως της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, όπως εκφράστηκε από τη *Ruhrwasser*, την ολλανδική και την αυστριακή κυβέρνηση, τις θέσεις της Επιτροπής, αλλά και τις επιφυλάξεις της ιταλικής κυβέρνησης και φυσικά τους ισχυρισμούς της *Holst Italia*⁴⁰⁰,

³⁹⁸ Σκέψη 15 της απόφασης.

³⁹⁹ Για αυτό τον λόγο και το προδικαστικό ερώτημα είχε το ακόλουθο ακριβές περιεχόμενο: «*Ερωτάται αν η οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, παρέχει το δικαίωμα σε μια εταιρία να αποδεικνύει ότι διαθέτει τις τεχνικές και χρηματοδοτικές προϋποθέσεις που απαιτούνται για να συμμετάσχει σε διαγωνισμό με αντικείμενο τη σύναψη συμβάσεως περί αναθέσεως δημόσιας υπηρεσίας, επικαλούμενη τα στοιχεία άλλου προσώπου, το οποίο είναι απλώς εταίρος μιας εκ των εταιριών στην οποία συμμετέχει και η πρώτη;*» (σκέψη 16 της απόφασης).

⁴⁰⁰ Κατά τη *Holst Italia*, η δυνατότητα επίκλησης των δικαιολογητικών μιας οντότητας διαφορετικής από την υποψήφια επιχείρηση υφίσταται, στο πλαίσιο της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, αποκλειστικά και μόνο σε περίπτωση όπου η οικεία επιχείρηση μπορεί να αποδείξει την ύπαρξη σαφούς οργανικού δεσμού που τη συνδέει με την τρίτη οντότητα που θέτει στη διάθεση αυτής, τις αναγκαίες για την εκτέλεση της σύμβασης ικανότητες. Και περαιτέρω, η *Holst Italia* επιδίωξε να στοιχειοθετήσει την επιχειρηματολογία της στον εξής συλλογισμό. Ο οργανικός αυτός δεσμός, ο οποίος συνιστά, σύμφωνα με την προσφεύγουσα της κύριας δίκης, θεμελιώδη εγγύηση για την αναθέτουσα αρχή, προϋποθέτει, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, ότι η υποβάλλουσα την προσφορά εταιρεία, ασκεί εξουσία επί της οντότητας, η οποία της χρησιμεύει ως δικαιολογητική βάση θεμελίωσης του άρρηκτου συνδέσμου μεταξύ τους και ενόψει αυτού, διαθέτει πλήρως και ουσιαστικώς το σύνολο των μέσων της. Αυτό δεν συντρέχει οσάκις ο υποβάλλων προσφορά περιορίζεται στην επίκληση δεσμεύσεων εμπορικής και μόνο φύσης που έχει αναλάβει απέναντί του, οντότητα που απλώς κατέχει εμμέσως τη μειοψηφία του κεφαλαίου του. Τυχόν αποδοχή σε παρόμοια περίπτωση του συνυπολογισμού των ικανοτήτων ενός τρίτου προσώπου οδηγεί στην απώλεια κάθε προσωπικού χαρακτήρα των προβαλλομένων ιδιοτήτων (σκέψεις 17 και 18 της απόφασης). Αντιθέτως, κατά τη *Ruhrwasser*, την ολλανδική και την αυστριακή κυβέρνηση, η νομική φύση του οργανικού δεσμού που υφίσταται μεταξύ των εμπορικώς συνδεδεμένων επιχειρήσεων, είναι αδιάφορη για την επίκληση ικανοτήτων μεταξύ τους, ενώ το μόνο λυσιτελές στοιχείο που θα πρέπει να εξετάζεται, άπτεται του πραγματικού γεγονότος της διαθεσιμότητας των δανειζόμενων μέσων. Συναφώς, σε κάθε περίπτωση ύπαρξης οργανικών δεσμών, ιδίως μέσω της κατοχής κεφαλαίου, βάσει της οποίας προστίθενται δεσμεύσεις για την υποχρεωτική διάθεσή τους στη συμμετέχουσα εταιρεία, όπως εν προκειμένω, τεκμαίρεται και η κατοχή των επίμαχων μέσων για την εκτέλεση της σύμβασης (σκέψεις 20 και 21 της απόφασης). Παράλληλα, η Επιτροπή, αφού επεσήμανε ότι εμμένει στην άποψη ότι η δυνατότητα του υποβάλλοντος προσφορά να διαθέτει πράγματι τα αναγκαία μέσα για την εκτέλεση της σύμβασης δεν μπορεί να τεκμαίρεται, ανεξαρτήτως των εννόμων σχέσεων που διατηρεί με τα μέλη του ομίλου, στον οποίο ανήκει και πρέπει να αποτελεί αντικείμενο

κατέληξε μέσα από ευθείες αναφορές σε σκέψεις της απόφασης Ballast Nedam Groep I και σε διατάξεις της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, να δεχτεί ότι το (τότε) ισχύον κανονιστικό πλαίσιο επέτρεπε σε παρέχοντα υπηρεσίες, ο οποίος καλείται να αποδείξει ότι πληροί τις οικονομικές, χρηματοδοτικές και τεχνικές προϋποθέσεις συμμετοχής του σε διαδικασία πρόσκλησης για την υποβολή προσφορών, με σκοπό τη σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, να κάνει χρήση των ικανοτήτων άλλων οντοτήτων, ανεξάρτητα από τη νομική φύση των δεσμών που διατηρεί με αυτές⁴⁰¹. Πάντοτε βέβαια, υπό την προϋπόθεση ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας είναι σε θέση να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οντοτήτων που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της διεκδικούμενης σύμβασης και τέλος, ότι ο έλεγχος αυτός των προσαγόμενων αποδεικτικών στοιχείων και η εκτίμηση του αν έχουν πράγματι προσκομιστεί, εναπόκειται στον εθνικό δικαστή, όπως ενεργεί στο πλαίσιο της κύριας δίκης⁴⁰².

Η συνεισφορά της πραγματευόμενης απόφασης του ΔΕΕ επί της ανωτέρω υπόθεσης στην εγκαθίδρυση του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, έγκειτο στο εξής⁴⁰³. Η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, επεκτεινόταν πλέον ρητά εκτός από τις δημόσιες συμβάσεις έργων και στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, ενώ ταυτόχρονα, διευρυνόταν η τεκμαιρόμενη διάθεση ικανοτήτων τρίτων, όχι μόνο από θυγατρικές προς μητρική εταιρεία, στο πλαίσιο συνύπαρξής τους εντός ενός και του αυτού επιχειρηματικού ομίλου, αλλά επί τη βάση οποιαδήποτε εμπορικής σχέσης μεταξύ διακριτών οντοτήτων και δη ανεξαρτήτως του οργανικού δεσμού που τις συνέδεε. Υπό τον αυτονόητο βέβαια περιορισμό⁴⁰⁴ ότι ο προσφέρων θα ήταν κατά πάντα χρόνο σε θέση να αποδείξει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, την πραγματική διάθεση προς αυτόν, των επικαλούμενων εκ μέρους του μέσων. Έτσι, η επίκληση της εμπειρίας, της ικανότητας ή της επάρκειας τρίτου, αποκτούσε άλλο, σαφώς ευρύτερο νόημα, δεδομένου ότι μπορούσε να γίνει χρήση της προς οποιαδήποτε κατεύθυνση, είτε από μητρική προς θυγατρική ή και το αντίστροφο, ενώ αρκούσε έστω και μία μικρή συμμετοχή μιας επιχείρησης στο εταιρικό (ή μετοχικό) κεφάλαιο άλλης οντότητας, ώστε να ανοίξει δίοδος για «μετάγγιση» μεταξύ τους μέσω απόδειξης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σε μία δημόσια διαγωνιστική διαδικασία.

συγκεκριμένου ελέγχου εκ μέρους του εθνικού δικαστή των αποδεικτικών στοιχείων που οφείλει να προσκομίσει ο ενδιαφερόμενος, εξέφρασε την άποψη ότι ο έλεγχος αυτός δεν φαίνεται να έλαβε χώρα, στα πλαίσια της κύριας δίκης, βάσει επαρκούς τεκμηρίωσης. Ωστόσο, δέχτηκε γενικά την αναλογική εφαρμογή των νομολογιακών πορισμάτων των Ballast Nedam Groep I & II και σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ (σκέψη 22).

⁴⁰¹ Βλ. και *A. Ταμαΐδη*, ό.π., σελ. 595 και *Π. Βερβενιώτη*, Η δυνατότητα επίκλησης των τεχνικών και χρηματοοικονομικών ικανοτήτων τρίτων, Οι δημόσιες συμβάσεις στο κοινοτικό δίκαιο - πρόσφατες εξελίξεις, Ημερίδα Ε.ΜΕ.ΔΙ.ΤΕ.ΚΑ. – ΜΟ.ΠΑ.ΔΙ.Σ. – Κ.Δ.Ε.Ο.Δ., 1 Νοεμβρίου 2007, 2008, σελ. 29-30.

⁴⁰² Βλ. και *Π. Βερβενιώτη*, ό.π. σελ. 33-34 με περαιτέρω παραπομπές σε αποφάσεις γερμανικών δικαστηρίων.

⁴⁰³ *Albert Sanchez Graells*, Public Procurement and the EU Competition Rules, 2nd Edition, Oxford: Hart Publishing, 2015, σελ. 315 και ιδίως 317 και *Christopher Bovis*, Introduction, σελ. 7, *του ιδίου*, Public contracts in public procurement regulation, σελ. 102, *του ιδίου*, Judicial activism and public procurement, σελ. 329 και επ., όλα in Research Handbook on EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2016.

⁴⁰⁴ Το κεκτημένο αυτό, είχε ήδη υποστηρίξει η Επιτροπή και είχε γίνει δεκτό από το ΔΕΕ και στην πρώτη απόφαση Ballast Nedam Groep I.

4. Η εδραίωση της διαμορφωθείσας νομολογίας του ΔΕΕ.

Τα επόμενα χρόνια, το Δικαστήριο είχε την ευκαιρία σε αρκετές περιπτώσεις υποθέσεων, που στην πλειοψηφία τους δεν σχετίζονταν άμεσα με τον θεσμό της «δάνειας εμπειρίας», να επαναλάβει και να επιβεβαιώσει τα κριθέντα με τις ήδη αναλυθείσες αποφάσεις του και δη την τελευταία στην υπόθεση C-176/98, διαμορφώνοντας έτσι μία σαφή κατεύθυνση ως προς τον τρόπο που προτίθετο να αντιμετωπίσει τις σχετικές διαφορές στο μέλλον⁴⁰⁵. Στην ίδια λογική εξακολούθησε το ΔΕΕ να αντιμετωπίζει ανάλογες περιπτώσεις και μετά την έναρξη ισχύος της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και δη των άρθρων 47 παρ. 2⁴⁰⁶ και 3 και 48 παρ. 3 και 4, ερμηνεύοντας πλέον αυθεντικά, θεσπισμένες διατάξεις για τη δάνεια εμπειρία, υπό το πρίσμα της σαφώς πιο ευρείας και «χαλαρής» διατύπωσης των εν λόγω ρυθμίσεων⁴⁰⁷, εν σχέσει με τη μετέπειτα αποτύπωση των αντίστοιχων διατάξεων στο κείμενο των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ.

i. *Οι αποφάσεις του ΔΕΕ στα χρόνια ισχύος της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.*

- a. Ο έλεγχος της πλήρωσης του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας και η αυτοτέλεια της δάνειας εμπειρίας ως μέσο κάλυψης του εν λόγω κριτηρίου.

Μία πολύ ενδιαφέρουσα περίπτωση, κατά την οποία το ΔΕΕ έκρινε επ' ευκαιρία αντιμετώπισης ενός ευρύτερου ζητήματος που σχετιζόταν με την πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ένα προδικαστικό ερώτημα, το οποίο αφορούσε την εφαρμογή της δάνειας εμπειρίας, ήταν η υπόθεση C-218/11⁴⁰⁸. Ως προς τα πραγματικά περιστατικά της εξεταζόμενης υπόθεσης, η

⁴⁰⁵ Ενδεικτικά, Απόφαση ΔΕΕ της 12.07.2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, ECLI:EU:C:2001:401 (σκέψη 90), όπου επισημάνθηκε ότι δεν απαιτείται να είναι σε θέση ο συνάπτων σύμβαση με αναθέτουσα αρχή να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, προκειμένου να μπορεί να χαρακτηριστεί ως εργολήπτης, αλλά ότι αρκεί να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις για το ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της οικείας παροχής από τρίτους και σκέψη 92, ενώ από τη θεωρία βλ. *E. Τροβά-Π. Σκουρή*, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2009, σελ. 320, Απόφαση ΔΕΕ της 18.03.2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner*, ECLI:EU:C:2004:159 (σκέψεις 38 και 40-44), Απόφαση ΔΕΕ της 18.11.2004, C-126/03, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, ECLI:EU:C:2004:728 (σκέψη 22) και Απόφαση ΔΕΕ της 18.07.2007, C-399/05, *Επιτροπή κατά Ελλάδας*, ECLI:EU:C:2007:446 (σκέψη 22).

⁴⁰⁶ Σχετικά με την υποχρεωτικότητα εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 47 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και στις δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες του Παραρτήματος II Β της οδηγίας αυτής, ερώτημα στο οποίο δόθηκε αρνητική απάντηση από το ΔΕΕ, με παράλληλη επισήμανση ότι η ρύθμιση αυτή, δεν εμποδίζει εντούτοις τα κράτη μέλη και ενδεχομένως, τις αναθέτουσες αρχές να προβλέπουν, στη νομοθεσία και στα έγγραφα της σύμβασης αντίστοιχα, την εφαρμογή της διάταξης αυτής, βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 17.03.2011, C-95/10, *Strong Segurança SA κατά Município de Sintra*, ECLI:EU:C:2011:161.

⁴⁰⁷ Απόφαση ΔΕΕ της 23.12.2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)*, ECLI:EU:C:2009:807 (σκέψη 41), με το Δικαστήριο να αποφαινεται εν προκειμένω ότι το δίκαιο της Ένωσης δεν υποχρεώνει όποιον επιθυμεί να συμβληθεί με αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με ίδια μέσα, προκειμένου να χαρακτηριστεί ως οικονομικός φορέας δυνάμενος να υποβάλλει προσφορά.

⁴⁰⁸ Απόφαση ΔΕΕ της 18.10.2012, C-218/11, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukvíz)*, *Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, vov Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe*, ECLI:EU:C:2012:643. Βλ. σχετικά *Marie Meister*, *Capacité économique et financière*, Europe 2012, Décembre Comm. n° 12, σελ. 25, *Bernt Elsner*, *Bilanzkennzahl als*

Edukönvizig ως αναθέτουσα αρχή σε κλειστό διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο έργα συγκοινωνιακών υποδομών, απαίτησε για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων, την υποβολή συγκεκριμένου τύπου εγγράφου, το οποίο έπρεπε να έχει συνταχθεί, κατά τους λογιστικούς κανόνες και καθόρισε ως ελάχιστο επίπεδο πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, να μην έχει υπάρξει περισσότερες από μία φορά, αρνητικό το αποτέλεσμα του ισολογισμού του υποψηφίου οικονομικού φορέα, κατά τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις.

Ο υποψήφιος οικονομικός φορέας με την επωνυμία «Hochtief Solutions AG», ως μέλος ενός ομίλου με μητρική εταιρεία την «Hochtief AG», συσταθείσα κατά το γερμανικό δίκαιο, αμφισβήτησε το κύρος του ανωτέρω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, υποστηρίζοντας ότι η επίμαχη απαίτηση της διακήρυξης, εισήγαγε δυσμενή διάκριση και ήταν αντίθετη με ορισμένες διατάξεις του συγγραφικού νόμου περί μεταφοράς της Οδηγίας 2004/18/EK⁴⁰⁹. Το αιτούν δικαστήριο διευκρινίζοντας κάποιες πτυχές της υπόθεσης, εξέθεσε συναφώς ότι κατ' εφαρμογή των κανόνων περί ετησίων λογαριασμών που διέπουν τη λειτουργία των εταιρειών του γερμανικού δικαίου ή, τουλάχιστον, τους ομίλους εταιρειών του γερμανικού δικαίου, πράγματι είναι θεμιτό μία εταιρεία να μπορεί να παρουσιάζει θετικό αποτέλεσμα κατόπιν της επιβολής φόρου και αρνητικό αποτέλεσμα σύμφωνα με τον ισολογισμό, λόγω διανομής μερισμάτων ή μεταβίβασης κερδών, που υπερβαίνει τα κέρδη κατόπιν φόρου. Αντιθέτως, η συγγραφική νομοθεσία απαγορεύει τη διανομή μερισμάτων που έχει ως συνέπεια να καθίσταται αρνητικό το αποτέλεσμα του ισολογισμού μιας εταιρείας.

Όπως ήταν αναμενόμενο, η *Hochtief* Ουγγαρίας αμφισβήτησε το κύρος του επίμαχου όρου που αφορούσε την τεκμηρίωση της οικονομικής επάρκειας εκάστου υποψηφίου ενώπιον του *Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, προσβάλλοντας την απόφαση του τελευταίου αυτού οργάνου ενώπιον του αρμόδιου πρωτοβάθμιου δικαιοδοτικού οργάνου και, στη συνέχεια, ενώπιον του αιτούντος

Mindestanforderung zulässig, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2013, σελ. 37-38, *Markus Hamann, Martin Bünning*, Vergaberecht: Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit durch Bezugnahme auf Bilanzposten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2012, σελ. 957-958, *Adrian Brown*, The Court of Justice Rules That, Subject to Certain Conditions, a Contracting Authority May Require a Minimum Level of Economic Standing to be Demonstrated by Reference to Particular Aspects of the Bidding Company's Balance Sheet: Case C-218/11 *Edukönvizig and Hochtief Construction AG*, Public Procurement Law Review, 2013, σελ. NA27-NA31, *Péter Mezei*, A digitális jogkimerülés határai az Európai Unióban és az Egyesült Államokban - I. rész, Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle, 2015 5.szám, σελ. 79-123, *Ann Lawrence Durviaux*, Les seuils minima relatifs à la capacité économique, Revue trimestrielle de droit européen, 2013, σελ. 355.

⁴⁰⁹ Προκειμένου να καταστεί αντιληπτό το κρινόμενο ζήτημα που έδωσε αφορμή για τη διατύπωση του προδικαστικού ερωτήματος, πρέπει να διευκρινιστεί ότι η υποψήφια του διαγωνισμού «Hochtief Solutions AG» είναι θυγατρική και ανήκει κατά ποσοστό 100% στη μητρική εταιρεία του ομίλου «Hochtief AG», ενώ αμφότερες είναι εταιρείες του γερμανικού δικαίου. Η συγγραφική *Hochtief* είναι το υποκατάστημα της θυγατρικής στην Ουγγαρία και όπως προκύπτει από τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της στην υποβληθείσα αίτηση προδικαστικής απόφασης, όσον αφορά την απαιτούμενη οικονομική επάρκεια, είχε τουλάχιστον τη δυνατότητα να στηριχθεί αποκλειστικά στην χρηματοπιστωτική κατάσταση της «Hochtief Solutions AG». Βάσει μεταξύ τους συμφωνίας για τη μεταβίβαση κερδών, τα κέρδη της «Hochtief Solutions AG» έπρεπε να μεταβιβάζονται κάθε έτος στη μητρική εταιρεία, με συνέπεια τα αποτελέσματα χρήσης στον ετήσιο ισολογισμό της «Hochtief Solutions AG» να εμφανίζονται, συστηματικώς, μηδενικά ή αρνητικά.

εθνικού ουγγρικού δικαστηρίου, επικαλούμενη ότι η αμφισβητούμενη οικονομική απαίτηση δεν καθιστά δυνατή τη συγκριτική αξιολόγηση των υποψηφίων κατά τρόπο αντικειμενικό και μη συνεπαγόμενο δυσμενή διάκριση, στον βαθμό που οι κανόνες περί ετησίων λογαριασμών των εταιρειών, όπως ρυθμίζουν βάσει εθνικού δικαίου την καταβολή μερισμάτων στο πλαίσιο ομίλων επιχειρήσεων, ενδέχεται να ποικίλλουν μεταξύ των κρατών μελών, όπως εν προκειμένω πράγματι διαπιστώνεται ότι συμβαίνει στην περίπτωση της Ουγγαρίας και της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας. Ο πυρήνας του προβαλλόμενου ισχυρισμού της ουγγρικής *Hochtief* ήταν ότι η προβληματική κατά την ίδια, οικονομική απαίτηση καταλήγει να εισάγει ευθέως δυσμενή διάκριση σε βάρος συγκεκριμένων υποψηφίων, δεδομένου ότι επιφυλάσσει δυσμενέστερη μεταχείριση σε όσους από αυτούς δεν μπορούν να ανταποκριθούν σε αυτήν ή σε εκείνους που μπορούν μεν να ανταποκριθούν, αλλά με δυσκολία, λόγω του ότι, οι κανόνες κατάρτισης των ετήσιων οικονομικών καταστάσεών τους διέπονται από τη νομοθεσία του κράτους μέλους εγκατάστασής τους, με συνέπεια να υπάγονται σε νομοθεσία διαφορετική από εκείνη του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής⁴¹⁰.

Κληθέν να απαντήσει στο πρώτο και δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, τα οποία εξετάστηκαν από κοινού, το ΔΕΕ απεφάνθη ότι, ερμηνεύοντας τις διατάξεις των άρθρων 44 παρ. 2 και 47 παρ. 1 στοιχείο β) της Οδηγίας 2004/18/EK, είναι πράγματι επιτρεπτό στην αναθέτουσα αρχή να απαιτεί ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο, δεν μπορεί να καθορίζεται με κριτήριο τον ισολογισμό εν γένει και άρα μπορεί να προσδιορίζεται με γνώμονα ορισμένο ή ορισμένα στοιχεία του ισολογισμού, εφόσον από το ή τα στοιχεία του ισολογισμού που επελέγησαν, πράγματι μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η ζητούμενη ευρωστία του οικονομικού φορέα και εφόσον το επίπεδο αυτό είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης και συνδέεται με το αντικείμενό της⁴¹¹. Υπό την ανωτέρω έννοια,

⁴¹⁰ Το *Fővárosi Ítéletábla* ως αιτούν δικαστήριο, αφού προέβη σε κάποιες προκαταρκτικές διαπιστώσεις, ανέστειλε τη διαδικασία και υπέβαλε στο ΔΕΕ τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα: «1) Μπορεί να ερμηνευθεί η αναγκαία σύνδεση των ελάχιστων επιπέδων ικανοτήτων που επιβάλλει το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 [...] με το άρθρο 47, παράγραφος 1, στοιχείο β', της ίδιας οδηγίας, υπό την έννοια ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν δικαίωμα να συνδέουν τα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων με έναν και μόνο "δείκτη" του λογιστικού εγγράφου (ισολογισμού) που εκείνες επιλέγουν, προκειμένου να ελέγχουν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, πληροί την προϋπόθεση της συνδέσεως, που απαιτεί το ως άνω άρθρο 44, παράγραφος 2, της [εν λόγω] οδηγίας, ένα στοιχείο (το αποτέλεσμα της χρήσεως), το οποίο έχει επιλεγεί ως μέσο για την εκτίμηση του ελάχιστου επιπέδου ικανοτήτων και του οποίου το περιεχόμενο ποικίλλει ανάλογα με τους κανόνες λογιστικής κάθε κράτους μέλους;

3) Αρκεί για τη διόρθωση των διαφορών, οι οποίες αναμφίβολα υφίστανται μεταξύ των κρατών μελών, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή, πέραν των εγγράφων που έχει επιλέξει ως μέσα αποδείξεως της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, διασφαλίζει τη δυνατότητα προσφυγής σε εξωτερικά μέσα (άρθρο 47, παράγραφος [2, της οδηγίας 2004/18]) ή, προκειμένου να πληρωθεί η προϋπόθεση της συνδέσεως σε σχέση με όλα τα έγγραφα που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, πρέπει αυτή να διασφαλίζει ότι η εν λόγω ικανότητα μπορεί να αποδειχθεί και με άλλον τρόπο (άρθρο 47, παράγραφος 5[της εν λόγω οδηγίας]);».

⁴¹¹ Σκέψεις 27-28 της απόφασης. Η ίδια λογική διατηρήθηκε ακέραιη και στις διατάξεις των πρόσφατων Οδηγιών, όπως ενσωματώθηκαν στο εθνικό δίκαιο με τον Ν 4412/2016 και ειδικά το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', μέρος Ι. Ειδικά για τα μέσα τεκμηρίωσης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και την ευχέρεια επιλογής που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 29.07.2019, C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarország Fióktelepe*,

κάθε ειδικό στοιχείο που επιλέγεται θα πρέπει να αποτελεί αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό και άρα να τηρεί την αρχή της αναλογικότητας⁴¹². Ένα τελευταίο, κομβικό συμπέρασμα ως προς τα δύο πρώτα προδικαστικά ερωτήματα, στο οποίο κατέληξε το ΔΕΕ ήταν ότι ο καθορισμός απαίτησης περί ορισμένου ελάχιστου επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του οικονομικού φορέα, δεν μπορεί κατ' αρχήν να αποκλείεται μόνο εξαιτίας του ότι το επίπεδο αυτό αφορά συγκεκριμένο στοιχείο του ισολογισμού, σε σχέση με το οποίο ενδέχεται να υφίστανται διαφορές μεταξύ των νομοθεσιών των κρατών μελών.

Με την κρίση του στο τρίτο και τελευταίο προδικαστικό ερώτημα το Δικαστήριο έδωσε μία ακόμα πρόσθετη διάσταση στην έννοια του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», όπως είχε ήδη κάνει με την απόφασή του στην πρόμη υπόθεση C-5/97⁴¹³. Αφού πρώτα έκρινε σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο την απαίτηση τεκμηρίωσης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ενός οικονομικού φορέα, συνδεδεμένη με συγκεκριμένο επιμέρους στοιχείο ή στοιχεία του ισολογισμού του, σύμφωνα με την απάντηση που δόθηκε στο πρώτο και δεύτερο προδικαστικό ερώτημα της υπόθεσης, κατέληξε ότι ενόψει αυτού του γεγονότος, είναι όντως θεμιτό να διαπιστωθεί αδυναμία μίας θυγατρικής εταιρείας να ανταποκριθεί σε ορισμένο ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο έχει καθοριστεί με γνώμονα συγκεκριμένο στοιχείο του ισολογισμού αυτής, η οποία οφείλεται και συνιστά απόρροια όχι της διαφοράς μεταξύ των νομοθεσιών των κρατών μελών, αλλά της επιχειρηματικής απόφασης της μητρικής εταιρείας να υποχρεώνει την εν λόγω θυγατρική εταιρεία να της μεταβιβάζει συστηματικώς το σύνολο των ετήσιων κερδών της.

Μέσα από αυτό το πρίσμα – και εδώ έγκειται η ουσία της κρίσης του Δικαστηρίου ως προς το τρίτο ερώτημα – εκτός του ενδεχόμενου η μητρική εταιρεία να άρει με απόφασή της την αδυναμία, στην οποία περιήγαγε τη θυγατρική της όσον

ECLI:EU:C:2019:630 (σκέψη 13) και Απόφαση ΔΕΕ της 13.07.2017, C-76/16, *Ingsteel spol. s r.o., Metrostav a.s. κατά Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2017:549 (σκέψεις 32-34). Αντίθετα, το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, μέρος II καθιερώνει ένα «κλειστό σύστημα» των μέσων αξιολόγησης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του οικονομικού φορέα. Βλ. σχετικά για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας, Απόφαση ΔΕΕ της 10.02.1982, C-76/81, *Transporoute κατά Ministère des travaux publics*, ECLI:EU:C:1982:49 (σκέψεις 8 έως 10 και 15) και Απόφαση ΔΕΕ της 10.05.2012, C-368/10, *Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών*, ECLI:EU:C:2012:284 (σκέψεις 105-108). Αναλυτικά για όλα αυτά, βλ. *Μ. Σειραδάκη*, Λόγοι αποκλεισμού και κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, Η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και η κάλυψή τους μέσω της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, ΘΠΔΔ, Τεύχος 12/2022, σελ. 23-28.

⁴¹² Βλ. και το Έγγραφο εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής με τίτλο «*Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*», 25.06.2008, SEC(2008) 2193, σελ. 16-17, παρ. 4.1, σχετικά με την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας ως προς τον καθορισμό ανάλογων επιπέδων προσόντων και χρηματοοικονομικών απαιτήσεων των οικονομικών φορέων. Έτσι και *Sue Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU & UK*, Volume 2, 3rd Edition, Sweet & Maxwell, 2011, παρ. 12-48 και 12-49, σελ. 1220-1221. Γενικά για την αρχή της αναλογικότητας στο δίκαιο της Ε.Ε., πρβλ. *Ε. Τροβά-Π. Σκουρή*, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2009, σελ. 232.

⁴¹³ Βλ. αναλυτικά ανωτέρω υπό 3.ii του παρόντος κεφαλαίου.

αφορά την τήρηση ορισμένου ελάχιστου επιπέδου ικανότητας για τη συμμετοχή της τελευταίας σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, από εκεί και πέρα, ιδιαιτέρως δε εντός ενός τέτοιου πλαισίου, ουσιαστικά υπέδειξε ως μοναδική ενδεδειγμένη λύση, την οποία έχει στη διάθεσή της η θυγατρική εταιρεία, όπως στην προκειμένη περίπτωση, την κατά το άρθρο 47 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/EK, δυνατότητα να βασιστεί στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια άλλου φορέα και να προσκομίσει τη δέσμευση του τελευταίου ότι θα θέσει στη διάθεση της θυγατρικής τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της διεκδικούμενης σύμβασης. Με την κρίση του αυτή το ΔΕΕ επιβεβαίωσε εκ νέου, την ήδη εκπεφρασθείσα πρόθεσή του, να αναγνωριστεί η δυνατότητα χρήσης των ικανοτήτων τρίτων φορέων ως ένα αυτοτελές και ισότιμο μέσο, απολύτως εξισωμένο με την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής αυτοτελώς, από τον κάθε συμμετέχοντα ή υποψήφιο οικονομικό φορέα⁴¹⁴.

- b. Η αναγνώριση της δυνατότητας σωρευτικής επίκλησης των δυνάμεων περισσοτέρων τρίτων και η εισαγωγή των πρώτων περιορισμών ως προς την τεκμηρίωση της απαιτούμενης ποιοτικής στάθμης σε δημόσιο διαγωνισμό μέσω αλλότριων πόρων.

Ιδιαίτερη δε μνεία, πρέπει να γίνει στην υπόθεση C-94/12⁴¹⁵, με την απόφαση επί της οποίας, το ΔΕΕ, διαλαμβάνοντας για πρώτη φορά μετά τη θέσπιση της δέσμης οδηγιών του 2004, εκτενή κρίση επί υπόθεσης σχετιζόμενης άμεσα με τη διαμόρφωση του θεσμού της στήριξης σε ικανότητες τρίτων φορέων, πρόσθεσε μία ακόμα σημαντική παράμετρο στην αξιολόγηση των επικαλούμενων μέσων εκ μέρους οικονομικών φορέων, για την απόδειξη της πλήρωσης των απαιτούμενων ποιοτικών κριτηρίων ενός διαγωνισμού. Σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, η *Provincia di Fermo* προκήρυξε διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου, με ειδικότερο αντικείμενο την εκτέλεση εργασιών αποκατάστασης και επέκτασης μιας οδού. Στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, ζητήθηκε από τους προσφέροντες να αποδείξουν τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές τους μέσω της υποβολής πιστοποίησης SOA, η οποία αντιστοιχούσε στη φύση και την αξία των εργασιών που συνθέτουν το αντικείμενο της

⁴¹⁴ *Albert Sanchez Graells*, ό.π., σελ. 315 και *του ιδίου*, Why Do You Need to Have Sustained Profits to Perform a Public Contract? A Critical View on C-218/11, 22 October 2012, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2012/10/why-do-you-need-to-have-sustained.html> και *N.-Σ. Μπασδέλη*, ό.π., σελ. 28-29.

⁴¹⁵ Απόφαση ΔΕΕ της 10.10.2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI*, ECLI:EU:C:2013:646. Βλ. σχετικά *Antonino Masaracchia*, Appalti: sì a cumulo delle capacità di più imprese per soddisfare i requisiti imposti dall'aggiudicatrice. La "somma" è conforme all'obiettivo di aprire le gare alla maggiore concorrenza, Guida al Diritto, 2013, n° 43, σελ. 94-97, *Michel Aubert, Emmanuelle Broussy, Hervé Cassagnabère*, Chronique de jurisprudence de la CJUE. A titre de justification de ses capacités économiques et financières ou techniques et professionnelles, un opérateur peut faire valoir les capacités d'autres entités auxquelles il est lié (1ère affaire). Un pouvoir adjudicateur peut, sous certaines conditions, demander à un candidat de compléter son dossier de candidature après l'expiration du délai imparti pour déposer celle-ci (2ème affaire), L'actualité juridique, droit administrative, 2013, σελ. 2313-2314, M.R. Mok, Nederlandse jurisprudentie, Uitspraken in burgerlijke en strafzaken, 2014, n° 34, *Susie Smith*, Swm Costruzioni 2 SpA, Manocchi Luigino DI v Provincia di Fermo (C-94/12), Public Procurement Law Review, 2014, σελ. NA31-NA34, *Aude Bouveresse*, Procédures de passation, Europe 2013, Décembre Comm. n° 12, σελ. 37.

προς ανάθεση σύμβασης. Η κοινοπραξία «*Raggruppamento Temporaneo di Imprese*», εφεξής «RTI», αποτελούμενη από τις επιμέρους οντότητες «*Swm*» και «*Mannonchi Luigino DI*», έλαβε μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, διά της *Swm*. Προκειμένου δε να τεκμηριώσει την πλήρωση του όρου περί της απαιτούμενης πιστοποίησης *SOA*, η *Swm* επικαλέστηκε τις πιστοποιήσεις *SOA* δύο τρίτων επιχειρήσεων.

Με απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η *RTI* αποκλείστηκε από τη συνέχεια της διαδικασίας, λόγω της γενικής απαγόρευσης του ιταλικού δικαίου, περί δυνατότητας επίκλησης των δυνατοτήτων περισσοτέρων επιχειρήσεων για την ίδια κατηγορία επαγγελματικών προσόντων. Προφανώς, η *RTI* άσκησε την προβλεπόμενη προσφυγή κατά αυτής της απόφασης ενώπιον του *Tribunale amministrativo regionale per le Marche* (περιφερειακό διοικητικό δικαστήριο *Marches*), το οποίο αρχικά αναφέρθηκε σε ορισμένες αποφάσεις, εκδοθείσες επί του θέματος από το ιταλικό *Consiglio di Stato* (Συμβούλιο της Επικρατείας), όπως το τελευταίο είχε κρίνει σχετικά, αφενός ότι η εν λόγω εθνική απαγόρευση δεν ισχύει ως προς τις επιχειρήσεις που αποτελούν μέλη *RTI*, οσάκις η εν λόγω κοινοπραξία είναι η ίδια υποψήφια ή προσφέρουσα⁴¹⁶ και αφετέρου ότι, ο προσφέρων δεν μπορεί να σωρεύει τη δική του πιστοποίηση *SOA* και την πιστοποίηση τρίτου φορέα προκειμένου να ανταποκρίνεται στην απαιτούμενη κλάση για δεδομένη σύμβαση⁴¹⁷. Εν τέλει ωστόσο, το *Tribunale amministrativo regionale per le Marche* αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλλει σχετικό προδικαστικό ερώτημα στο Δικαστήριο⁴¹⁸. Μάλιστα, το ΔΕΕ, αναδιατυπώνοντας το ερώτημα που του απευθύνθηκε, θεώρησε ότι το αιτούν εθνικό δικαστήριο «...ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινιστεί αν τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 έχουν την έννοια ότι αντιτίθενται σε εθνική διάταξη όπως η επίμαχη της κύριας δίκης, η οποία απαγορεύει, κατά γενικό κανόνα, στους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν σε διαδικασία αναθέσεως του αντικειμένου δημόσιας συμβάσεως έργων την επίκληση, για την ίδια κατηγορία επαγγελματικών προσόντων, των δυνατοτήτων περισσοτέρων επιχειρήσεων.»⁴¹⁹.

Ενόψει αυτών και αφού το Δικαστήριο στη σκέψη 32, έκανε ευθεία και ρητή παραπομπή στα νομολογιακά πορίσματά του, όπως είχαν διατυπωθεί σε προηγούμενες αποφάσεις του, επισημαίνοντας εκ νέου την ευχέρεια οικονομικού φορέα να διαθέσει, προς εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, μέσα που ανήκουν σε έναν ή περισσότερους

⁴¹⁶ Με την κρίση αυτή του ιταλικού Συμβουλίου της Επικρατείας να στηρίζεται στη *ratio legis* της ευχέρειας προσφυγής στις δυνατότητες τρίτων, ήτοι στη διευκόλυνση της κατά το δυνατόν ευρύτερης συμμετοχής επιχειρήσεων σε διαγωνισμούς (σκέψη 21 της απόφασης).

⁴¹⁷ Κρίνοντας ότι μια τέτοια ερμηνεία εδράζεται στον σκοπό της νομοθεσίας της Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις, κατά τον οποίο ο κατά το δυνατόν ευρύτερος ανταγωνισμός αποσκοπεί επίσης και στην πλέον αξιόπιστη και αποτελεσματική εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων (σκέψη 21 της απόφασης).

⁴¹⁸ «Έχει το άρθρο 47, παράγραφος 2, της οδηγίας [2004/18] την έννοια ότι είναι, κατ' αρχήν, αντίθετη προς αυτό διάταξη κράτους μέλους, όπως η διάταξη του άρθρου 49, παράγραφος 6, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, η οποία απαγορεύει, πλην ειδικών περιπτώσεων [στους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν σε διαδικασία αναθέσεως του αντικειμένου δημόσιας συμβάσεως έργων] την επίκληση των δυνατοτήτων περισσοτέρων τρίτων [...] για κάθε κατηγορία [επαγγελματικών προσόντων] [υπό την επιφύλαξη ότι τα] τεύχη δημοπρατήσεως μπορούν να επιτρέπουν την επίκληση των δυνατοτήτων περισσοτέρων τρίτων λόγω της αξίας της συμβάσεως ή της ιδιαιτερότητας της παροχής [...];» (σκέψη 22 της απόφασης).

⁴¹⁹ Σκέψεις 23-25 της απόφασης.

άλλους φορείς, ενδεχομένως επιπλέον των δικών του μέσων, προέβη σε μία πρόσθετη διεύρυνση ως προς τη δυνατότητα στήριξης σε μέσα τρίτων φορέων. Έτσι, απεφάνθη ότι οι υπό κρίση διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ πράγματι επιτρέπουν τη σώρευση των δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των ελάχιστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει μια αναθέτουσα αρχή σε μία προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία⁴²⁰. Η αναγνωριζόμενη όμως ερμηνευτικά, σώρευση ικανοτήτων, τελεί πάντοτε υπό τον αναγκαίο όρο να αποδεικνύεται επαρκώς ενόπιον της αναθέτουσας αρχής ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων που επικαλείται τις τεχνικές ή οικονομικές δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, θα έχει όντως στη διάθεσή του τα μέσα αυτών, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης, σε περίπτωση που του ανατεθεί. Εξάλλου, το ΔΕΕ στήριξε το σκεπτικό του στο γεγονός ότι μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές οδηγίες, προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών⁴²¹, ενώ παράλληλα, όπως εναργώς επεσήμανε και ο Γενικός Εισαγγελέας⁴²², διευκολύνει και την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό, τον οποίο επίσης επιδιώκει η ανωτέρω οδηγία, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής.

Μία δεύτερη και εξίσου καθοριστικής σημασίας συνεισφορά της υπό εξέταση απόφασης του ΔΕΕ, περιέχεται στη σκέψη 35 αυτής, όπου εκεί το Δικαστήριο, είχε για πρώτη φορά την ευκαιρία να θέσει τον πρώτο περιορισμό στη δυνατότητα επίκλησης της ικανότητας τρίτων φορέων για την τεκμηρίωση της απαιτούμενης ποιοτικής στάθμης σε δημόσιο διαγωνισμό. Συγκεκριμένα, έκρινε το ΔΕΕ ότι δεν μπορεί να αποκλεισθεί η ύπαρξη εργασιών με ιδιαιτερότητες, οι οποίες απαιτούν ικανότητα που εξ αντικειμένου δεν μπορεί να προκύψει ως το άθροισμα της ελάχιστο ικανότητας περισσότερων φορέων. Σε μια τέτοια περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως μπορεί να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από έναν και μόνο οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 44 παρ. 2, εδάφιο δεύτερο της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, στον βαθμό φυσικά που η απαίτηση αυτή είναι συνδεδεμένη και τελεί σε εύλογη αναλογία με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης⁴²³. Εντούτοις, το

⁴²⁰ Έτσι και Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 3^η έκδοση, 2019, σελ. 467.

⁴²¹ Στη σκέψη 34 της εξεταζόμενης απόφασής του το ΔΕΕ παρέπεμψε προς επίρρωση της συλλογιστικής του, στη σκέψη 37 της απόφασης στην υπόθεση C-305/08 και στην οικεία σκέψη, περαιτέρω παρατιθέμενη νομολογία.

⁴²² Βλ. σημεία 33 και ειδικά 37 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα Niilo Jääskinen, ECLI:EU:C:2013:130. Στο τελευταίο αναπτύσσεται μία πολύ ενδιαφέρουσα προβληματική ως ακολούθως: «Ο αποκλεισμός προσφερόντων που επικαλούνται τις δυνατότητες περισσότερων τρίτων ανά κατηγορία κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ευνοεί τις μεγαλύτερες επιχειρήσεις εις βάρος των *ad hoc* κοινοπραξιών ΜΜΕ. Παρέχει μάλλον πλεονέκτημα σε τοπικούς ή περιφερειακούς παράγοντες κατέχοντες δεσπόζουσα θέση όσον αφορά δημόσια έργα ανάλογα των δυνατοτήτων τους, αλλά είναι ιδιαίτερος απαιτητικά για τους μικρότερου μεγέθους φορείς που ενεργούν μεμονωμένως και είναι υπερβολικά μικρού μεγέθους ώστε να κινούν το ενδιαφέρον μεγαλύτερων, σε εθνικό ή διεθνές επίπεδο, εταιρειών. Τούτο δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι δεν εισάγει διακρίσεις.».

⁴²³ Βλ. Sue Arrowsmith, ό.π., παρ. 12-48 και 12-49, σελ. 1220-1221. Πρβλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 6510/28.12.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 17 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων

Δικαστήριο υπογράμμισε ότι μια τέτοια περίπτωση δεν μπορεί παρά να αποτελεί εξαίρεση και δεν δύναται να θεωρηθεί ότι συνάδει προς την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, η αναγνώριση ενός αντίστοιχου περιορισμού, εν είδη γενικού κανόνα, επιβεβλημένου από το εθνικό δίκαιο ενός κράτους μέλους, όπως συμβαίνει στην περίπτωση της κρινόμενης διάταξης του ιταλικού δικαίου που προκάλεσε τη διαφορά της κύριας δίκης⁴²⁴.

Καταλήγοντας λοιπόν το ΔΕΕ, διαμόρφωσε την κρίση του, δίνοντας απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα, στη λογική ότι από τον συνδυασμό των επίμαχων διατάξεων της οδηγίας, προκύπτει ότι αντιτίθενται σε εθνικές ρυθμίσεις, οι οποίες απαγορεύουν και μάλιστα κατά γενικό κανόνα, στους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν σε διαδικασία ανάθεσης ενός αντικειμένου δημόσιας σύμβασης έργου, την επίκληση, για την ίδια κατηγορία επαγγελματικών προσόντων, των δυνατοτήτων περισσότερων επιχειρήσεων. Ταυτόχρονα όμως, το Δικαστήριο, είχε ήδη θέσει και τον πρώτο σαφή περιορισμό ως προς τον τρόπο που θα μπορούσε να τύχει εφαρμογής ο θεσμός της «δάνειας εμπειρίας», κάνοντας λόγο για εργασίες που εκ της φύσεώς τους και των εγγενών ιδιαιτεροτήτων τους, αδυνατούν να προκύψουν ως το άθροισμα επιμέρους μέσων ή/και ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων. Υπό την έννοια αυτή, τέτοιου είδους εργασίες, εφόσον διαπιστωθούν, εκ προοιμίου αποκλείουν τη δυνατότητα επίκλησης ικανοτήτων τρίτων, χωρίς όμως μια τέτοια περίπτωση, να μπορεί να φτάσει μέχρι του σημείου, διατύπωσης γενικά εφαρμοζόμενου κανόνα, αλλά αντίθετα περιορίζεται μόνο εντός της περιπτώσιολογικά και *ad hoc* διαπιστούμενης εξαίρεσης.

- c. Η απόλυτη ελευθερία επιλογής της νομικής φύσης των δεσμών που συνδέουν τον υποψήφιο ανάδοχο με την υποστηρικτική αυτού επιχείρηση, αλλά και του τρόπου απόδειξης της ύπαρξης των δεσμών αυτών ενώπιον της αναθέτουσας αρχής.

Εξαιρετικό ενδιαφέρον παρουσιάζει, η ολιστική ανακεφαλαίωση του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», στην οποία είχε την ευκαιρία να προβεί το ΔΕΕ στην υπόθεση C-234/14⁴²⁵. Στη συγκεκριμένη υπόθεση, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «Ostas celtnieks SIA» (εφεξής «Ostas celtnieks») στράφηκε κατά όρου της συγγραφής υποχρεώσεων σε δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης έργου με αντικείμενο τη βελτίωση των οδικών υποδομών, προκειμένου να διευκολυνθεί η πρόσβαση στην πόλη του *Talsi*, στη Λετονία. Ο προσβαλλόμενος όρος (9.5) προέβλεπε μεν τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα με τον τρόπο που

Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 181/2016, με θέμα «Ενίσχυση συμμετοχής των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων».

⁴²⁴ Για όλες τις ανωτέρω σκέψεις και κρίσεις του ΔΕΕ, βλ. αναλυτικά *Albert Sanchez Graells*, Public Procurement and the EU Competition Rules, 2nd Edition, Oxford: Hart Publishing, 2015, σελ. 315-316 και 323.

⁴²⁵ Απόφαση ΔΕΕ της 14.01.2016, C-234/14, «*Ostas celtnieks*» SIA, ECLI:EU:C:2016:6. Βλ. σχετικά *Totis Kotsonis*, The Legality of Imposing Special Conditions on Economic Operators that Rely on Third Parties for the Performance of the Contract: Case C-234/14 *Ostas celtnieks SIA v Talsu novada pasvaldiba, Iepirkumu uzraudzibas birojs*, Public Procurement Law Review, 2016, σελ. NA77-NA80 και *Michaela Salamun*, Verpflichtender Abschluss eines Kooperations- oder Gesellschaftsvertrags, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2016, σελ. 411-412.

αναγνωριζόταν και από το ΔΕΕ, με την προσθήκη όμως μίας επιπλέον προϋπόθεσης⁴²⁶ που διαφοροποιούσε – και καταληκτικά δυσχέραινε – τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, οικονομικών φορέων μέσω της επίκλησης ικανοτήτων τρίτων. Συγκεκριμένα, απαιτούσε υποχρεωτικά σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης σε προσφέροντα, ο οποίος λαμβάνει μέρος στον διαγωνισμό, στηριζόμενος στα μέσα τρίτων για την πλήρωση των τιθέμενων από τη διακήρυξη ποιοτικών κριτηρίων, πριν τη σύναψη της σύμβασης, να καταρτίσει συμφωνία περί αστικής εταιρείας ή εναλλακτικά να συστήσει ομόρρυθμη εταιρεία, με τις τρίτες οντότητες, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται και να τη διαβιβάσει στην αναθέτουσα αρχή. Μάλιστα, ο επίμαχος όρος καθόριζε και το ελάχιστο περιεχόμενο που θα πρέπει να περιλαμβάνει η εν λόγω συμφωνία, περιπλέκοντας ακόμα περισσότερο τη δομή και τη νομική φύση μιας τέτοιας συνεργασίας, καθώς περιείχε στοιχεία και χαρακτηριστικά τόσο από την ένωση οικονομικών φορέων, όσο και από την υπεργολαβική ανάθεση τμήματος της σύμβασης⁴²⁷.

Η *Ostas celtnieks* αμφισβήτησε ανεπιτυχώς, μεταξύ άλλων, το κύρος του σημείου 9.5 της συγγραφής υποχρεώσεων, ενώπιον της *Iepirkumu uzraudzības birojs*, με την υπηρεσία να εκτιμά ότι, ως προς τον εν λόγω όρο, η αναθέτουσα αρχή είχε νομότυπα διευκρινίσει τον τρόπο, κατά τον οποίο ο προσφέρων υποχρεωνόταν να αποδείξει ότι θα είχε στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους για την επιτυχή εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης. Η *Ostas celtnieks* στράφηκε κατά της ως άνω απορριπτικής απόφασης ενώπιον του *Administratīvā Rajona Tiesa* (περιφερειακό

⁴²⁶ Η ακριβής διατύπωση του επίμαχου και προσβαλλόμενου όρου ήταν η ακόλουθη: «[...] όποιος προσφέρων στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων επιχειρήσεων οφείλει να κατονομάζει όλες αυτές τις επιχειρήσεις και να αποδεικνύει ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους. Αν η σύμβαση ανατεθεί στον εν λόγω προσφέροντα, αυτός οφείλει, πριν τη σύναψη της συμβάσεως, να καταρτίσει συμφωνία περί αστικής εταιρείας με τις εν λόγω επιχειρήσεις και να τη διαβιβάσει στην αναθέτουσα αρχή. [Η συμφωνία αυτή] πρέπει να περιλαμβάνει:

- 1) ρήτρα κατά την οποία καθένα από τα μέρη ευθύνεται χωριστά και όλα μαζί αλληλεγγύως για την εκτέλεση της συμβάσεως
- 2) [τον ορισμό του] κύριου οικονομικού φορέα ο οποίος είναι εξουσιοδοτημένος να υπογράψει τη σύμβαση και να διευθύνει την εκτέλεσή της
- 3) περιγραφή του τμήματος των εργασιών των οποίων την εκτέλεση αναλαμβάνει καθένας από τους συμμετέχοντες
- 4) το ποσοστό των εργασιών που αναλαμβάνει να υλοποιήσει καθένας από τους συμμετέχοντες.

Η κατάρτιση συμφωνίας περί αστικής εταιρείας μπορεί να αντικατασταθεί από τη σύσταση ομόρρυθμης εταιρείας.».

⁴²⁷ Στον υπό κρίση όρο είναι έκδηλη προφανώς, η ανησυχία της αναθέτουσας αρχής για τον τρόπο, με τον οποίο θα διασφάλιζε ότι τα μέσα του τρίτου θα βρίσκονταν πράγματι στη διάθεση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, σε περίπτωση που αυτός ανακηρυσσόταν ανάδοχος της σύμβασης, έχοντας κριθεί ως ο καταλληλότερος προσφέρων, στηριζόμενος όχι σε δικές του δυνατότητες, αλλά δανειζόμενος οικονομικά και τεχνικά εχέγγυα άλλων οντοτήτων και ακολούθως, ότι θα ήταν όντως σε θέση να εκτελέσει την ανατεθείσα σύμβαση. Εισάγοντας όμως πρόσθετους όρους και δη προϋποθέσεις που απαντώνται σε όλως διακριτούς θεσμούς συμμετοχικής παρουσίας οικονομικών φορέων (ένωση, υπεργολαβία, κλπ.), είναι παραπάνω από εμφανές ότι φαλκιδεύονται τα τυπολογικά χαρακτηριστικά της «δάνειας εμπειρίας», διαπιστώνεται μία *contra legem* επικάλυψη εννοιών και προκαλούνται αχρείαστες αγκυλώσεις στη χρήση του ίδιου του θεσμού, όπως τον διάπλασε το ίδιο το ΔΕΕ. Το φαινόμενο αυτό όχι μόνο διαιωνίζεται, αλλά δυστυχώς εξακολουθεί να είναι παρόν και απόλυτα επίκαιρο, ακόμα και μετά τις πολύ πιο αναλυτικές και ουσιαστικές διατάξεις των πρόσφατων οδηγιών, οι οποίες ωστόσο, όπως θα εκτεθεί εκτενώς και κατωτέρω, σε κάποιο βαθμό, με ορισμένες προβλέψεις τους, επέτειναν κατά το μάλλον ή ήττον την αβεβαιότητα γύρω από συγκεκριμένες πτυχές χρήσης του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας».

διοικητικό δικαστήριο) και δικαιώθηκε. Μάλιστα, το εθνικό δικαστήριο επισήμανε ιδίως ότι, όσον αφορά το σημείο 9.5 της συγγραφής υποχρεώσεων, ούτε από τον εθνικό νόμο περί δημοσίων συμβάσεων ούτε όμως και από την Οδηγία 2004/18/EK μπορούσε να συναχθεί ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να επιβάλλει σε προσφέροντα την υποχρέωση να προσκομίσει δέσμευση για την κατάρτιση συμφωνίας περί αστικής εταιρείας με τρίτες οντότητες, τις δυνατότητες των οποίων επικαλείται σε σχέση με την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης. Συναφώς, υπέρμετρη θεωρήθηκε μια τέτοια απαίτηση και για την κατάρτιση σχετικής συμφωνίας ή εναλλακτικά, την ανάληψη υποχρέωσης σύστασης ομόρρυθμης εταιρείας με τους φορείς αυτούς.

Εν συνεχεία, η *Talsu novada pašvaldība* και η *Iepirkumu uzraudzības birojs* άσκησαν αναίρεση ενώπιον του *Augstākā Tiesa* (Ανώτατο Δικαστήριο) με σκοπό την ανατροπή της πρωτόδικης απόφασης. Οι προβληθέντες ισχυρισμοί τους κατέτειναν στο γεγονός ότι οι απαιτήσεις του σημείου 9.5 της συγγραφής υποχρεώσεων μπορούσαν να δικαιολογηθούν επαρκώς από την ανάγκη να περιοριστεί ο κίνδυνος μη εκτέλεσης της επίμαχης σύμβασης. Ο προβληματισμός του αιτούντος δικαστηρίου της κύριας δίκης πήγαζε από την αρχική παραδοχή ότι στο πλαίσιο της σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μπορεί πραγματικά να ελέγχει την ικανότητα του προσφέροντος να εκτελέσει την οικεία σύμβαση. Εντούτοις, – και εκεί εστιάζεται το κομβικό περιεχόμενο του ερωτήματος⁴²⁸ – διερωτήθηκε το αιτούν δικαστήριο, αν, προς τον σκοπό αυτό, οι σχετικές διατάξεις της (τότε) ισχύουσας οδηγίας, επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να φτάνει μέχρι του σημείου να επιβάλλει σε προσφέροντα την υποχρέωση να καταρτίζει συμφωνία περί αστικής εταιρείας ή σύστασης άλλου εταιρικού τύπου ή σύναψης άλλης εν γένει εταιρικής σύμβασης, με τους τρίτους φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, προκειμένου να ανταποκριθεί στα απαιτούμενα ποιοτικά κριτήρια του διαγωνισμού, ή εάν ο προσφέρων αυτός έχει απόλυτη ευχέρεια να επιλέξει τον τρόπο, κατά τον οποίο θα συνεργαστεί με τους λοιπούς αυτούς επιχειρηματικούς φορείς για την εκτέλεση της ανατεθείσας σύμβασης.

Το ΔΕΕ, διευκρινίζοντας το κατ' ουσίαν περιεχόμενο του προδικαστικού ερωτήματος, ανέφερε στη σκέψη 22 ότι αυτό κατατείνει στην αποσαφήνιση του ακόλουθου ζητήματος. Υπό το πρίσμα εφαρμογής των άρθρων 47 παρ. 2, και 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/EK, είναι δυνατό αυτά να ερμηνευτούν, ως έχοντα την έννοια ότι δεν επιτρέπουν σε αναθέτουσα αρχή, στο πλαίσιο διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, να επιβάλλει σε προσφέροντα, ο οποίος μετέχει στο προσυμβατικό στάδιο υποβάλλοντας προσφορά, βασιζόμενος σε δυνάμεις τρίτων οντοτήτων, την υποχρέωση, πριν από τη σύναψη της σύμβασης, να καταρτίσει με τους εν λόγω φορείς συμφωνία περί αστικής εταιρείας ή να συστήσει με αυτούς ομόρρυθμη εταιρεία. Κατά την εκτίμηση του γράφοντος, ο πυρήνας του επίμαχου ερωτήματος, θα μπορούσε να διατυπωθεί με ακόμα πιο ευρύ περιεχόμενο. Κατά την αξιολόγηση εκ

⁴²⁸ Το ακριβές περιεχόμενο του ερωτήματος είχε ως εξής: «Έχουν οι διατάξεις της οδηγίας 2004/18 την έννοια ότι, προκειμένου να περιοριστεί ο κίνδυνος μη εκτέλεσης της σύμβασης, δεν αντίκειται σε προϋπόθεση περιεχόμενη στη συγγραφή υποχρεώσεων, σύμφωνα με την οποία, σε περίπτωση που μια σύμβαση ανατεθεί σε ανάδοχο ο οποίος στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ο ανάδοχος αυτός υποχρεούται, πριν τη σύναψη της σύμβασης, είτε να καταρτίσει με τους εν λόγω φορείς συμφωνία περί αστικής εταιρείας (συμπεριλαμβανοντας σε αυτήν τα συγκεκριμένα σημεία που προβλέπονται στη συγγραφή υποχρεώσεων) είτε να συστήσει με αυτούς ομόρρυθμη εταιρεία.».

μέρους της αναθέτουσας αρχής της προσφορότητας των μέσων τρίτων, τα οποία επικαλείται ο συμμετέχων οικονομικός φορέας ότι θα έχει στη διάθεσή του για την εκτέλεση της σύμβασης, μέχρι ποιου σημείου είναι θεμιτό να θέτει η αναθέτουσα αρχή συγκεκριμένους περιορισμούς ή να επιβάλλει ρητές δεσμεύσεις, για τη διαπίστωση και τον έλεγχο της πραγματικής τους διαθεσιμότητας, χωρίς να θεωρηθεί ότι ακυρώνει την ίδια την άσκηση αυτού του δικαιώματος εκ μέρους των προσφερόντων;

Ενόψει της απάντησης στο τεθέν προδικαστικό ερώτημα, το Δικαστήριο έκανε, πιθανότατα την πρώτη σύνοψη και εν δυνάμει κωδικοποίηση των μέχρι τη στιγμή έκδοσης της εξεταζόμενης απόφασης, εξαχθέντων συμπερασμάτων του, σχετικά με τη φύση, τη δομή και τη λειτουργία του θεσμού της «*δάνειας εμπειρίας*», με αναλυτική αναφορά στις προηγούμενες αποφάσεις του επί του θέματος⁴²⁹. Υπενθύμισε ότι οι εφαρμοζόμενες διατάξεις αναγνωρίζουν το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να μπορεί να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, «*ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς*», εφόσον αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους πόρους των εν λόγω φορέων, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Επιπλέον, επισήμανε εκ νέου ότι μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, ως βασική επιδίωξη των σχετικών οδηγιών, διευκολύνοντας και την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος όχι μόνον των ίδιων των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών. Σκοπός άλλωστε που αποτελεί βασική επιδίωξη και της Οδηγίας 2004/18/EK, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής.

Ωστόσο, όταν ένας οικονομικός φορέας, προκειμένου να αποδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά του, καθώς και τις τεχνικές και/ή επαγγελματικές ικανότητές του και, στοχεύοντας να γίνει δεκτός σε μία διαγωνιστική διαδικασία, επικαλείται τις δυνατότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τις οποίες συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ασχέτως της νομικής φύσεως των δεσμών αυτών, οφείλει να αποδεικνύει ότι «*όντως*» βρίσκονται στη διάθεσή του οι πόροι των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν του ανήκουν και οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Επισημάνθηκε περαιτέρω από το Δικαστήριο ότι, κατά το άρθρο 44 παρ. 1, της Οδηγίας 2004/18/EK, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει την καταλληλότητα ορισμένου προσφέροντος να εκτελέσει μια συγκεκριμένη σύμβαση. Αναμφίβολα δε, σκοπός του ελέγχου αυτού είναι, μεταξύ άλλων, να αποκτήσει η αναθέτουσα αρχή τη διαβεβαίωση ότι ο προσφέρων θα έχει όντως στη διάθεσή του τους πάσης φύσεως πόρους, τους οποίους επικαλείται, κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο, ενώ στο πλαίσιο του ελέγχου αυτού, οι διατάξεις της οδηγίας δεν επιτρέπουν να γίνεται κατά τεκμήριο δεκτό ότι ένας προσφέρων διαθέτει ή όχι τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης ούτε, κατά μείζονα λόγο, να αποκλείονται ορισμένοι τρόποι απόδειξης.

Στην ίδια λογική, μερικά χρόνια νωρίτερα, το ΔΕΕ είχε κρίνει αποφαστικά ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους

⁴²⁹ Για όλες τις εν λόγω παραδοχές με παραπομπή κυρίως στις αντίστοιχες σκέψεις των αποφάσεων στις υποθέσεις C-176/98 και C-94/12, βλ. αναλυτικά σκέψεις 23-27 της απόφασης.

οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορεί να αποκλειστεί, παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησης αυτών των ικανοτήτων⁴³⁰, καθιστώντας απολύτως σαφή την πρόθεσή του, η προσφυγή στις δυνατότητες τρίτων να αποτελεί τον κανόνα και όχι την εξαίρεση⁴³¹, ενώ σκοπός προφανώς σε κάθε περίπτωση, παραμένει η διαπίστωση της λυσιτέλειας των επικαλούμενων μέσων των τρίτων φορέων.

Κατά συνέπεια, κατέληξε το Δικαστήριο, σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, προκύπτει ότι ένας προσφέρων σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, έχει την ευχέρεια να επιλέξει, αφενός, τη νομική φύση των δεσμών που προτίθεται να συνάψει με τους φορείς, των οποίων τις δυνατότητες επικαλείται για την εκτέλεση συγκεκριμένης σύμβασης και αφετέρου, τον τρόπο απόδειξης της ύπαρξης των δεσμών αυτών⁴³², χωρίς να μπορεί η αναθέτουσα αρχή να καθορίσει κατ' αποκλειστικότητα, μόνο έναν ή περισσότερους τρόπους, απορρίπτοντας αυθαίρετα άλλους τρόπους, εξίσου πρόσφορους. Έτσι, στην κρινόμενη υπόθεση, το ΔΕΕ απεφάνθη ότι η *Talsu novada pašvaldība*, ως αναθέτουσα αρχή, με τη διατύπωση του όρου 9.5 στη συγγραφή υποχρεώσεων, αναφορικά με τους δύο και μόνο τρόπους, με τους οποίους η ίδια απαιτούσε να τεκμηριωθεί απέναντί της, η διαθεσιμότητα των επικαλούμενων μέσων τρίτων φορέων, για την εκτέλεση της σύμβασης και δη επιβάλλοντας την υποχρέωση να συνάψει έκαστος προσφέρων, δεσμούς συγκεκριμένης νομικής φύσης με τους φορείς αυτούς, κατ' αποκλεισμό οποιουδήποτε άλλου τρόπου απόδειξης των νομικών δεσμών που υφίστανται μεταξύ αυτού και τρίτων οντοτήτων, των οποίων επικαλείται τις δυνατότητες, είναι ασύμβατη με το ενωσιακό δίκαιο. Θεώρησε δηλαδή το ΔΕΕ ότι η απαίτηση ύπαρξης μόνο των συγκεκριμένων αυτών δεσμών, προκειμένου να μπορεί, κατά την εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, να αποδειχθεί εκ μέρους του αναδόχου ότι θα έχει όντως στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους για την επιτυχή εκτέλεση της σύμβασης αυτής, περιόριζε υπέρμετρα την εφαρμογή του θεσμού της «δάνειας

⁴³⁰ Απόφαση ΔΕΕ της 18.03.2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner*, ECLI:EU:C:2004:159 (σκέψη 46).

⁴³¹ Υπό το φως των ανωτέρω παραδοχών, εξίσου σαφές είναι ότι το βάρος απόδειξης έναντι της αναθέτουσας αρχής, για το ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας πράγματι θα έχει στη διάθεσή του τους πόρους του τρίτου που επικαλείται, το φέρει ο ίδιος. Έτσι και Απόφαση ΔΕΕ της 02.12.1999, C-176/98, *Holst Italia SpA*, ECLI:EU:C:1999:593 (σκέψη 29) και Απόφαση ΔΕΕ της 18.03.2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner*, ECLI:EU:C:2004:159 (σκέψη 44).

⁴³² Όπως επισήμανε χαρακτηριστικά ο Γενικός Εισαγγελέας *Melchior Wathelet* στο σημείο 43 των Προτάσεών του: «Συγκεκριμένα, μολονότι τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48 παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 προβλέπουν ότι, «παραδείγματος χάριν», η προσκόμιση της δεσμεύσεως άλλων φορέων να θέσουν στη διάθεση του προσφέροντος τους αναγκαίους πόρους συνιστά αποδεκτό τρόπο απόδειξης, εντούτοις οι διατάξεις αυτές δεν αποκλείουν επ' ουδενί άλλους τρόπους απόδειξης.» θεωρώντας ότι η προσκόμιση της δέσμευσης τρίτων οντοτήτων συνιστά απλώς ένα παράδειγμα αποδεκτού τρόπου τεκμηρίωσης ότι ο προσφέρων θα έχει όντως στη διάθεσή του τους πόρους αυτούς και ως εκ τούτου, ότι οι διατάξεις αυτές, ουδόλως αποκλείουν τη δυνατότητα του προσφέροντος να αποδείξει με άλλον τρόπο την ύπαρξη των δεσμών που τον συνδέουν με τους φορείς, τις δυνατότητες των οποίων επικαλείται προς τον σκοπό της επιτυχούς εκτέλεσης της σύμβασης, για την οποία υποβάλλει προσφορά. Για τον λόγο αυτό άλλωστε στο σημείο 47 των Προτάσεών του αναφέρει: «Εξάλλου, εκτιμώ ότι το άρθρο 9.5 της συγγραφής υποχρεώσεων, επιβάλλοντας στους προσφέροντες έναν και μόνο τρόπο για να αποδείξουν την καταλληλότητά τους και ότι έχουν στη διάθεσή τους τα μέσα άλλων φορέων, παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας.» Για την αντίθεση ενός τέτοιου όρου στο ενωσιακό δίκαιο, από την ελληνική νομολογία βλ. ΔΕφΚομ (Αναστ.) 39/2017, σκέψη 14.

εμπειρίας» με συνέπεια να καθιστά άνευ πρακτικής αποτελεσματικότητας τις υπό κρίση διατάξεις.

Ούτως εχόντων των πραγμάτων, κατέληξε το Δικαστήριο ότι οι εφαρμοστέες διατάξεις της οδηγίας, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι επιτρέπουν σε αναθέτουσα αρχή να επιβάλλει σε προσφέροντα, ο οποίος λαμβάνει μέρος σε διαγωνιστική διαδικασία, επικαλούμενος τις δυνατότητες άλλων φορέων, ώστε να θεωρηθεί ποιοτικά επαρκής, την υποχρέωση, πριν από τη σύναψη της σύμβασης, να καταρτίσει με τους εν λόγω φορείς συμφωνία περί αστικής εταιρείας ή να συστήσει με αυτούς ομόρρυθμη εταιρεία και άρα ένας τέτοιος όρος αντιβαίνει στο ενωσιακό δίκαιο.

ii. *Οι αποφάσεις του ΔΕΕ μετά τη θέσπιση των νέων οδηγιών και η ερμηνεία των διατάξεων της Οδηγίας 2004/18/EK υπό το φως των διατάξεων και των αιτιολογικών σκέψεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.*

- a. Η πραγματική διάθεση των πόρων του τρίτου ως αναγκαία προϋπόθεση χρήσης της δάνειας εμπειρίας και θεμιτοί περιορισμοί στην άσκηση του δικαιώματος επίκλησης μέσων τρίτων, εξαιτίας ιδιαιτεροτήτων που πηγάζουν από τη φύση του δημοπρατούμενου αντικειμένου.

Η συγκεκριμένη απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-324/14⁴³³ πέραν των εξαιρετικά ενδιαφερόντων πραγματικών περιστατικών επί των οποίων κλήθηκε να αποφανθεί το Δικαστήριο και για τα οποία χρειάστηκε 95 σκέψεις μέχρι να καταλήξει στην κρίση του και να απαντήσει επί των δέκα (10) συνολικά τεθέντων ερωτημάτων, καθιστώντας έτσι την εν λόγω απόφαση, την εκτενέστερη, μέχρι τη στιγμή της έκδοσής της, ενασχόληση του ΔΕΕ με το ζήτημα της ορθής εφαρμογής της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, ήταν πρωτοποριακή και από δύο άλλες απόψεις. Αφενός ήταν η πρώτη απόφαση μετά την έκδοση της δέσμης οδηγιών του 2014 και εύλογα τέθηκε, με το δέκατο κατά σειρά προδικαστικό ερώτημα, το ζήτημα εάν οι εφαρμοζόμενες διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK σχετικά με τη δάνεια εμπειρία, θα μπορούσαν να ερμηνευθούν υπό το πρίσμα των διατάξεων και των αντίστοιχων αιτιολογικών σκέψεων του νέου κανονιστικού πλαισίου, παρά το γεγονός ότι δεν είχε παρέλθει ακόμα η προθεσμία για τη μεταφορά του στην εθνική έννομη

⁴³³ Απόφαση ΔΕΕ της 07.04.2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, ECLI:EU:C:2016:214. Βλ. σχετικά *Totis Kotsonis*, Case C-324/14 *Partner Apelski Dariusz v Zarzad Oczyszczania Miasta: The Circumstances in Which it is Permissible to Restrict the Ability of Bidders to Rely on Third Parties*, *Public Procurement Law Review*, 2017, σελ. NA18-NA24, *Klemen Pohar*, *Sklicevanje na zmogljivosti drugih subjektov v postopkih javnega naročanja*, *Pravna praksa*, 2016, n° 20-21, σελ. 37-38, *Simon Wollenberg*, *Benjamin Schwarz*, Rückgriff auf Kapazitäten Dritter, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2016, σελ. 470-474, *Élise Daniel*, Cumul des capacités de soumissionnaires, *Europe* 2016, Juin Comm. n° 6, σελ. 28-29, *Hans Gölles*, Referenzen durch andere Unternehmen - Nachtrag zu ZVB 2016/37, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2016, σελ. 382-383, *των ιδίων*, Berufung auf Dritte beim Nachweis von Referenzen, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2016, σελ. 458, *Aude Bouveresse*, Capacité économique et financière du soumissionnaire, *Europe* 2017 novembre n° 11, σελ. 36, *Michaela Salamun*, Die RL 2014/24 als Auslegungsleitlinie der RL 2004/18, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2016, σελ. 74-75.

τάξη⁴³⁴ των κρατών μελών, ερώτημα το οποίο, όπως θα δούμε απαντήθηκε αρνητικά. Από την άλλη πλευρά και ασχέτως του ρητού αποκλεισμού της δυνατότητας εφαρμογής στην κρινόμενη υπόθεση, των οριζόμενων στα αντίστοιχα άρθρα των νέων οδηγιών⁴³⁵, η υπό εξέταση απόφαση ήταν η πρώτη, που με σαφή πρόθεση ουσιαστικής περιστολής έως και ολοκληρωτικού αποκλεισμού άσκησης του δικαιώματος επίκλησης των δυνατοτήτων τρίτων φορέων, διέλαβε κρίση σαφώς προσανατολισμένη στο πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που δεν ήταν άλλο από τον καθορισμό ενός πολύ πιο αναλυτικά προσδιορισμένου και αυστηρά ρυθμισμένου πλαισίου εφαρμογής της δάνειας εμπειρίας⁴³⁶.

Ο προβληματισμός του πολωνικού δικαστηρίου που έδωσε αφορμή για τη διατύπωση των συνολικά δέκα προδικαστικών ερωτημάτων στο ΔΕΕ⁴³⁷, προέκυψε επ’

⁴³⁴ Σύμφωνα με το άρθρο 90 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τίτλο «Μεταφορά στο εθνικό δίκαιο και μεταβατικές διατάξεις», το άρθρο 106 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ με τον ίδιο τίτλο και το άρθρο 51 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ με τίτλο απλώς «Μεταφορά», η κατ’ αρχήν προβλεπόμενη προθεσμία συμμόρφωσης των κρατών μελών με τις επίμαχες οδηγίες για τη θέση σε ισχύ των αναγκαίων νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων εκτεινόταν μέχρι τις 18 Απριλίου 2016.

⁴³⁵ Ωστόσο, πρέπει να επισημανθεί ότι στο προοίμιο της απόφασης, όπου γίνεται αναφορά στο νομικό πλαίσιο της κρινόμενης υπόθεσης, μνημονεύθηκε για πρώτη φορά τόσο η αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όσο και το άρθρο 63 αυτής, καθώς φυσικά και το άρθρο 90 παρ. 1, σχετικά με την προθεσμία ενσωμάτωσης που είχαν στη διάθεσή τους τα κράτη μέλη.

⁴³⁶ Έτσι και *Albert Sanchez Graells*, CJEU offers further clarification on rules for reliance on third party capacities and the possibility to impose restrictions thereof (C-324/14), 11 April 2016, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2016/4/8/cjeu-offers-further-clarification-on-rules-for-reliance-on-third-party-capacities-c-32414> και *Μ. Πετροπούλου*, Οι περιορισμοί στη δυνατότητα προσφυγής στη δάνεια εμπειρία με βάση την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Χρονικό Νομολογίας, Τεύχος 2-2017, σελ. 168-174.

⁴³⁷ Το αρμόδιο *Krajowa Izba Odwoławcza* έθεσε τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα, εκ των οποίων το πρώτο έως το έβδομο και το δέκατο, σχετίζονταν με την εφαρμογή του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας»: «1) Έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, της οδηγίας 2004/18 την έννοια ότι η έκφραση κατά την οποία ο οικονομικός φορέας μπορεί “ενδεχομένως” να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων σημαίνει ότι με αυτό νοείται κάθε περίπτωση κατά την οποία ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τα απαιτούμενα από τη δημόσια αναθέτουσα αρχή προσόντα και επιθυμεί να στηριχθεί στις δυνατότητες άλλων φορέων; Ή συνιστά η μνεία ότι ο οικονομικός φορέας μόνον “ενδεχομένως” μπορεί να στηριχθεί στις δυνατότητες άλλων φορέων περιορισμό, υπό την έννοια ότι ο φορέας μπορεί μόνον κατ’ εξαίρεση να στηριχθεί στις εν λόγω δυνατότητες, και όχι κανόνα επιλογής οικονομικού φορέα κατά τη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως;

2) Έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, της οδηγίας 2004/18 την έννοια ότι η στηρίξη του οικονομικού φορέα στις γνώσεις και στην πείρα άλλων φορέων “ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς”, καθώς και η “διάθεση των αναγκαίων πόρων” από αυτούς τους φορείς, σημαίνουν ότι ο οικονομικός φορέας μπορεί κατά την εκτέλεση της συμβάσεως να έχει χαλαρούς και αόριστους μόνο δεσμούς ή και να μη διατηρεί κανένα δεσμό με αυτούς τους φορείς, δηλαδή ότι μπορεί να εκτελέσει μόνος του τη σύμβαση (χωρίς συμμετοχή άλλου φορέα) ή ότι μια τέτοια συμμετοχή μπορεί να συνίσταται σε “συμβουλές”, “παροχή εξειδικευμένων συμβουλών”, “εκπαίδευση” κ.λπ.; Ή έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής την έννοια ότι ο φορέας, στις δυνατότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, πρέπει να εκτελέσει πράγματι και προσωπικώς τη σύμβαση στο μέτρο των δυνατοτήτων που έχει δηλώσει;

3) Έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, της οδηγίας 2004/18 την έννοια ότι ο οικονομικός φορέας, ο οποίος διαθέτει μεν ίδια πείρα, μικρότερη όμως από αυτή που θα ήθελε να δηλώσει στην αναθέτουσα αρχή (για παράδειγμα, ανεπαρκή για την υποβολή προσφοράς με σκοπό την εκτέλεση της συμβάσεως στο σύνολό της) μπορεί να στηριχθεί συμπληρωματικώς στις δυνατότητες άλλων φορέων, προκειμένου να βελτιωθούν οι προοπτικές του στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως;

4) Έχει το άρθρο 48, παράγραφος 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, της οδηγίας 2004/18 την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί (ή οφείλει) να ορίσει σε προκήρυξη διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων τους κανόνες, βάσει των οποίων ο οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις δυνατότητες άλλων

ευκαιρία κινήσεως διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης του Δήμου Βαρσοβίας για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας και ειδικότερα, τον γενικό καθαρισμό με μηχανικά μέσα των οδών της πολωνικής πρωτεύουσας κατά τις χειμερινές και θερινές περιόδους των ετών 2014 έως 2017, λαμβανομένων υπόψη και των επιμέρους ιδιαιτεροτήτων που χαρακτηρίζαν το αντικείμενο της σύμβασης, εξαιτίας και των ειδικών συνθηκών που επικρατούσαν κατά τους χειμερινούς μήνες⁴³⁸. Η σχετική απαίτηση της συγγραφής υποχρεώσεων, για την τεκμηρίωση της προηγούμενης εμπειρίας και δη τις τεχνικές ικανότητες εκάστου προσφέροντος, όριζε ότι κάθε συμμετέχων οικονομικός φορέας όφειλε να προσκομίσει κατάλογο των υπηρεσιών καθαρισμού οδών που είχε παράσχει κατά τη χειμερινή περίοδο, χρησιμοποιώντας την τεχνολογία της υγράνσεως, τα τρία τελευταία έτη πριν από τη λήξη της προθεσμίας για την υποβολή προσφοράς, θέτοντας ταυτόχρονα και κάποια ελάχιστα χρηματικά κατώφλια, σε συνάφεια με τον προϋπολογισμό της προς ανάθεση σύμβασης⁴³⁹.

Μεταξύ άλλων, υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό για το σύνολο των τμημάτων αυτού και η εταιρεία με την επωνυμία «Partner Apelski Dariusz» (εφεξής «Partner»), υποστηρίζοντας την εκ μέρους της πλήρωση του επίμαχου ποιοτικού κριτηρίου, βάσει δεκατεσσάρων (14) συνολικά συμβάσεων παροχής σχετικών υπηρεσιών, κατά τα τρία προηγούμενα έτη, δώδεκα εκ των οποίων στηρίζονταν στη δική της πείρα και δύο στην πείρα μίας τρίτης επιχείρησης με την επωνυμία «PUM sp. z o.o.», η οποία έδρευε στο *Grudziadz*, μία πολωνική πόλη, απέχουσα περίπου 230 χιλιόμετρα από τη Βαρσοβία. Παράλληλα, η προσφέρουσα εταιρεία δεν παρέλειψε να επισυνάψει στην προσφορά της έγγραφο της τρίτης εταιρείας, με το οποίο η τελευταία

φορέων, για παράδειγμα τον τρόπο συμμετοχής του άλλου φορέα στην εκτέλεση της συμβάσεως, το πώς μπορούν να συνδυασθούν οι δυνατότητες του οικονομικού φορέα και του άλλου φορέα, ή ακόμη αν ο άλλος φορέας ευθύνεται εις ολόκληρον με τον οικονομικό φορέα για την προσήκουσα εκτέλεση της συμβάσεως στο μέτρο που ο οικονομικός φορέας επικαλείται τις δυνατότητες του άλλου φορέα;

5) Επιτρέπει η κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 αρχή της ίσης και άνευ διακρίσεων μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων τη σύμφωνα με το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής επίκληση των δυνατοτήτων ενός άλλου φορέα, στο πλαίσιο της οποίας αθροίζονται οι δυνατότητες δύο ή περισσότερων φορέων, οι οποίοι από απόψεως γνώσεων και πείρας δεν διαθέτουν τις απαιτούμενες από την αναθέτουσα αρχή δυνατότητες;

6) Επιτρέπει, επομένως, η κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 αρχή της ίσης και άνευ διακρίσεων μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων να ερμηνευθούν τα άρθρα 44 και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 υπό την έννοια ότι οι τεθείσες από την αναθέτουσα αρχή προϋποθέσεις συμμετοχής σε ορισμένη διαδικασία μπορούν να πληρούνται μόνον τυπικώς για τη συμμετοχή στη διαδικασία ανεξαρτήτως των πραγματικών προσόντων του οικονομικού φορέα;

7) Επιτρέπει η κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18 αρχή της ίσης και άνευ διακρίσεων μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων, εάν επιτρέπεται από την αναθέτουσα αρχή η υποβολή προσφορών για τμήμα της συμβάσεως, να δηλώνει ο οικονομικός φορέας μετά την υποβολή προσφοράς, παραδείγματος χάριν στο πλαίσιο συμπληρώσεως ή διευκρινίσεως του περιεχομένου των εγγράφων, ποιο τμήμα της συμβάσεως αφορούν οι πόροι που επικαλείται για να αποδείξει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις συμμετοχής στη διαδικασία;

8) [...];

9) [...];

10) Μπορεί κατά την ερμηνεία των διατάξεων της οδηγίας 2004/18 να ληφθεί υπόψη το περιεχόμενο των διατάξεων και των αιτιολογικών σκέψεων της οδηγίας 2014/24, μολονότι δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για τη μεταφορά της στο εθνικό δίκαιο, ως ερμηνευτική κατευθυντήρια γραμμή, στο μέτρο που διευκρινίζει ορισμένες αποδοχές και προθέσεις του νομοθέτη της Ένωσης και δεν αντιφάσκει προς τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18;».

⁴³⁸ Βλ. και σκέψη 19 της απόφασης.

⁴³⁹ Βλ. αναλυτικά για τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης τις σκέψεις 21-28 της απόφασης.

δεσμευόταν να θέσει τις δυνατότητές της στη διάθεση της *Partner*, ιδίως διά της παροχής συμβουλευτικών υπηρεσιών που περιλάμβαναν μεταξύ άλλων, την κατάρτιση των εργαζομένων της *Partner* και την παροχή βοήθειας για την επίλυση προβλημάτων που θα μπορούσαν να ανακύψουν κατά την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης. Η προσφέρουσα μάλιστα υπογράμμισε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, ότι για την εκτέλεση της σύμβασης αυτής, η συγκεκριμένη συνεργασία έπρεπε να ρυθμίζεται με σύμβαση συναφθείσα μεταξύ των δύο επιχειρήσεων.

Η αρμόδια υπηρεσία καθαριότητας της αναθέτουσας αρχής κάλεσε τη συμμετέχουσα εταιρεία να διευκρινίσει επίσης τις δραστηριότητες που θα ασκούσε η δανείζουσα εμπειρία, τρίτη εταιρεία και κατά πόσον οι δραστηριότητες αυτές θα μπορούσαν εν τοις πράγμασι να επηρεάσουν την ποιότητα και την αποτελεσματικότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών εντός της Βαρσοβίας σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης στην *Partner*, λαμβανομένης ιδίως υπόψη της μεγάλης χιλιομετρικής απόστασης που χώριζε το *Grudziadz* από τη Βαρσοβία. Η υπηρεσία καθαριότητας του Δήμου Βαρσοβίας δεν έμεινε ικανοποιημένη από τις απαντήσεις που έδωσε η *Partner*, εκτιμώντας μάλιστα περαιτέρω ότι η εν γένει τεχνογνωσία και η εμπειρία του τρίτου οικονομικού φορέα, στις ικανότητες του οποίου θα βασιζόταν η πρώτη για την κάλυψη του ποιοτικού κριτηρίου σχετικά με τις απαιτούμενες τεχνικές ικανότητες, δεν θα μπορούσαν να τεθούν εν τέλει στη διάθεσή της, δεδομένου ότι δεν υπάρχει προσωπική και πραγματική συμμετοχή της εταιρείας *PUM* στην εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης. Ενόψει αυτής της διαπίστωσης, η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε από την *Partner* να συμπληρώσει καταλλήλως τον φάκελό της, εντούτοις η τελευταία, αμφισβήτησε την άποψη που είχε υιοθετήσει η υπηρεσία καθαριότητας του Δήμου Βαρσοβίας και επιπλέον ζήτησε να ληφθεί υπόψη η προσφορά της για την ανάθεση της σύμβασης.

Όπως ήταν αναμενόμενο, η υπηρεσία καθαριότητας του Δήμου Βαρσοβίας απέρριψε στο σύνολό της την προσφορά της *Partner* και περάτωσε τη διαδικασία κατόπιν διενέργειας ηλεκτρονικού πλειστηριασμού. Ακολούθως, η *Partner* άσκησε προσφυγή ενώπιον του *Krajowa Izba Odwoławcza* (εθνικού τμήματος προσφυγών) με αίτημα την ακύρωση της απόφασης περί αποκλεισμού της από τη διαδικασία σύναψης της επίμαχης σύμβασης, προσβάλλοντας ταυτόχρονα και την απόφαση, δυνάμει της οποίας είχε γίνει δεκτή η πλέον συμφέρουσα προσφορά ανταγωνιστή της για κάθε ένα από τα επιμέρους τμήματα της προς ανάθεση σύμβασης. Το ανωτέρω εθνικό δικαστήριο, εξετάζοντας τη φερόμενη προς κρίση ενώπιόν του υπόθεση, αποφάσισε να αναστείλει την εκδίκασή της, απευθύνοντας δέκα συνολικά ερωτήματα προς το ΔΕΕ, προκειμένου να αποσαφηνιστούν όλες οι πτυχές για τη σύννομη, με βάση το ενωσιακό δίκαιο, δυνατότητα προσφυγής στις ικανότητες τρίτου φορέα, με σκοπό την κάλυψη του επίμαχου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής.

Το Δικαστήριο εξετάζοντας και απαντώντας από κοινού στο πρώτο έως και το τρίτο ερώτημα, στο πέμπτο και έκτο ερώτημα⁴⁴⁰, είχε την ευκαιρία να επαναδιατυπώσει όλους τους βασικούς και θεμελιώδεις άξονες για τη σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο χρήση των μέσων τρίτων φορέων, όπως είχαν αποκρυσταλλωθεί σε μια νομολογιακή

⁴⁴⁰ Σκέψεις 30-49 της απόφασης.

και νομοθετική πορεία που μετρούσε πλέον, περισσότερα από είκοσι έτη από το 1992, όταν και απασχόλησε για πρώτη φορά την έννομη τάξη της Ε.Ε. Το νέο ουσιαστικό στοιχείο, που διαφοροποιούσε την εξεταζόμενη απόφαση και στο οποίο αξίζει να σταθεί κανείς, ήταν η προσέγγιση της εφαρμοστέας διάταξης της («απερχόμενης» πλέον) Οδηγίας 2004/18/EK από την άποψη ότι ένας προσφέρων δεν μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων με σκοπό την αμιγώς τυπική πλήρωση των ποιοτικών προϋποθέσεων που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή. Αντιθέτως, καίτοι είναι σαφές ότι η διάθεση των πόρων του τρίτου δεν απαιτείται να λαμβάνει συγκεκριμένη νομική μορφή, εντούτοις είναι καίριας σημασίας να διαπιστώνεται από την αναθέτουσα αρχή, αν πράγματι τίθενται στη διάθεση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα οι πόροι του τρίτου, τους οποίους επικαλείται. Περαιτέρω, παρά το γεγονός ότι η εκτίμηση του κατά πόσο οι διαθέσιμοι πόροι πράγματι βρίσκονται στη διάθεση του προσφέροντος επαφίεται αποκλειστικά στην αναθέτουσα αρχή, είναι εξίσου σαφές ότι η κρινόμενη διάταξη επιβάλλει ένα αποδεικτικό προαπαιτούμενο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή υπέχει υποχρέωση να διασφαλίζει την ύπαρξή του και μέσω αυτού, να διαπιστώνει ότι ο εκάστοτε επιτυχών υποψήφιος είναι πράγματι ικανός να εκτελέσει άρτια, εμπρόθεσμα και προσηκόντως την ανατεθείσα σύμβαση.

Έτι περαιτέρω, σκοπός των υπό κρίση διατάξεων είναι να μην δημιουργούνται σε βάρος μιας αναθέτουσας αρχής, τετελεσμένες καταστάσεις ανάθεσης μιας σύμβασης σε οικονομικό φορέα, ο οποίος δεν διαθέτει τα μέσα τρίτου που επικαλέστηκε, με συνέπεια να αδυνατεί να εκτελέσει τη σύμβαση που διεκδίκησε. Υπό αυτό το πρίσμα, όχι μόνο η επίκληση των δυνατοτήτων τρίτων φορέων δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι αποσκοπεί απλώς σε μια τυπική πλήρωση των ελάχιστων προδιαγραφών που θέτει μια διακήρυξη, αλλά επιπρόσθετα εγείρει το μείζον ζήτημα της πραγματικής δυνατότητας μεταβίβασης πόρων τρίτου φορέα που σχετίζονται με τις τεχνολογικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες αυτού, κατά την έννοια του εφικτού μιας τέτοιας μεταβίβασης. Σε αυτή τη λογική, εκκινώντας το Δικαστήριο από σχετικές κρίσεις σε προηγούμενες αποφάσεις του, σύμφωνα με τις οποίες έγινε δεκτό ότι πράγματι δύνανται να υπάρξουν περιπτώσεις θεμιτών περιορισμών στη στήριξη σε πόρους τρίτων φορέων για την εκτέλεση συγκεκριμένης σύμβασης, διατήρησε τις αμφιβολίες του για το κατά πόσο στην προκειμένη περίπτωση, ήταν αντικειμενικά εφικτή η δυνατότητα μεταβίβασης των επικαλούμενων μέσων του τρίτου φορέα, ελλείψει των οποίων, η προσφορά της *Partner* αυτομάτως καθίστατο απορριπτέα⁴⁴¹.

Επί του ανωτέρω ζητήματος το ΔΕΕ κατέληξε ότι πράγματι οι ιδιαιτερότητες και η φύση του δημοπρατούμενου αντικειμένου, σε συνδυασμό με τις αντικειμενικές συνθήκες, όπως προσδιόριζαν και εξειδίκευαν τον τόπο και τον τρόπο εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης, απαιτούσαν συγκεκριμένες δεξιότητες, καθώς και άριστη γνώση της τοπογραφίας του Δήμου Βαρσοβίας, κυρίως δε δυνατότητα άμεσης αντίδρασης, με σκοπό την ορισμένου επιπέδου συντήρηση των οδοστρωμάτων εντός συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος, με την ταυτόχρονη χρήση ειδικής τεχνολογίας, για την οποία απαιτείται πείρα και αυξημένη ικανότητα του προσωπικού ως προς τον

⁴⁴¹ Βλ. τους σχετικούς προβληματισμούς και στα σημεία 27-34 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα *Niilo Jääskinen*, της 8^{ης} Σεπτεμβρίου 2105, ECLI:EU:C:2015:558.

χειρισμό της τεχνολογίας αυτής, βάσει της οποίας και μόνο καθίσταται δυνατή η προσήκουσα εκτέλεση της διεκδικούμενης σύμβασης, αποκλείοντας παράλληλα τυχόν επικίνδυνες συνέπειες για την οδική κυκλοφορία. Υπό τις συνθήκες δε αυτές, για τη συγκεκριμένη εκτέλεση αυτού του είδους της σύμβασης απαιτείται έμπειρο προσωπικό, το οποίο, μεταξύ άλλων, θα μπορεί να έχει άμεση δυνατότητα παρατήρησης της κατάστασης των οδοστρωμάτων και διεξαγωγής επιτόπιων ελέγχων, προκειμένου να μεριμνήσει εκ των προτέρων, ή εν πάση περιπτώσει, να ανταποκριθεί επαρκώς στις συγκεκριμένες ανάγκες της παροχής των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης⁴⁴².

Λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω παραδοχών και του συνόλου των ειδικών περιστάσεων, κάτω από τις οποίες επρόκειτο να παρασχεθούν οι υπηρεσίες καθαρισμού του αναδόχου, το Δικαστήριο, καίτοι δεν αμφισβήτησε την παροχή

⁴⁴² Η όλη προβληματική σχετικά με τη δυνατότητα μεταβίβασης των τεχνολογικών και επαγγελματικών πόρων τρίτων, ζήτημα που ούτως ή άλλως είναι εξόχως περιπτώσιολογικό, αναπτύσσεται εξαιρετικά στα σημεία 31-34 των Προτάσεων του του Γενικού Εισαγγελέα με συγκεκριμένη αναφορά σε ενδεικτικό παράδειγμα, όπου αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: «31. Η δυνατότητα μεταβίβασης τεχνολογικών πόρων συνδέεται με το ερώτημα αν ένας οικονομικός φορέας μπορεί να μεταδώσει την τεχνολογική του επάρκεια ή την τεχνογνωσία του σε άλλον οικονομικό φορέα, για παράδειγμα μέσω διαβουλεύσεως και παροχής συμβουλευτικών υπηρεσιών. Στις γραπτές παρατηρήσεις των μετεχόντων στη διαδικασία καταγράφονται επίσης επιχειρήματα τα οποία αφορούν περισσότερο το ζήτημα κατά πόσον αυτές οι ικανότητες διαφορετικών οντοτήτων μπορούν να αθροιστούν συνολικά, προσέγγιση την οποία φρονώ ότι ακολουθεί ο νομοθέτης της Ένωσης στο άρθρο 48 της οδηγίας 2004/18. Ωστόσο, στο πλαίσιο της κύριας δίκης, η πραγματική διαφορά έγκειται στο αν η τεχνολογική επάρκεια της PUM μπορούσε να μεταδοθεί στην PARTNER, χωρίς αυτός ο οικονομικός φορέας (PUM) να συμμετέχει άμεσα στην εκτέλεση της συμβάσεως. Η διαφορά της κύριας δίκης, δηλαδή, δεν αφορά απλώς και μόνο την άθροιση ικανοτήτων παρόμοιων με αυτές που ήδη διέθετε η PARTNER.

32. Σε μεγάλο βαθμό, τούτο εξαρτάται από την φύση και το αντικείμενο της συμβάσεως. Πράγματι, υπάρχουν πόροι που μπορούν να μεταβιβαστούν. Ας υποθέσουμε την ανάθεση από έναν πάροχο δημόσιων υγειονομικών υπηρεσιών μιας συμβάσεως η οποία έχει ως αντικείμενο τον έλεγχο συγκεκριμένης μορφής καρκίνου μέσω της χρήσεως μιας δεδομένης τεχνολογίας για καθορισμένο αριθμό προσώπων. Ας υποθέσουμε επιπλέον ότι οι όροι της εν λόγω συμβάσεως προβλέπουν ότι, στις περιπτώσεις οι οποίες δεν είναι απολύτως σαφείς, τα αποτελέσματα θα πρέπει να επιβεβαιώνονται από έναν ειδικό που θα έχει συγκεκριμένα και ανώτερα επαγγελματικά προσόντα. Υπό αυτές τις περιστάσεις, δεν θα συνέτρεχε λόγος να στερηθεί ο προσφέρων της δυνατότητας να στηριχθεί σε έναν άλλο φορέα ο οποίος θα του παράσχει τις απαραίτητες συμβουλευτικές υπηρεσίες. Ωστόσο, αν η εν λόγω σύμβαση αφορούσε τον έλεγχο μέσω μιας νέας και μη δεδομένης μεθοδολογίας, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως θα απαιτούσε από τον ίδιο τον προσφέροντα να διαθέτει αυτός τις σχετικές ικανότητες. Στην περίπτωση αυτή ανακύπτει ένα ζήτημα το οποίο αφορά τις πραγματικές περιστάσεις της αναθέσεως της συμβάσεως.

33. Επομένως, όπως έχω ήδη επισημάνει, θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη ο χαρακτήρας της εκάστοτε συμβάσεως καθώς και η ανάγκη που πρέπει να ικανοποιηθεί. Το ζήτημα αυτό αποτελεί αντικείμενο αξιολογήσεως εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων.

34. Το κατά πόσον η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει τη συμμετοχή του τρίτου φορέα στην εκτέλεση μιας συμβάσεως ως μοναδικό μέσο που αποδεικνύει ότι οι απαιτούμενες ικανότητες βρίσκονται στη διάθεση του εκάστοτε προσφέροντος, αποτελεί επίσης ζήτημα το οποίο πρέπει να αντιμετωπίζεται κατά περίπτωση. Τα πάντα εξαρτώνται από τον χαρακτήρα και τον σκοπό της συμβάσεως. Κατά την άποψή μου, είναι σχεδόν βέβαιο ότι θα υπάρχουν περιπτώσεις εύκολο όπου η σχετική υποχρέωση είναι τέτοιου βαθμού δυσκολίας ώστε να πρέπει να αναληφθεί από τον τρίτο που διαθέτει τις εξειδικευμένες ικανότητες των οποίων γίνεται επίκληση, και όχι απλώς στη βάση παροχής συμβουλευτικών υπηρεσιών και διαβουλεύσεως εκ μέρους ενός τέτοιου φορέα, ενώ την αντίστοιχη υποχρέωση αναλαμβάνει ο ίδιος ο προσφέρων.», με τον ίδιο να επισημαίνει εναργώς στο ενδιάμεσο συμπέρασμά του, στο σημείο 35 των Προτάσεών του ότι: «[...] Ο προσφέρων επιτρέπεται να επικαλεστεί τις δυνατότητες άλλων φορέων προκειμένου να αποδείξει την τεχνολογική και/ή επαγγελματική του ικανότητα, ανάλογα όμως και με τους περιορισμούς που απορρέουν από τον χαρακτήρα και τον σκοπό της συμβάσεως της οποίας απαιτείται η εκτέλεση.».

εξειδικευμένων συμβουλών και εκπαίδευσης προς την *Partner* εκ μέρους της *PUM*, εντούτοις έκανε δεκτό ότι δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο η προβλεπόμενη συμμετοχή της τελευταίας υπό τη μορφή αυτή, να μη μπορεί να θεωρηθεί επαρκής για να διασφαλιστεί ότι η προσφέρουσα εταιρεία θα έχει όντως στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης, μέσω της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, όπως η συγκεκριμένη δυνατότητα είχε διαμορφωθεί και γίνει δεκτή από το ΔΕΕ σε προηγούμενες αποφάσεις του. Το ανωτέρω δε συμπέρασμα επιρρωνύεται κατά το Δικαστήριο ακόμη περισσότερο στην επίδικη υπόθεση και από το πραγματικό γεγονός ότι, η *PUM* εδρεύει στην πόλη *Grudziadz*, απέχοντας περίπου 230 χιλιόμετρα από τη Βαρσοβία⁴⁴³. Έτσι, το ΔΕΕ ως προς το πρώτο έως τρίτο, πέμπτο και έκτο ερώτημα, απεφάνθη ότι δεν αποκλείεται να περιοριστεί η άσκηση του δικαιώματος προσφυγής στη δάνεια εμπειρία, υπό ειδικές περιστάσεις, που σχετίζονται με το αντικείμενο μιας σύμβασης, αλλά και τους σκοπούς που αυτή επιδιώκει να καλύψει, με συνέπεια οι δυνατότητες ενός τρίτου φορέα που είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης να μην μπορούν να μεταβιβασθούν στον υποψήφιο ή προσφέροντα, παρά μόνο εάν ο τρίτος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεσή της⁴⁴⁴.

Συναφώς, επί του τέταρτου ερωτήματος, το ΔΕΕ επανέλαβε τα πορίσματά του από τη συνδυαστική ανάγνωση προηγούμενων αποφάσεών του και ειδικά εκείνων στις υποθέσεις C-218/11 και C-234/14, όπως ήδη αναλύθηκαν διεξοδικά και ανωτέρω. Συγκεκριμένα, απέκλεισε κατ' αρχήν το ενδεχόμενο να αναγνωρίζεται στην αναθέτουσα αρχή η ευχέρεια να επιβάλλει ρητούς όρους που θα μπορούσαν εκ προοιμίου να παρακαλύουν την ελεύθερη άσκηση του δικαιώματος κάθε οικονομικού φορέα να στηρίζεται στις δυνατότητες έτερων φορέων, μεταξύ άλλων, ορίζοντας στο κείμενο της διακήρυξης συγκεκριμένους κανόνες, βάσει των οποίων κατ' αποκλειστικότητα και μόνο, μπορεί να γίνει επίκληση των δυνατοτήτων των τρίτων. Η παραδοχή αυτή ενισχύεται και από το πραγματικό γεγονός ότι είναι αντικειμενικά δυσχερές ή και αδύνατο να προβλεφθούν εκ των προτέρων όλα τα πιθανά ενδεχόμενα χρήσης αυτής της δυνατότητας εκ μέρους των οικονομικών φορέων και άρα δεν μπορεί ήδη πριν τη στιγμή κατάθεσης των προσφορών να κρίνεται απορριπτέα η συμμετοχή ενός οικονομικού φορέα, ο οποίος στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου με κάποια

⁴⁴³ Βλ. ιδιαίτερα τις σκέψεις 42-47 της απόφασης.

⁴⁴⁴ Βλ. σχετικά *M. Πετροπούλου*, ό.π. και *Albert Sanchez Graells*, CJEU offers further clarification on rules for reliance on third party capacities and the possibility to impose restrictions thereof (C-324/14), 11 April 2016, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2016/4/8/cjeu-offers-further-clarification-on-rules-for-reliance-on-third-party-capacities-c-32414>, όπου αναφέρει χαρακτηριστικά ότι με την εν λόγω απόφαση το ΔΕΕ φαίνεται να επιθυμεί να εμπλακεί σε μία πιο ουσιαστική ανάλυση, αλλά όχι απαραίτητα υποκείμενη σε ένα στενό τεστ αναλογικότητας. Κατά τον ίδιο δε, σύμφωνα με τα πορίσματα της συγκεκριμένης απόφασης, σε κάθε περίπτωση, οι αναθέτουσες αρχές που επιθυμούν να απαιτήσουν από προσφέροντες ή τρίτους φορείς, στους οποίους στηρίζονται οι πρώτοι, να εκτελέσουν οι ίδιοι συγκεκριμένες εργασίες απευθείας, θα πρέπει να το διευκρινίζουν και να το καθιστούν απολύτως σαφές, ορίζοντας το ρητά και απερίφραστα στα τεύχη του διαγωνισμού, κατά τον ίδιο τρόπο που θα πρέπει να συμπληρώνουν το ουσιαστικό ποιοτικό κριτήριο επιλογής με πρόσθετους όρους ως προς την ευθύνη του οικονομικού φορέα, όπως προβλέπεται πλέον στο άρθρο 63 της Οδηγίας.

(ενδεχομένως και πρωτότυπη) μορφή, απλά και μόνο επειδή δεν προβλέπεται ως επιτρεπτή από το κείμενο της διακήρυξης⁴⁴⁵.

Ωστόσο, στο πλαίσιο και της απάντησης που δόθηκε στο πρώτο έως τρίτο, στο πέμπτο και στο έκτο ερώτημα, έγινε δεκτή από το Δικαστήριο, η δυνατότητα θεμιτού περιορισμού της προσφυγής στα μέσα τρίτου για την τεκμηρίωση των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που έχει στη διάθεσή της η αναθέτουσα αρχή, πάντοτε όμως σε σχέση και σύνδεση με το αντικείμενο και τους σκοπούς που επιδιώκει η κρινόμενη σύμβαση, συμφώνως προς την αρχή της αναλογικότητας. Υπό τις περιστάσεις αυτές, κρίθηκε, όπως είχε γίνει δεκτό και στην υπόθεση C-234/14, ότι δεν μπορεί σε πρώτο χρόνο να αποκλειστεί η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να θέσει ρητούς και συγκεκριμένους κανόνες που να ρυθμίζουν τον τρόπο επίκλησης εκ μέρους ενός οικονομικού φορέα των πόρων τρίτου, αλλά σαφέστατα η ευχέρεια αυτή της αναθέτουσας αρχής, δεν της αναγνωρίζεται άνευ ορίων. Αντιθέτως, προσδιορίζεται και οριοθετείται εντός των πλαισίων που χαράσσουν η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και άρα θα πρέπει παράλληλα η αναθέτουσα αρχή να παρέχει την ευκαιρία στους οικονομικούς φορείς να προτείνουν εναλλακτικούς τρόπους χρήσης των δυνατοτήτων άλλων φορέων, εκτός των προβλεπόμενων στο κείμενο της διακήρυξης, που όμως διασφαλίζουν εξίσου ότι όντως θα διατεθούν σε αυτούς οι επικαλούμενες δυνατότητες⁴⁴⁶.

Τέλος, χωρίς να παραγνωρίζεται η αξία της απάντησης που δόθηκε στο έβδομο ερώτημα⁴⁴⁷, μεγάλο ενδιαφέρον παρουσιάζει για την εξεταζόμενη απόφαση του ΔΕΕ,

⁴⁴⁵ Συνάδουσα με αυτό το πνεύμα της ενωσιακής νομολογίας και η ΑΕΠΠ 480/2018, η οποία στις σκέψεις 21 και επ., ιδιαίτερα δε στις σκέψεις 22 και 23 αναλύει και πραγματεύεται την εισαγωγή θεμιτών περιορισμών στο δικαίωμα προσφυγής στις δυνατότητες τρίτων φορέων για την κάλυψη της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υποψηφίου σε έναν διαγωνισμό, την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εξετάσει απλώς και μόνο τη λυσιτέλεια των αποδεικτικών μέσων ως προς την έγκυρη και επαρκή δέσμευση των τρίτων απέναντί τους, αλλά και την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας και την υιοθέτηση περιορισμών ως προς τον τρόπο τεκμηρίωσης της επικαλούμενης ικανότητας του προσφέροντος, βάσει κριτηρίων που προσιδιάζουν και είναι ανάλογα με το αντικείμενο της υπό σύναψη σύμβασης.

⁴⁴⁶ Βλ. σκέψεις 50-58 της απόφασης, αλλά και τα σημεία 38-40 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα, ο οποίος επισήμανε ότι ως ακροτελεύτιος θεμιτός, αλλά και απόλυτος περιορισμός της εφαρμογής του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», με την επιφύλαξη όμως και πάλι ότι για να θεωρηθεί νόμιμος, θα πρέπει σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας να αποτυπώνεται εκ των προτέρων σε ρητό όρο της διακήρυξης του διαγωνισμού, αναγνωρίζεται ο συλλήβδην αποκλεισμός του σχετικού δικαιώματος, όπως υιοθετήθηκε στην απόφαση επί της υπόθεσης C-94/12 και δη στη σκέψη 35 αυτής, όταν η σύμβαση εκ της φύσεως και τους ίδιου του αντικειμένου της μπορεί να ανατεθεί μόνο σε έναν υποψήφιο ανάδοχο.

⁴⁴⁷ Το Δικαστήριο δεν είχε κανέναν ενδοιασμό να απαντήσει αρνητικά, θεωρώντας ότι αντίκειται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής διακρίσεων μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων, μετά το άνοιγμα των προσφορών, να γίνεται δεκτό το αίτημα συγκεκριμένου οικονομικού φορέα με περιεχόμενο να ληφθεί υπόψη η προσφορά του μόνο για ορισμένα από τα τμήματα της σύμβασης αυτής, παρά το γεγονός ότι έχει υποβάλλει προσφορά για το σύνολο των τμημάτων του διαγωνισμού. Ειδικότερα, ήταν σαφής και ξεκάθαρη η θέση που έλαβε το ΔΕΕ στις σκέψεις 61-69 της απόφασης, με αναφορά σε παγιωμένη νομολογία του [βλ. ιδίως Απόφαση ΔΕΕ της 06.11.2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345 (σκέψη 44) και Απόφαση ΔΕΕ της 10.10.2013, C-336/12, *Manova A/S*, ECLI:EU:C:2013:647 (σκέψη 31-32 και 36-37)], σχετικά με τη θεμιτή παροχή διευκρινίσεων εκ μέρους διαγωνιζόμενου, καταλήγοντας ότι μία τέτοια υποβληθείσα δήλωση ενός συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, μέσω της οποίας προσδιορίζεται μονομερώς από τον ίδιο, μετά το άνοιγμα των προσφορών, η σειρά προτεραιότητας των επιμέρους τμημάτων της οικείας σύμβασης, βάσει της οποίας πρέπει να αξιολογηθεί η προσφορά του, δεν συνιστά απλώς διευκρίνιση σε επιμέρους σημεία ή διόρθωση

η απάντηση που εν τέλει δόθηκε στο δέκατο και τελευταίο ερώτημα, σχετικά με τη δυνατότητα να ερμηνευθούν οι εφαρμοστέες διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, υπό το φως των νέων διατάξεων, αλλά και των αιτιολογικών σκέψεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Παρά το μάλλον συνοπτικό περιεχόμενό τους, το οποίο περιορίστηκε ουσιαστικά στο ότι το άρθρο 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18 δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα των οριζομένων στο άρθρο 63 παρ. 1 της νέας οδηγίας, οι σκέψεις 82-93 της ίδιας της απόφασης, αλλά κυρίως η ενδεδειγμένη ανάπτυξη των σημείων 54-64 του Γενικού Εισαγγελέα, συνιστούν πρώτης τάξεως μεθοδολογικά εργαλεία για την ερμηνευτική προσέγγιση, τόσο δογματικά όσο και τελολογικά των εν ισχύ διατάξεων των νέων οδηγιών και σαφέστατα και των αντίστοιχων άρθρων του Ν. 4412/2016. Πέρα από τις μάλλον αναμενόμενες αναφορές στην ανάγκη υπηρετήσης της αρχής της ασφάλειας δικαίου και τη μη αναδρομική εφαρμογή διατάξεων που δεν ίσχυαν κατά τον χρόνο που ανέκυψε η επίδικη διαφορά, επί τη βάση της αρχής *ratione temporis*⁴⁴⁸, η κομβικής σημασίας τεκμηρίωση που ακολουθήθηκε από το Δικαστήριο⁴⁴⁹, βασιζόταν στο δίπολο του κατά πόσο η νέα διάταξη του άρθρου 63 πράγματι μπορούσε να θεωρηθεί εννοιολογική και νομική συνέχεια των προβλέψεων του άρθρου 48 παρ. 3 της παλαιάς οδηγίας ή έπρεπε να θεωρηθεί εξ ολοκλήρου νέο νομικό καθεστώς⁴⁵⁰.

Κατ' ουσίαν, ο όλος συλλογισμός αναδεικνύει με ενάργεια την παραδοχή που ο γράφων έχει ήδη υπαινιχθεί σε περισσότερες από μία αναφορές στο παρόν κεφάλαιο και η οποία συνίσταται στο εξής. Οι ρυθμίσεις του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως ενσωματώθηκε στο 78 του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016⁴⁵¹, να μεν εκκινούν από την ανάγκη να διευκρινιστούν βασικές έννοιες και όροι, προκειμένου να κατοχυρωθεί η αναγκαία ασφάλεια δικαίου και να ενσωματωθούν ομαλά ορισμένες πτυχές από τη σχετική πάγια νομολογία του Δικαστηρίου αναφορικά με τον θεσμό της «δάνειας εμπειρίας», εντούτοις είναι έκδηλο ότι όχι μόνο εξειδίκευσαν το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο, θέτοντας πρόσθετες προϋποθέσεις άσκησης του δικαιώματος στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, αλλά έτι περαιτέρω, ότι επέφεραν σε τέτοιο βαθμό, ουσιώδεις τροποποιήσεις όσον αφορά το δικαίωμα ενός οικονομικού φορέα να βασίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων για την εκτέλεση μιας δημόσιας σύμβασης που στην πραγματικότητα θεμελιώνουν ένα ολότελο νέο νομικό καθεστώς⁴⁵². Η

προδήλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, κατά την έννοια της προπαρατεθείσας νομολογίας του ίδιου του Δικαστηρίου, αλλά αποτελεί, στην πραγματικότητα, ουσιώδη τροποποίηση, η οποία μάλλον προσομοιάζει με την υποβολή νέας προσφοράς. Πρβλ. στην ίδια λογική αν και με διαφορετική θεμελίωση και χωρίς αναφορά σε αθέμιτη τροποποίηση της προσφοράς του υποψηφίου αναδόχου, τη ΔΕφΘεσσαλ 444/2022, σκέψη 19 και τη ΔΕφΑθ 1384/2022, σκέψεις 7-9, σχετικά με την ανεπίτρεπτη τροποποίηση των δηλώσεων στο Ε.Ε.Ε.Σ. της ιδιότητας του τρίτου φορέα, στο στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

⁴⁴⁸ Με τον ίδιο τον Γενικό Εισαγγελέα πάντως, να σχολιάζει στο σημείο 58 των Προτάσεών του την ανεξήγητα διαφορετική στάση που κράτησε το Δικαστήριο, στηριζόμενο για την ερμηνεία της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ τόσο σε διάταξη όσο και σε αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σε τουλάχιστον άλλη μία περίπτωση.

⁴⁴⁹ Ομολογουμένως όχι σε απόλυτη ταύτιση με τις Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα.

⁴⁵⁰ Τα συναφή ζητήματα θα αναπτυχθούν διεξοδικά στον οικείο τόπο, κατωτέρω.

⁴⁵¹ Και αντίστοιχα τα άρθρα 307 και 308 παρ. 2 για το Βιβλίο ΙΙ του Ν. 4412/2016 κατ' εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 80, της υποπαρ. 2 της παρ. 1, καθώς και της υποπαρ. 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

⁴⁵² Βλ. ιδίως σκέψη 90 της απόφασης και σημεία 60-64 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

εξαγωγή μάλιστα του εν λόγω συμπεράσματος αποτυπώνεται στην απόφαση του ΔΕΕ με τρόπο πανηγυρικό, φτάνοντας μέχρι του σημείου να διαπιστωθεί ότι το άρθρο 63 δεν αποτελεί συνέχεια του άρθρου 48 παρ. 3 και ότι οποιαδήποτε άλλη ερμηνευτική προσέγγιση του τελευταίου, μέσω των αιτιολογικών σκέψεων και του περιεχομένου της νέας οδηγίας θα ενείχε κατά κάποιον τρόπο τον κίνδυνο πρόωρης εσφαλμένης εφαρμογής ενός νέου και διακριτού νομικού καθεστώτος και θα αντέβαινε προδήλως στην αρχή της ασφάλειας δικαίου για τους οικονομικούς φορείς⁴⁵³.

- b. Η εισαγωγή θεμιτών περιορισμών για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επάρκειας μέσω των ικανοτήτων τρίτων, εφόσον τελούν σε σύνδεση με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογοι προς αυτό.

Μια απόφαση του ΔΕΕ που επίσης ασχολήθηκε εκτενώς και πρόσφερε πολυεπίπεδα, δίνοντας απαντήσεις σε σειρά πρακτικών ζητημάτων που σχετίζονται με την ορθή χρήση των δυνατοτήτων τρίτου φορέα, εκδόθηκε στην υπόθεση C-387/14⁴⁵⁴. Συνοψίζοντας το μακροσκελές ιστορικό και τα σύνθετα πραγματικά περιστατικά που αναλύονται στις σκέψεις 15-32 της υπό εξέταση απόφασης και κατέληξαν στη διατύπωση επτά (7) συνολικά προδικαστικών ερωτημάτων, στην πλειοψηφία τους ασχολούμενων κατά το μάλλον ή ήττον με θέματα που άπτονταν του δανεισμού εμπειρίας⁴⁵⁵, τα κομβικά σημεία όπου στάθηκε η απόφαση και αποσαφήνισαν πτυχές

⁴⁵³ Βλ. σχετικά τις σκέψεις 91 και 93 της απόφασης, όπου κατηγορηματικά αρνείται το ΔΕΕ τη δυνατότητα ερμηνείας των εφαρμοστέων διατάξεων της παλαιάς οδηγίας, υπό το πρίσμα των αντίστοιχων ρυθμίσεων της νέας και τη διαφορετική προσέγγιση του Γενικού Εισαγγελέα, ο οποίος διακρίνει την αναπτυσσόμενη σχέση μεταξύ παλαιών και νέων διατάξεων, σε δύο επιμέρους προσεγγίσεις. Αρχικά, ιδωμένων των νέων ρυθμίσεων στη λογική ότι απλώς κωδικοποιούν τη νομολογία σχετικά με την Οδηγία 2004/18/EK ή προσθέτουν περισσότερες λεπτομέρειες σε αυτήν και υπό τον όρο ότι οι σχετικές διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/EE ούτε αντιφάσκουν προς την πρώτη ούτε θέτουν υποχρεωτικούς κανόνες ή όρους εις βάρος των οικονομικών φορέων, οπότε, στην κρινόμενη περίπτωση η διάταξη του άρθρου 63, μπορεί πράγματι να χρησιμοποιηθεί ως ερμηνευτικό εργαλείο του άρθρου 48 παρ. 3 της παλαιάς οδηγίας, καθώς είναι αυτονόητο ότι η νομοθετική βούληση, όπως υποκρύπτεται πίσω από τις σχετικές διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/EE είναι να προχωρήσει περαιτέρω η εναρμόνιση της υφιστάμενης νομοθεσίας και νομολογίας, και όχι να διαρρηχθεί. Αντιθέτως, μια τέτοια ερμηνευτική προοπτική αποκλείεται, αν βούληση του νομοθέτη ήταν να παρεκκλίνει από τις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK ή την υφιστάμενη νομολογία, οπότε είναι αναμφισβήτητο ότι η πρόσφατη οδηγία δεν μπορεί να λειτουργήσει ως κατευθυντήρια γραμμή για την ερμηνεία των διατάξεων της προηγούμενης.

⁴⁵⁴ Απόφαση ΔΕΕ της 04.05.2017, C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2017:338. Βλ. σχετικά *Milena Basta Trtnik*, Poziv za predložitev dokazil samo najugodnejšemu ponudniku? Ne vedno!, *Pravna praksa*, 2017, n° 24-25, σελ. 8-10, *Denys Simon*, Modification des offres, Europe 2017 Juillet Comm. n° 267, σελ. 35-36, *Albert Sanchez Graells*, ECJ clarifies that reliance on third party capacities is not possible after the tenderer has been found not to comply with qualitative selection criteria (C-387/14), 9 May 2017, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/5/9/u0ht1gy4f1vgo9b4thvu08ydkxj> και *M. Πετροπούλου*, ό.π. Σημειώνεται δε ότι στη συγκεκριμένη απόφαση δεν έγινε καμία αναφορά στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/EE παρά το γεγονός ότι είχε ήδη δημοσιευθεί.

⁴⁵⁵ Τα συναφή ερωτήματα διατυπώθηκαν ως ακολούθως: «1) Συνάδει με το άρθρο 51 της οδηγίας [2004/18], σε συνδυασμό με την αρχή της ίσης και άνευ διακρίσεων μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων και της διαφάνειας που καθιερώνει το άρθρο 2 αυτής, το ότι οικονομικός φορέας δηλώνει κατά το στάδιο της διεκρινίσεως ή συμπληρώσεως των εγγράφων υποψηφιότητας άλλες εκτελεσθείσες συμβάσεις (ήτοι εκτελεσθείσες συμβάσεις προμήθειας) πέραν εκείνων που περιλαμβάνονταν στον κατάλογο των συμβάσεων προμηθειών ο οποίος είχε επισυναφθεί στην προσφορά; Μπορεί, ιδίως, ο εν λόγω φορέας να στηριχθεί σε συμβάσεις που εκτελέστηκαν από άλλον οικονομικό φορέα, εάν δεν έχει δηλώσει στην προσφορά ότι διαθέτει τις δυνατότητες αυτές;

του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» που δεν είχαν τύχει νομολογιακής ερμηνείας στο παρελθόν, σταχυολογούνται στα εξής.

Αρχικά, με τα τρία πρώτα ερωτήματα που απαντήθηκαν από κοινού⁴⁵⁶, τέθηκε το ζήτημα του κατά πόσο είναι επιτρεπτό σε συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, μετά τη λήξη της προθεσμίας που έχει ταχθεί για την κατάθεση των προσφορών, να υποβάλλει έγγραφα τεκμηρίωσης και ειδικότερα στην επίδικη υπόθεση, κατάλογο προηγούμενων προμηθειών, προκειμένου να αποδείξει την πλήρωση τεχνικών ικανοτήτων εκ μέρους του και στην περίπτωση που δεν πληροί ο ίδιος αυτοτελώς το τεθέν ποιοτικό κριτήριο, συμβάσεις εκτελεσθείσες από τρίτο, συνοδευόμενες από γραπτή δέσμευση του τελευταίου ότι διαθέτει τους αναγκαίους πόρους στον συμμετέχοντα οικονομικό

2) Λαμβανομένης υπόψη της απόφασης της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Μαονα* [(C-336/12, EU:C:2013:647)], από την οποία προκύπτει ότι “[η] αρχή της ίσης μεταχείρισεως δεν αντιτίθεται στο να ζητήσει η αναθέτουσα αρχή από υποψήφιο, μετά τη λήξη της ταχθείσας προθεσμίας για την υποβολή υποψηφιότητας σε διαγωνισμό για δημόσια σύμβαση, να κοινοποιήσει έγγραφα που περιγράφουν την κατάσταση του υποψηφίου αυτού, όπως ο δημοσιευμένος ισολογισμός, των οποίων η ύπαρξη πριν από τη λήξη της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμη, αρκεί τα σχετικά με την εν λόγω δημόσια σύμβαση έγγραφα να μην επέβαλλαν ρητώς την κοινοποίησή τους επί ποινή αποκλεισμού της υποψηφιότητας”, πρέπει το άρθρο 51 της οδηγίας [2004/18] να ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι η συμπλήρωση των εγγράφων επιτρέπεται μόνον όσον αφορά έγγραφα για τα οποία μπορεί να διαπιστωθεί αντικειμενικώς ότι υφίσταντο πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής στη διαδικασία, ή υπό την έννοια ότι το Δικαστήριο επισήμανε, συναφώς, απλώς μια ορισμένη δυνατότητα και η συμπλήρωση των εγγράφων επιτρέπεται και σε άλλες περιπτώσεις, παραδείγματος χάρι δια της εκ των υστέρων υποβολής εγγράφων που δεν υφίσταντο πριν από τη λήξη της ανωτέρω προθεσμίας, αλλά μπορούν να επιβεβαιώσουν αντικειμενικώς ότι πληρούνται συγκεκριμένη προϋπόθεση συμμετοχής;

3) Εάν στο δεύτερο ερώτημα δοθεί η απάντηση ότι είναι δυνατή η συμπλήρωση και άλλων εγγράφων πέραν εκείνων που επισημαίνονται στην απόφαση [της 10ης Οκτωβρίου 2013], *Μαονα* [(C-336/12, EU:C:2013:647)], μπορούν να συμπληρωθούν έγγραφα που προέρχονται από τον οικονομικό φορέα, από τρίτους υπεργολάβους ή από άλλους οικονομικούς φορείς στις δυνατότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, εάν αυτές οι δυνατότητες δεν δηλώθηκαν στο πλαίσιο της προσφοράς;

4) Συνάδει με το άρθρο 44 [της οδηγίας 2004/18], σε συνδυασμό με το άρθρο 48, παράγραφος 2, στοιχείο α', [της ίδιας οδηγίας], καθώς και με την αρχή της ίσης μεταχείρισεως των οικονομικών φορέων που καθιερώνει το άρθρο 2 της οδηγίας [αυτής], η επίκληση των δυνατοτήτων άλλου οικονομικού φορέα, κατά την έννοια του άρθρου 48, παράγραφος 3, προκειμένου να ληφθούν υπόψη σωρευτικώς η γνώση και η πείρα δύο οικονομικών φορέων έκαστος των οποίων δεν διαθέτει αυτοτελώς τη γνώση και την πείρα που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή, όταν η πείρα αυτή δεν δύναται να επιμερισθεί (δηλαδή, η σχετική προϋπόθεση συμμετοχής στη διαδικασία πρέπει να πληρούται εξ ολοκλήρου από έναν οικονομικό φορέα) όπως και η εκτέλεση της συμβάσεως (πρέπει να εκτελεσθεί ως ενιαίο σύνολο);

5) Συνάδει με το άρθρο 44 [της οδηγίας 2004/18], σε συνδυασμό με το άρθρο 48, παράγραφος 2, στοιχείο α', [της ίδιας οδηγίας], καθώς και με την αρχή της ίσης μεταχείρισεως των οικονομικών φορέων που καθιερώνει το άρθρο 2 της οδηγίας [αυτής], η επίκληση της πείρας μιας κοινοπραξίας, προκειμένου οικονομικός φορέας που έχει εκτελέσει σύμβαση ως μέλος κοινοπραξίας να μπορεί να στηριχθεί στη συνολική εκτέλεση της συμβάσεως εκ μέρους της κοινοπραξίας ανεξαρτήτως της δικής του συνεισφοράς στην εν λόγω εκτέλεση ή μήπως ο οικονομικός φορέας δύναται να επικαλεσθεί μόνον την πείρα την οποία απέκτησε πράγματι κατά την εκτέλεση του συγκεκριμένου τμήματος της συμβάσεως που είχε αναλάβει στο πλαίσιο της κοινοπραξίας;

6) [...];

7) [...];».

⁴⁵⁶ Στην πραγματικότητα, απαντήθηκε μόνο το πρώτο ερώτημα και δοθέντος ότι η απάντηση σε αυτό ήταν αρνητική κρίθηκε ότι παρέλκει η απάντηση στα επόμενα δύο, αφού αυτά είχαν καταστεί άνευ αντικειμένου. Βλ. σχετικά τα σημεία 22-36 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα *Michal Bobek* της 24^{ης} Νοεμβρίου 2016, ECLI:EU:C:2016:899.

φορέα⁴⁵⁷. Ελλείπει ρητής πρόβλεψης στο ρυθμιστικό πλαίσιο των άρθρων 47 παρ. 2 και 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/EK για τη δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου, στις ικανότητες του οποίου δήλωνε αρχικά ο προσφέρων ότι θα στηριχθεί, το Δικαστήριο επιχείρησε να ερμηνεύσει το επίμαχο ζήτημα ανατρέχοντας στα κριθέντα – σχεδόν αποκλειστικά – με την απόφαση στην υπόθεση C-324/14⁴⁵⁸ και ιδιαίτερα επί τη βάση των αρχών της διαφάνειας, της ισότιμης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων και της απαγόρευσης εισαγωγής διακρίσεων, όπως βρίσκουν εφαρμογή κατά τη διαδικασία παροχής διευκρινίσεων εκ μέρους του διαγωνιζόμενου, καταλήγοντας ότι τέτοια μεταβολή του προσώπου του τρίτου, συνιστά αθέμιτη τροποποίηση της προσφοράς του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και άρα, ένα τέτοιο ενδεχόμενο πρέπει να αποκλειστεί⁴⁵⁹.

Επίσης, εξαιρετικό ενδιαφέρον παρουσιάζει και η απάντηση στο τέταρτο κατά σειρά ερώτημα, θίγοντας εκ νέου το ζήτημα της επιβολής θεμιτών περιορισμών στην άσκηση του δικαιώματος στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, εισάγοντας όμως μία εντελώς νέα διάσταση στον όλο προβληματισμό επ' αυτού. Συγκεκριμένα, βάσει των όρων της διακήρυξης στην υπό κρίση υπόθεση, η προηγούμενη εμπειρία του υποψηφίου αναδόχου, έπρεπε να αποδεικνύεται με κατάλληλα δικαιολογητικά τεκμηρίωσης της εκτέλεσης αντίστοιχων συμβάσεων (ως προς το αντικείμενο, την αξία, τον χρόνο και τους φορείς για λογαριασμό των οποίων εκτελέστηκαν), οι οποίες όμως συνδύαζαν επιμέρους αντικείμενα. Το πρόβλημα συνεπώς ανέκυπτε στην περίπτωση, όπως εν προκειμένω, που κανείς από τους τρίτους φορείς δεν κάλυπτε αμφότερα τα διακριτά αντικείμενα της προκηρυσσόμενης σύμβασης, σύμφωνα με τις βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης προηγούμενων συμβάσεων που προσκόμιζε. Προκειμένου να γίνει απολύτως αντιληπτό το εγείρομενο ζήτημα, διευκρινίζεται ότι το τέταρτο ερώτημα αφορούσε το κατά πόσο ήταν επιτρεπτή η στήριξη στα μέσα περισσότερων του ενός, τρίτων φορέων, αθροίζοντας τη σχετική γνώση και την εμπειρία τους⁴⁶⁰, λαμβανομένου όμως υπόψη ότι, αυτοτελώς έκαστος δεν πληρούσε το τεθέν ποιοτικό κριτήριο τεχνικής ικανότητας, ιδίως εφόσον το σύνθετο αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, συνιστούσε ενιαίο και αδιάσπαστο σύνολο και επρόκειτο να ανατεθεί και συνεπακόλουθα να εκτελεστεί από έναν και τον αυτό φορέα.

⁴⁵⁷ Επί της ουσίας επρόκειτο για μία περίπτωση μεταβολής του προσώπου του αρχικά δηλωθέντος τρίτου, υπό την έννοια της αντικατάστασης του τελευταίου από άλλον τρίτο φορέα, περίπτωση που σαφώς δεν προβλεπόταν και άρα παρέμενε αρρυθμιστη στο πλαίσιο του παλαιού νομοθετικού καθεστώτος.

⁴⁵⁸ Σκέψεις 63 και 64 αυτής, παρά το γεγονός ότι ο Γενικός Εισαγγελέας στις Προτάσεις του έκανε συστηματικές αναφορές και σε έτερες αποφάσεις του ΔΕΕ, σχετικές με το θέμα των ορίων της θεμιτής διευκρίνισης υποβληθείσας προσφοράς, όπως πχ. Απόφαση ΔΕΕ της 29.03.2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. κλπ.*, ECLI:EU:C:2012:191 (σκέψη 38 και 40-41), Απόφαση ΔΕΕ της 10.10.2013, C-336/12, *Manova A/S*, ECLI:EU:C:2013:647 (σκέψεις 32 έως 36) και Απόφαση ΔΕΕ της 06.11.2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345 (σκέψη 45).

⁴⁵⁹ Πραγματικά απίθανη και απολαυστική η μεταφορά και το παράδειγμα που δίνει ο Γενικός Εισαγγελέας στα σημεία 28-29 των Προτάσεών του.

⁴⁶⁰ Χωρίς φυσικά να τίθεται εν αμφιβόλω η κατ' αρχήν απολύτως ευκατὰ δυνατότητα σώρευσης των πόρων περισσότερων φορέων για την κάλυψη ενός και του αυτού κριτηρίου ποιοτικής επιλογής είτε τεχνικής είτε χρηματοοικονομικής φύσης, όπως αρχικά διατυπώθηκε στην υπόθεση C-94/12 και επιβεβαιώθηκε στην υπόθεση C-27/15.

Επομένως, αναδείχθηκε και πάλι το ζήτημα της θέσπισης θεμιτών περιορισμών στην άσκηση του δικαιώματος προσφυγής στις ικανότητες τρίτου, εφόσον αυτό ορίζεται ρητά στη διακήρυξη του διαγωνισμού και ασφαλώς τελεί σε εύλογη σύνδεση και αναλογία με το αντικείμενο της σύμβασης⁴⁶¹. Εντούτοις, εντασσόμενο σε μία γενικότερη προβληματική, το κρινόμενο προδικαστικό ερώτημα θεωρήθηκε ότι αφήνει να εννοηθεί ότι υφίσταται εγγενής ποιοτική διαφορά ανάλογα με το αν οι όροι ενός διαγωνισμού απαιτούν σωρευτική, επαναλαμβανόμενη πείρα σε έναν τομέα ή πείρα σε περισσότερους, διαφορετικούς μεταξύ τους τομείς. Ο συνδυασμός της απαιτούμενης προηγούμενης εμπειρίας σε περισσότερους του ενός τομείς δραστηριότητας δεν είναι πάντοτε εφικτός, υπό την έννοια ότι η κτηθείσα αθροιστικά, πείρα σε διακριτά μεταξύ τους αντικείμενα που συνδυάζονται επ' ευκαιρία της προκήρυξης ενός και του αυτού διαγωνισμού και θα εκτελεστούν ταυτόχρονα ή η απόκτηση ολιστικής και πλήρους εμπειρίας από την εκτέλεση ολοκληρωμένων σύνθετων αντικειμένων είναι, ενδεχομένως εκ της φύσεώς της, αναντικατάστατη⁴⁶².

Σε κάθε περίπτωση πάντως, δεν δόθηκε κατηγορηματική απάντηση στον ως άνω προβληματισμό, αλλά επιβεβαιώθηκε η εφαρμογή του νομικού κανόνα που ακολουθείται σε αμφότερες τις ως άνω περιπτώσεις τεκμηρίωσης της εμπειρίας και ο οποίος παραμένει ο ίδιος και για τις δύο. Το αν η απαιτούμενη προηγούμενη τεχνική εμπειρία ενός οικονομικού φορέα που έχει εκτελέσει δύο συμβάσεις μπορεί να υποκατασταθεί ή να εξισωθεί με την αντίστοιχη πείρα δύο διακριτών φορέων που έχουν εκτελέσει από μία σχετική σύμβαση έκαστος, συνιστά εν τέλει πραγματικό ζήτημα και εναπόκειται αποκλειστικά στην κρίση του εθνικού δικαστή. Πάντως, στην απάντησή του ΔΕΕ, σύμφωνα με όσα προέκυψαν και από το προδικαστικό ερώτημα του εθνικού δικαστηρίου, φαίνεται από τη διατύπωση των όρων του συγκεκριμένου διαγωνισμού να τίθεται ρητά και απερίφραστα ως προϋπόθεση παραδεκτής υποβολής προσφοράς, η τεκμηρίωση της απαιτούμενης προηγούμενης τεχνικής εμπειρίας από έναν και μόνο φορέα, κατά τρόπο που η εκτέλεση της σύμβασης «δεν δύναται να επιμερισθεί».

Υπό τις περιστάσεις αυτές, το ΔΕΕ δέχτηκε (α) ότι εφόσον αποκλείεται η δυνατότητα επίκλησης σωρευτικής πείρας και (β) ότι αυτή η απαγόρευση είναι «συνδεδεμένη και ανάλογη με το αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως», πράγματι είναι θεμιτός ο αποκλεισμός της δυνατότητας επίκλησης πόρων άλλων φορέων, μέσω της σώρευσης γνώσεων και πείρας δύο ή περισσότερων οικονομικών φορέων, αλλότριων προς τον υποβάλλοντα προσφορά. Επομένως, θεωρήθηκε συμβατός με το ενωσιακό δίκαιο, περιορισμός που αποκλείει τη στήριξη σε τρίτους φορείς, αθροίζοντας τη γνώση και την εμπειρία δύο (ή περισσότερων προφανώς) εξ αυτών, οι οποίοι δεν

⁴⁶¹ Διαπίστωση, η οποία εξάλλου αποτελεί πραγματικό ζήτημα και εναπόκειται στην κρίση του εθνικού δικαστή, σύμφωνα και με τον Γενικό Εισαγγελέα της υπόθεσης.

⁴⁶² Από την άλλη πλευρά, ο Γενικός Εισαγγελέας στο σημείο 44 των Προτάσεών του διερωτήθηκε αν θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι αυτού του είδους οι διατομεακοί συνδυασμοί μεταξύ περισσότερων αντικειμένων εμφανίζονται λιγότερο προβληματικοί σε σχέση με την απλή σώρευση ετών πείρας ή μεμονωμένων συμβάσεων, υπό την έννοια ότι όταν ένας συγκεκριμένος οικονομικός φορέας εκτελεί δεύτερη σύμβαση στον ίδιο τομέα δραστηριότητας έχει εμπεδώσει και κεφαλαιοποιήσει την προηγούμενη εμπειρία του, η οποία του δίνει ενδεχομένως μια νέα, διαφορετική αντίληψη των πραγμάτων και άρα, καταληκτικά ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι των ανταγωνιστών του.

διαθέτουν, ο καθένας χωριστά, τις ικανότητες που απαιτούνται για την εκτέλεση συγκεκριμένης σύμβασης. Τηρουμένης βέβαια της αναγκαίας προϋπόθεσης ότι κατά την εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, η επίμαχη σύμβαση πράγματι συνιστά ενιαίο σύνολο και μόνο με αυτή τη μορφή μπορεί να ανατεθεί, οπότε επιβάλλεται να εκτελεστεί από έναν και μόνον φορέα, και, δευτερευόντως ότι, ένας τέτοιος περιορισμός συμβαδίζει με την αρχή της αναλογικότητας⁴⁶³, όπως έχει εκτεθεί και ανωτέρω⁴⁶⁴.

Μεγάλης πρακτικής και θεωρητικής αξίας είναι και η απάντηση που δόθηκε στο πέμπτο ερώτημα της υπό κρίση απόφασης, καθώς τέθηκε το ζήτημα, κατά πόσο ένας οικονομικός φορέας που μετέχει σε διαγωνισμό αυτοτελώς, μπορεί να επικαλεστεί την προηγούμενη εμπειρία κοινοπραξίας, στην οποία μετείχε, κατά την ανάληψη και εκτέλεση προηγούμενης αντίστοιχης σύμβασης, χωρίς όμως να μπορεί να ελεγχθεί η φύση και η έκταση της πραγματικής συνεισφοράς του στην ολοκλήρωσή της. Σύμφωνα και με όσα αναπτύχθηκαν διεξοδικά στο προηγούμενο κεφάλαιο του παρόντος, αν γινόταν δεκτή η αποδοχή της επικαλούμενης συλλεκτικής εμπειρίας του κοινοπρακτικού σχήματος, άνευ όρων, ελλοχεύει ο κίνδυνος, ένας μεμονωμένος οικονομικός φορέας, εκμεταλλευόμενος τη συμμετοχή του σε προηγούμενο διαγωνισμό, από κοινού με άλλους οικονομικούς φορείς και ενόψει της ανάληψης και εκτέλεσης της σύμβασης από τον φορέα σύμπραξης – ήτοι την κοινοπραξία – να καρπωθεί την εκδοθείσα υπέρ αυτής, βεβαίωση καλής εκτέλεσης της σύμβασης, καίτοι η δική του συμβολή είτε αφορούσε άλλο αντικείμενο από το νυν διεκδικούμενο, είτε ο ρόλος του ήταν πολύ μικρός και περιορισμένος, με συνέπεια να μην δύναται να στοιχειοθετήσει υπέρ του, την αναγκαία τεχνογνωσία.

Υπό άλλη έννοια ιδωμένο το ίδιο ζήτημα, ο αυτός οικονομικός φορέας, δεν θα μπορούσε να έχει εκτελέσει αυτοτελώς την προηγούμενη σύμβαση, την οποία επικαλείται για την κάλυψη του αντίστοιχου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής στη νυν διεκδικούμενη, παρά μόνο εάν είχε λάβει μέρος με κατάθεση προσφοράς, εντός του κοινοπρακτικού σχήματος. Άρα, ούτε η προηγούμενη εμπειρία του δύναται να στοιχειοθετηθεί ούτε η τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης που διεκδικεί σε χρόνο ενεστώτα εδράζεται σε αντικειμενικά και εξακριβώσιμα αποδεικτικά μέσα. Με τον μανδύα της εκδοθείσας υπέρ της κοινοπραξίας βεβαίωσης καλής εκτέλεσης, αποκτά αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στον διαγωνισμό και δη εκείνων που δεν μπόρεσαν να υποβάλλουν προσφορά, ακριβώς λόγω της ίδιας με αυτόν, έλλειψης ικανότητας, την οποία στην πραγματικότητα ούτε και αυτός διαθέτει, αλλά αντλεί την

⁴⁶³ Σύνδεση με τη φύση και το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης.

⁴⁶⁴ Έτσι και *Albert Sanchez Graells*, ECJ clarifies that reliance on third party capacities is not possible after the tenderer has been found not to comply with qualitative selection criteria (C-387/14), 9 May 2017, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/5/9/u0oht1gy4f1vgo9b4thvu08ydkxjcxj>, ο οποίος θεωρεί ότι η συγκεκριμένη υπόθεση ξεκαθαρίζει το τοπίο στα θέματα που πραγματεύεται, συνδυάζοντας στοιχεία διευκρίνισης ή συμπλήρωσης στα δικαιολογητικά του διαγωνισμού με ζητήματα που πηγάζουν από τις αρχές της αποφυγής διακρίσεων, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Εντούτοις εγείρει το ευρύτερο ζήτημα του κατά πόσο τα εθνικά δικαστήρια θα είναι πρόθυμα να εμπλακούν σε ερμηνεία των σχετικών κανόνων, με αιτιολογία που θα στηρίζεται σε θεμελιώδεις αρχές, όπως οι ανωτέρω, χωρίς να καταλήξουν να απευθύνουν στο ΔΕΕ εξαιρετικά αναλυτικά προδικαστικά ερωτήματα.

τεκμηρίωσή της τυπικά και όλως τεχνηέντως από την προηγούμενη συμμετοχή του στο κοινοπρακτικό σχήμα, θεωρώντας καθ' υπέρβαση των ορίων της δικής του συνεισφοράς, ότι η εν συνόλω πρόσθετη τεχνογνωσία που αποκτήθηκε αντανακλά στον ίδιο, ατομικά.

Έτσι, απολύτως ορθά το ΔΕΕ κατέληξε να κρίνει ότι η πείρα, την οποία έχει αποκτήσει ένας οικονομικός φορέας αποτελεί ασφαλώς ένα ιδιαίτερα σημαντικό κριτήριο για την ποιοτική επιλογή του, δεδομένου ότι βάσει αυτής της κτηθείσας εμπειρίας, δίνει στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να ελέγξει, την ποιοτική του στάθμη από πλευράς τεχνογνωσίας και την εν γένει καταλληλότητα του για την εκτέλεση συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης. Συνεπακόλουθα, όταν ένας οικονομικός φορέας επικαλείται την εμπειρία κοινοπραξίας επιχειρήσεων, στην οποία είχε μετέσχει, η πείρα αυτή πρέπει να εκτιμάται σε σχέση με τη συγκεκριμένη συμμετοχή του εν λόγω φορέα, υπό την έννοια της ειδικής, δικής του πρόσθετης τεχνογνωσίας, όπως αποκτήθηκε εντός του πλαισίου του κοινοπρακτικού συνασπισμού και, κατ' επέκταση, να σταθμίζεται σύμφωνα με την πραγματική του συνεισφορά στην άσκηση μιας δραστηριότητας που ήταν απαραίτητη για την κοινοπραξία στο πλαίσιο συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης⁴⁶⁵.

Ούτως εχόντων των πραγμάτων, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι ένας οικονομικός φορέας αποκτά στην πραγματικότητα οποιαδήποτε εμπειρία απλώς και μόνο επειδή είναι μέλος κοινοπραξίας επιχειρήσεων και ασχέτως της ουσιαστικής συνεισφοράς του σε αυτήν, αλλά μόνο μετέχοντας άμεσα στην υλοποίηση τουλάχιστον ενός τμήματος της σύμβασης, για τη συνολική εκτέλεση της οποίας έχει την ευθύνη η ως άνω κοινοπραξία⁴⁶⁶. Οι επίμαχες λοιπόν εφαρμοστέες διατάξεις κατά το Δικαστήριο, δεν έχουν την έννοια ότι επιτρέπουν άνευ άλλου τινός, σε οικονομικό φορέα που μετέχει αυτοτελώς σε διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης να επικαλεστεί αορίστως την πείρα κοινοπραξίας, της οποίας ήταν μέλος, στο πλαίσιο εκτέλεσης προηγούμενης συναφούς δημόσιας σύμβασης, ειδικά με σύνθετο αντικείμενο, εάν δεν είχε συνεισφέρει στην πράξη και με συγκεκριμένο τρόπο στην εκτέλεση αυτής, αποδεικνύοντας παράλληλα τη σύνδεσή του με την εκτέλεση επιμέρους αντικειμένου της σύμβασης, μέσω του οποίου πράγματι τεκμηριώνει τη σχετική τεχνική ικανότητα.

Κλείνοντας την επισκόπηση των θεμάτων που αντιμετωπίστηκαν με τις απαντήσεις επί των ερωτημάτων στην κρινόμενη απόφαση του ΔΕΕ, στην ίδια κατεύθυνση κινείται και το τελευταίο εξ αυτών που ασχολήθηκε με το κατά πόσο οι πραγματευόμενες διατάξεις για τη δάνεια εμπειρία επιτρέπουν σε οικονομικό φορέα να στηριχθεί σε προηγούμενη εμπειρία τρίτου, επικαλούμενος ταυτόχρονα δύο ή

⁴⁶⁵ Όπως παρατηρεί εύστοχα και ο Γενικός Εισαγγελέας της υπόθεσης: «*Το να έχει ένας οικονομικός φορέας την πείρα που απαιτείται για την εκτέλεση μιας σύμβασης προφανώς δεν είναι το ίδιο με το να γνωρίζει κάποιον άλλο ο οποίος διαθέτει αυτή την πείρα. Ομοίως, η πείρα δεν μπορεί να αποκτηθεί απλώς και μόνο μέσω της τυπικής συνάψεως μιας σύμβασης ή της τυπικής συμμετοχής σε μια κοινοπραξία.*».

⁴⁶⁶ Βλ. και σημεία 51-52 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα, όπου γίνεται αναφορά σε ενδεχόμενες περαιτέρω σταθμίσεις ως προς τη συμμετοχή οικονομικού φορέα σε μία κοινοπραξία και την αναγνωρισθείσα εμπειρία επ' αφορμή αυτής της συμμετοχής, με το τελικό συμπέρασμα να παραμένει και στην προκειμένη περίπτωση ότι πρόκειται για ένα ζήτημα εξόχως περιπτώσιολογικό που πρέπει να κρίνεται κάθε φορά *ad hoc* και εντός του χωροχρονικού πλαισίου και των ιδιαιτεροτήτων κάθε υπόθεσης.

περισσότερες αναθέσεις ως μία σύμβαση, μολονότι η αναθέτουσα αρχή δεν είχε προβλέψει ρητώς στα τεύχη του διαγωνισμού μια τέτοια δυνατότητα. Η κρίση του Δικαστηρίου ήταν ότι δεν μπορεί *a priori* να αποκλειστεί ένα τέτοιο ενδεχόμενο και ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να μπορούν να αθροίσουν την επιμέρους εμπειρία τους, με εκείνη ενός ή περισσοτέρων τρίτων. Αντίστοιχα, όλως κατ' εξαίρεση θα μπορεί η αναθέτουσα να αποκλείσει ολοκληρωτικά μία τέτοια δυνατότητα, προβλέποντας ρητά στους όρους του διαγωνισμού ότι η ζητούμενη τεχνική ικανότητα δεν μπορεί να καταταμηθεί, υποκείμενου βέβαια ενός τέτοιου αποκλεισμού σε σταθμίσεις που σχετίζονται με το αντικείμενο και τον σκοπό της εκάστοτε δημόσιας σύμβασης⁴⁶⁷.

Έτσι, δεχόμενο κατ' αρχήν το Δικαστήριο, επί τη βάσει των απαντήσεων που δόθηκαν και στα ερωτήματα 4 και 5 της εν λόγω απόφασης, την εφαρμογή της ίδιας αρχής της αναλογικότητας για την επιβολή οποιασδήποτε μορφής περιστολής ή και πλήρους αποκλεισμού του δικαιώματος στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, θεώρησε ότι οι διατάξεις της οδηγίας δεν υπαγορεύουν επακριβώς ούτε τον τρόπο ούτε από ποιον πρέπει να έχει αποκτηθεί η σχετική επικαλούμενη εμπειρία. Εκκινώντας από αυτή την παραδοχή, διαπιστώνεται μια τριμερής διάκριση ως προς τις μεθόδους πλήρωσης ενός κριτηρίου τεχνικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου. Συγκεκριμένα, η προηγούμενη εμπειρία του είτε θα πηγάζει από συμβάσεις που εκτέλεσε ο ίδιος αυτοτελώς στο πλαίσιο μεμονωμένης συμμετοχής του σε διαγωνισμό, είτε από συμβάσεις που ανέλαβε να εκτελέσει από κοινού με συμπράττοντες οικονομικούς φορείς, συμμετέχοντας σε ένα ευρύτερο, κοινοπρακτικό σχήμα είτε τέλος αντλώντας τη σχετική ικανότητα από τη στήριξη σε μέσα και δυνάμεις τρίτων⁴⁶⁸.

Κατά συνέπεια, το μόνο κρίσιμο στοιχείο που εν τέλει θα καθορίσει και την εκ μέρους ενός προσφέροντος κάλυψη των ζητούμενων κριτηρίων τεχνικής επάρκειας, κρίνεται υπό το πρίσμα του εάν όντως η επικαλούμενη προηγούμενη εμπειρία του διαγωνιζόμενου, είτε πρόκειται αποκλειστικά για δική του πείρα είτε για πόρους που του διαθέτουν τρίτοι, επαρκεί για την εκτέλεση της διεκδικούμενης σύμβασης. Αδιάφορο λοιπόν παραμένει, ενόψει των πιο πάνω παραδοχών το εάν η πείρα που επικαλείται ο οικονομικός φορέας έχει αποκτηθεί μέσω της εκτέλεσης περισσοτέρων χωριστών συμβάσεων ή από μια ενιαία σύμβαση. Εφόσον η σωρευτική εμπειρία του επαρκεί για την εκτέλεση της οικείας σύμβασης, το γεγονός αυτό θα πρέπει να είναι αρκετό για την κατάφαση της πλήρωσης του σχετικού ποιοτικού κριτηρίου εκ μέρους του υποψηφίου, πολλώ δε μάλλον αφ' ης στιγμής γίνεται δεκτό ότι είναι επιτρεπτή η σώρευση της επιμέρους ικανότητας ή/και εμπειρίας περισσοτέρων του ενός διακριτών φορέων. Κατά μείζονα δε λόγο, θα ήταν εντελώς παράλογο να αποκλείεται *a priori*, η δυνατότητα σώρευσης των ικανοτήτων ή της πείρας που έχει αποκτηθεί από ένα και

⁴⁶⁷ Επαναλαμβάνοντας και πάλι εδώ το Δικαστήριο στη σκέψη 82 της απόφασης τα προρρηθέντα, σχετικά με τους θεμιτούς περιορισμούς, δικαιολογούμενους από εξαιρετικές περιστάσεις που σχετίζονται με τη φύση των εργασιών, τους σκοπούς και το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης, όπως είχαν οδηγήσει στην κρίση του στην υπόθεση C-324/14 [πρβλ. και Απόφαση ΔΕΕ της 05.04.2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266 (σκέψεις 86-89)].

⁴⁶⁸ Εκ νέου επιβεβαίωση της αρχής ότι η πλήρωση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής μέσω του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» αποτελεί ένα απόλυτα αυτοτελές και ισότιμο μέσο τεκμηρίωσης αυτών.

τον αυτό οικονομικό φορέα στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων⁴⁶⁹. Τέλος, θεμιτοί περιορισμοί μιας τέτοιας δυνατότητας που αφορά την επίκληση της σωρευτικής εμπειρίας που αποκτήθηκε εκ μέρους ενός οικονομικού φορέα μπορούν να τίθενται με τους αυτούς όρους που ισχύουν και για τη σώρευση της εμπειρίας περισσοτέρων τρίτων φορέων και μόνο εφόσον είναι «*συνδεδεμένοι και ανάλογοι με το αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως*»⁴⁷⁰, με την τελική κρίση φυσικά, να εναπόκειται στο αιτούν κάθε φορά εθνικό δικαστήριο⁴⁷¹.

- c. Η διαφορετική αντιμετώπιση της επιβολής περιορισμών στον δανεισμό μέσω των τρίτων, αναλόγως του αν αφορούν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα ή την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια.

Μία ακόμα απόφαση του ΔΕΕ, η οποία επίσης εκδόθηκε μετά τη δημοσίευση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και περιείχε ρητή αναφορά στο άρθρο 63 αυτής, είναι εκείνη που αφορούσε την υπόθεση C-27/15⁴⁷². Η υπό εξέταση υπόθεση, απασχόλησε το ΔΕΕ,

⁴⁶⁹ Σκέψεις 84-87 της απόφασης και σημείο 60-62 του Γενικού Εισαγγελέα.

⁴⁷⁰ Βλ. Και σημείο 63 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα: «*Έτσι, για παράδειγμα, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατ' αρχήν, να δηλώσει ότι ορισμένες απαιτήσεις σχετικά με την πείρα πληρούνται μόνον αν ο οικονομικός φορέας στηριχθεί σε μεμονωμένες συμβάσεις οι οποίες αφορούν, η καθεμία, πείρα από διαφορετικό τομέα δραστηριότητας. Ωστόσο, μια τέτοια απαίτηση θα πρέπει επίσης να είναι αναγκαία, ανάλογη και συνδεδεμένη με το αντικείμενο της συμβάσεως.*»

⁴⁷¹ Εν είδη παραδείγματος τέθηκαν από τον Γενικό Εισαγγελέα τρία στοιχεία που υποδεικνύουν τον τρόπο ορθής εφαρμογής της κάλυψης των κριτηρίων τεχνικής ικανότητας μέσω της σώρευσης εμπειρίας από περισσότερες συμβάσεις ενός και του αυτού οικονομικού φορέα. Ειδικότερα, επί τη βάση της απαίτησης οι δημόσιες συμβάσεις να είναι ανοιχτές στον ανταγωνισμό, είναι σαφές ότι η απαγόρευση επίκλησης της εμπειρίας τρίτων αποτελεί την εξαίρεση και όχι τον κανόνα, με την ίδια αρχή, αυτονοήτως να διέπει και την επιμερισμένη εμπειρία του ίδιου υποψηφίου. Κατά συνέπεια, εάν στα έγγραφα της σύμβασης απουσιάζει οποιαδήποτε τέτοια απαγόρευση, αυτή δεν μπορεί απλώς να θεωρηθεί ότι τεκμαίρεται, αλλά θα πρέπει να δηλώνεται με σαφήνεια. Ετέρωθεν, δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, όταν γίνεται χρήση της σωρευτικής εμπειρίας που αποκτήθηκε από χωριστές συμβάσεις, υπό την απαραίτητη προϋπόθεση, αυτή η δυνατότητα να ισχύει οριζόντια για όλους τους ενδιαφερόμενους να υποβάλλουν προσφορά οικονομικούς φορείς ή η σχετική ισχύουσα απαγόρευση, επίσης να αποκλείει αυτή τη δυνατότητα εκ προοιμίου για όλους τους οικονομικούς φορείς, εφόσον αυτή ήταν η πρόθεση της αναθέτουσας αρχής. Εκ τρίτου, λαμβάνοντας υπόψη ότι η επίκληση σωρευτικής πείρας δεν έχει εξ αρχής αποκλεισθεί, εναπόκειται στην ίδια την αναθέτουσα αρχή, υπό την επιφύλαξη του ελέγχου νομιμότητας εκ μέρους του εθνικού δικαστή, να αποφανθεί (ζήτημα πραγματικό) αν η σωρευτική πείρα του υποψηφίου αναδόχου που προέρχεται από δύο ή περισσότερες συμβάσεις αρκεί, κατά περίπτωση, ώστε να θεωρηθεί ότι πληρούνται οι απαιτήσεις των όρων της διακήρυξης, υπό την έννοια ότι, καίτοι η πείρα από δύο ή περισσότερες χωριστές συμβάσεις είναι δυνατόν κατ' αρχήν να σωρευθεί και πάλι ενδέχεται, στο πλαίσιο μιας συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, η συνολική πείρα, απλώς να μην επαρκεί. Κατά την εκτίμηση δε των πραγματικών περιστατικών κάθε υπόθεσης, θα πρέπει να ληφθούν υπόψη όλα τα κρίσιμα στοιχεία και οι ιδιαίτερες συνθήκες, κάτω από τις οποίες εκτελέστηκαν οι προηγούμενες συμβάσεις που συνθέτουν αθροιστικά τη ζητούμενη εμπειρία του προσφέροντος.

⁴⁷² Απόφαση ΔΕΕ της 02.06.2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, ECLI:EU:C:2016:404. Βλ. σχετικά *Annette Rosenkötter*, Stützung auf die Kapazitäten anderer Unternehmen, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2016, σελ. 629-630, *Klemen Pohar*, Izločitev ponudnika iz postopka javnega naročanja iz razlogov, ki niso navedeni v razpisni dokumentaciji, *Pravna praksa*, 2016, n° 27 σελ. 27, *Aude Bouveresse*, La Cour réaffirme que le pouvoir adjudicateur est tenu d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés sans qu'il puisse être opposable au soumissionnaire d'autres critères émanant d'une loi, *jurisprudence ou pratique nationale*, Europe 2016, Septembre Comm. n° 8-9, σελ. 34.

κατόπιν προδικαστικών ερωτημάτων⁴⁷³ – εκ των οποίων μόνο το πρώτο από αυτά σχετιζόταν με τη στήριξη σε μέσα τρίτων φορέων – από το *Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana* (Συμβούλιο Διοικητικής Δικαιοσύνης της Σικελίας), όπως αυτά προέκυψαν μετά από αίτηση αναίρεσης που άσκησε η εταιρεία «Pirpo Pizzo» κατά απορριπτικής, της ασκηθείσας προσφυγής της, απόφασης του *Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia* (Περιφερειακό Διοικητικό Πρωτοδικείο της Σικελίας). Η όλη διαφορά είχε ανακύψει στο πλαίσιο διαγωνισμού που προκήρυξε η *Autorità Portuale di Messina* (Διαχειριστική Αρχή του λιμένα της πόλης Μεσίνα) για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών διαχείρισης των αποβλήτων και των καταλοίπων φορτώσεως των πλοίων που ελλιμενίζονται στην περιοχή, αρμοδιότητας της ίδιας διαχειριστικής αρχής.

Κατόπιν διαδοχικών κρίσεων της αναθέτουσας αρχής⁴⁷⁴, με τις οποίες απορρίφθηκαν οι προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων, η σύμβαση ανατέθηκε στην *Pirpo Pizzo* ως μόνη εναπομείνασα υποψήφια στον διαγωνισμό. Κατά της ανάδειξης της ως άνω εταιρείας ως αναδόχου της σύμβασης, άσκησε προσφυγή η ανταγωνίστρια εταιρεία «CRGT srl», όπως άλλωστε και παρεμπόδιε προσφυγή η ίδια η *Pirpo Pizzo*, με την πρώτη να γίνεται δεκτή και να ανατρέπει το αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας σε βάρος της *Pirpo Pizzo*, της οποίας η προσφυγή απορρίφθηκε, με το σκεπτικό ότι η *CRGT* μπορούσε να επικαλεσθεί προς όφελός της, όπως και πράγματι έπραξε, την οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια τρίτης επιχείρησης, με την οποία είχε συνάψει σχετική σύμβαση. Όπως γίνεται αντιληπτό ευθύς εξ αρχής, η εξεταζόμενη απόφαση, σχετιζόταν με τη δυνατότητα στήριξης στις χρηματοοικονομικές δυνάμεις έτερου φορέα, σε αντίθεση με την προηγουμένως εξετασθείσα (C-324/14), η οποία αφορούσε δανεισμό τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας⁴⁷⁵.

Το ΔΕΕ, διατρέχοντας στις σκέψεις 22-28 όλους τους πάγιους πλέον, βασικούς και θεμελιώδεις άξονες εφαρμογής του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», καθώς και τις θεμιτές εξαιρέσεις και περιορισμούς στη χρήση της, στάθηκε στην αξιολόγηση του προβληθέντος ισχυρισμού εκ μέρους της *Pirpo Pizzo* που οδήγησε και στη διατύπωση του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος, ότι η ανταγωνίστρια εταιρεία αυτής, *CRGT*, δεν μπορούσε να επικαλεστεί σωρευτικά την επάρκεια τρίτων φορέων ομού με τη δική της, για την κάλυψη των οικονομικών κριτηρίων που έθετε ο επίμαχος διαγωνισμός. Συγκεκριμένα, από την απόφαση περί παραπομπής πρόκυπτε ότι, κατά την αναιρεσείουσα, η *CRGT* δεν μπορούσε να επικαλεστεί τις δυνατότητες άλλου οικονομικού φορέα προς εκπλήρωση των οικονομικών κριτηρίων ανάθεσης της επίδικης στην κύρια δίκη σύμβασης, ισχυρισμός όμως που ήταν συλλήβδην αντίθετος

⁴⁷³ Το ακριβές περιεχόμενο των ερωτημάτων συνοψιζόταν στα εξής: «1) Μήπως τα άρθρα 47 και 48 της οδηγίας [2004/18] αντιτίθενται σε εθνική διάταξη, όπως η [περιγραφόμενη στην απόφαση περί παραπομπής], η οποία επιτρέπει τη μερική επίκληση των δυνατοτήτων τρίτου, υπό τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις, στον τομέα των υπηρεσιών;

2) [...]».

⁴⁷⁴ Για το πλήρες ιστορικό της υπόθεσης βλ. αναλυτικά σκέψεις 11-18 της υπόθεσης.

⁴⁷⁵ Χωρίς αυτό να διαφοροποιεί ουσιωδώς την κρίση του Δικαστηρίου, δεδομένου ότι όπως αναφέρεται και στη σκέψη 22, τα αντίστοιχα άρθρα 44 παρ. 2 και 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, περιέχουν σχεδόν πανομοιότυπη διατύπωση.

με τα οριζόμενα στις σχετικές διατάξεις της εφαρμοστέας οδηγίας, οι οποίες σαφώς και επέτρεπαν τη στήριξη στις δυνάμεις τρίτων.

Μάλιστα, σύμφωνα με τις Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα στην εν λόγω υπόθεση⁴⁷⁶, προσέχει η ίδια απάντηση που δόθηκε με την απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-94/12⁴⁷⁷, σύμφωνα με την οποία διατυπώθηκε ο κανόνας ότι είναι δυνατή η σώρευση των τεχνικών ή οικονομικών δυνατοτήτων περισσοτέρων φορέων, είτε συμπληρωματικά προς τα ίδια μέσα που εξ αρχής διαθέτει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας είτε στηριζόμενος ο τελευταίος ολοκληρωτικά σε αλλότριους πόρους, πλειόνων του ενός, τρίτων φορέων, για την πλήρωση των ελάχιστων απαιτήσεων ποιοτικής επιλογής που θέτει μια αναθέτουσα αρχή σε μία προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Η εφαρμογή ωστόσο του πιο πάνω κανόνα, τελεί υπό την επιφύλαξη της εξέτασης από το ίδιο το αιτούν εθνικό δικαστήριο, κατά πόσο στα έγγραφα του διαγωνισμού, τίθεται ρητά ο περιορισμός ότι, εξαιτίας της ιδιαιτερότητας των προς παροχή υπηρεσιών που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης, το απαιτούμενο ελάχιστο επίπεδο ικανότητας, πρέπει αναγκαστικά να καλύπτεται από έναν μόνον οικονομικό φορέα, χωρίς δυνατότητα δανεισμού μέσω για την τεκμηρίωσή του.

Η κρίσιμη ερμηνευτική προσέγγιση της δυνατότητας στήριξης στα μέσα τρίτων που υιοθετήθηκε στην προκείμενη υπόθεση και δίνει αυξημένη αξία στην κρινόμενη απόφαση του ΔΕΕ, συνίστατο στην ακόλουθη παραδοχή. Όπως ήδη ειπώθηκε, η κρίση σχετικά με το αν απαιτείται ρητά σε όρο της διακήρυξης, πάντοτε σε εύλογη σύνδεση με το είδος του αντικειμένου της, το ελάχιστο επίπεδο ικανότητας να καλύπτεται από έναν και μόνο φορέα και άρα εξ ορισμού να τίθεται εκποδών η επίκληση μέσω τρίτου, προφανώς εναπόκειται στο ίδιο το εθνικό δικαστήριο. Εντούτοις, έγινε από το ΔΕΕ διάκριση της ευχέρειας που έχει στη διάθεσή της η αναθέτουσα αρχή να θέσει έναν τέτοιο περιορισμό ανάλογα με το αν πρόκειται για στήριξη σε ικανότητες τρίτου, που αφορούν τον δανεισμό τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ή οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Ενώ στην πρώτη περίπτωση είναι απολύτως θεμιτός ένα τέτοιος περιορισμός και πράγματι δύναται να σχετίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, αποκλείεται στη δεύτερη περίπτωση, εφόσον το σχετικό κριτήριο ποιοτικής επιλογής είναι αμιγώς οικονομικής φύσης⁴⁷⁸. Συνεπακόλουθα, εάν ένας τέτοιος περιορισμός μπορούσε να εφαρμοστεί και στην περίπτωση της επίκλησης χρηματοοικονομικών πόρων τρίτων, η πρακτική αποτελεσματικότητα των επίμαχων διατάξεων της Οδηγίας 2004/18/EK θα καθίστατο άνευ πρακτικής αποτελεσματικότητας⁴⁷⁹. Υπό την έννοια αυτή, συνάγεται ότι η δυνατότητα στήριξης

⁴⁷⁶ Σημείο 41 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα *Manuel Campos Sánchez-Bordona* της 21^{ης} Ιανουαρίου 2016, ECLI:EU:C:2016:48.

⁴⁷⁷ Βλ. αναλυτικά ανωτέρω υπό 4.i.b. του παρόντος κεφαλαίου.

⁴⁷⁸ Σκέψεις 29 και 30 της απόφασης και σημείο 41 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα.

⁴⁷⁹ Ορθή εφαρμογή της ερμηνευτικής προσέγγισης του Δικαστηρίου έγινε με την ΑΕΠΠ 987/2018 σκέψεις 26-27 και ιδίως 28, όπου κρίθηκε ότι εντός του ρυθμιστικού πεδίου του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, όπως ενσωμάτωσε το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, εφόσον η αναθέτουσα αρχή είχε περιλάβει στη διακήρυξη του διαγωνισμού ρητό και ανεξάιρετο όρο (2.2.8) για τη δυνατότητα συμμετέχοντος οικονομικού φορέα να προσφύγει στη στήριξη τρίτου ή τρίτων, προκειμένου να αποδείξει την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής ευρωστίας της, όφειλε απλώς και μόνο να εξετάσει

στις ικανότητες τρίτων για την πλήρωση των οικονομικών και χρηματοοικονομικών κριτηρίων ενός διαγωνισμού δεν υπόκειται στους ίδιους περιορισμούς όπως η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, τουλάχιστον ως προς την ανάγκη εκτέλεσης της σύμβασης από ένα και μόνο υποψήφιο και ως εκ τούτου, παραμένει πάντοτε ανοιχτή και εφαρμόσιμη μεμονωμένα ή σωρευτικά⁴⁸⁰.

Τέλος, το Δικαστήριο διέλαβε και εδώ κρίση σχετικά με τη δυνατότητα εφαρμογής ή έστω ερμηνείας των επίμαχων διατάξεων υπό το φως των ρυθμίσεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, καθώς το αιτούν δικαστήριο αναρωτήθηκε κατά πόσο θα μπορούσαν να επηρεάσουν την κρίση του, οι αυστηρότερες προϋποθέσεις εφαρμογής της δάνειας εμπειρίας, όπως αποτυπώνονταν στο άρθρο 63, επιβάλλοντας περιορισμούς που ήταν άγνωστοι υπό το απερχόμενο καθεστώς της παλαιάς οδηγίας.

κατά πόσο η επίκληση της επάρκειας των τρίτων γίνονταν μεμονωμένα ή σωρευτικά. Ως εκ τούτου, κακώς («...εσφαλμένα και κατά παράβαση των διατάξεων της Διακήρυξης...» κατά το κείμενο της απόφασης), δεν λήφθηκε υπόψη από την αναθέτουσα αρχή αθροιστικά ο ετήσιος κύκλος εργασιών των τρίτων φορέων, στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, των οποίων στηρίχθηκε η προσφεύγουσα. Μάλιστα, στη συγκεκριμένη απόφαση της ΑΕΠΠ, έκαστος οικονομικός φορέας, προκειμένου να αποδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια, όφειλε με την υποβολή της προσφοράς του να προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία για τον ετήσιο κύκλο εργασιών του κατά την τελευταία τριετία πριν τον εν λόγω διαγωνισμό, ήτοι για τα έτη 2015, 2016 και 2017 ή για όσο χρονικό διάστημα ασκούσε την επιχειρηματική του δραστηριότητα, εφόσον το διάστημα αυτό ήταν μικρότερο της τριετίας. Ενόψει λοιπόν της ίδρυσης της προσφεύγουσας εταιρείας το έτος 2016 και ως εκ τούτου, της μερικής σωρευτικής επίκλησης των οικονομικών μέσω τρίτων για τα υπόλοιπα έτη, ώστε από κοινού να καλυφθεί το επίμαχο κριτήριο ποιοτικής επιλογής του διαγωνισμού, κρίθηκε με την απόφαση αυτή ότι: «Η προσφεύγουσα, ως εταιρεία ιδρυθείσα το έτος 2016, όπως ορθά ισχυρίζεται στην υπό κρίση προσφυγή της, δεν μπορούσε να υποχρεωθεί να υποβάλλει στοιχεία που να αποδεικνύουν τον ετήσιο κύκλο εργασιών της πέραν του έτους έναρξης λειτουργίας της και κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορούσε να αξιώσει από τους τρίτους οικονομικούς φορείς, στην ικανότητα των οποίων θα στηριζόταν για να αποδείξει την οικονομική χρηματοοικονομική της επάρκεια, να προσκομίσουν στοιχεία για την απόδειξη του ετήσιου κύκλου εργασιών πέραν του έτους έναρξης λειτουργίας της ίδιας της προσφεύγουσας. Είναι σαφές, ότι η απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, έχει σαν σημείο αναφοράς την πραγματική και νομική κατάσταση του ίδιου του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και κατ' αυτήν την έννοια συναφώς, η πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5. της Διακήρυξης, κρίνεται για τους τρίτους φορείς, ήτοι τις εταιρείες «.....» και «.....» μόνο για τα έτη 2016 και 2017, οπότε και είχε συντελεστεί η έναρξη της επιχειρηματικής δραστηριότητας της προσφεύγουσας. Αντίθετη ερμηνεία, θα παραβίαζε την αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των υποψηφίων, της τυπικότητας και της αναλογικότητας και θα οδηγούσε στο άτοπο αποτέλεσμα, να απαιτεί η Διακήρυξη να προσκομίσουν οι τρίτοι φορείς, στην ικανότητα των οποίων θα στηριχθεί η προσφεύγουσα, στοιχεία για τον ετήσιο κύκλο εργασιών τους, για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο από τον χρόνο ύπαρξης της τελευταίας, με συνέπεια να απαιτείται να προσκομίζονται στοιχεία, προκειμένου να αποδειχθεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, η στήριξη στην ικανότητα τρίτων φορέων για χρονικό διάστημα κατά το οποίο ο συμμετέχων οικονομικός φορέας που επικαλείται την εμπειρία των τρίτων φορέων δεν είχε συσταθεί και δεν υπήρχε στον νομικό κόσμο.». Θέμα αθροιστικής κάλυψης της απαιτούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, παράλληλα με ζητήματα εννόμου συμφέροντος, αντιμετώπισε και η ΣτΕ 2631/2020, σκέψη 20. Το αυτό θέμα, ήτοι της εισαγωγής έμμεσων, αθέμιτων περιορισμών στην τεκμηρίωση της χρηματοοικονομικής φερεγγυότητας ενός υποψηφίου αναδόχου, μέσω της χρήσης των μέσων τρίτης οντότητας, όπως αυτή μπορεί να επηρεάζεται από σταθμίσεις που σχετίζονται με το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ταυτόχρονα εκτελούμενων συμβάσεων έργων και της εγγραφής σε συγκεκριμένη τάξη πτυχίου, αναδεικνύει και πραγματεύεται εύστοχα η ΕΑΔΗΣΥ 419/2023, στις σκέψεις 12-21.

⁴⁸⁰ Με χρήση δηλαδή της μερικής στήριξης στις δυνατότητες τρίτων είτε ομοού με τις δυνάμεις του προσφέροντος είτε με επίκληση εξ ολοκλήρου των πόρων έτερων φορέων και συναφώς είτε της σώρευσης δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων είτε της στήριξης στα μέσα ενός και μόνο τρίτου. Σχετικά με το ότι, εφόσον δεν συνάγεται κάτι άλλο από το κείμενο της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει απλώς να ελέγξει κατά πόσο η επίκληση των μέσων τρίτου γίνεται μεμονωμένα ή σωρευτικά, βλ. και ΑΕΠΠ 608/2020, σκέψη 25.

Προκρίνοντας και εδώ την εφαρμογή της αρχής *ratione temporis*, αφού δεν είχε παρέλθει η 18^η Απριλίου 2016 ως καταληκτική ημερομηνία συμμόρφωσης των κρατών μελών με τις διατάξεις της νέας οδηγίας, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν ήταν δυνατή η εφαρμογή τους στην υπόθεση της κύριας δίκης. Επιπλέον, η περαιτέρω ενασχόληση του ΔΕΕ με την εκτίμηση του *Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana* ότι οι αντιστοιχοι όροι της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ είναι πιο περιοριστικοί από εκείνους της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, όσον αφορά τη δυνατότητα επίκλησης των ικανοτήτων τρίτων, εκτός από αμφισβητήσιμη ως προς την ορθότητά της, κρίθηκε αλυσιτελής και δεν εξετάστηκε περισσότερο⁴⁸¹.

Εν κατακλείδι, επιβεβαιώθηκε από το ΔΕΕ με την απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα ότι είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο και τις ρυθμίσεις που διέπουν τη στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα, διάταξη εθνικής νομοθεσίας, η οποία επιτρέπει σε οικονομικό φορέα να επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή πλειόνων τρίτων φορέων προς εκπλήρωση των ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής σε διαγωνισμό, τις οποίες ο εν λόγω φορέας δύναται εν μέρει μόνο να εκπληρώσει.

d. Η πρώιμη αρνητική αντιμετώπιση της αρχικά αρρυθμιστής περίπτωσης αντικατάστασης του τρίτου δανείζοντος εμπειρία, φορέα.

Η τελευταία χρονικά απόφαση του ΔΕΕ που έκρινε επί της ορθής χρήσης του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», όπως αποτυπωνόταν στα άρθρα 47 παρ. 2 και 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18, ενώ παράλληλα διέλαβε κρίση σχετικά με το αν μπορούσε να τύχει εφαρμογής το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ή έστω οι επίμαχες διατάξεις να ερμηνευθούν εντός των ορίων του νέου κανονιστικού πλαισίου, όπως προσδιοριζόταν στις ρυθμίσεις και τις αιτιολογικές σκέψεις της νέας οδηγίας, ήταν εκείνη που εκδόθηκε στην υπόθεση C-223/16⁴⁸². Στην εν λόγω υπόθεση, όπως ήδη

⁴⁸¹ Μάλιστα, *obiter dictum*, ειπώθηκε στις σκέψεις 32 και 33 ότι ναι μεν η νομολογία του Δικαστηρίου υποχρεώνει τα κράτη μέλη να μη θεσπίζουν, κατά τη διάρκεια της προθεσμίας μεταφοράς οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, διατάξεις δυνάμενες να θέσουν σε σοβαρό κίνδυνο το επιδιωκόμενο από την οδηγία αποτέλεσμα [βλ. σχετικά Απόφαση ΔΕΕ της 18.12.1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, ECLI:EU:C:1997:628 (σκέψη 45)], ωστόσο δεν επιτρέπει να επιβάλλονται σε διαγωνιζόμενο, πριν την παρέλευση της προβλεπόμενης προθεσμίας για την ενσωμάτωση νέας οδηγίας, υποχρεώσεις που δεν απορρέουν από το δίκαιο της Ένωσης, όπως αυτό ερμηνεύεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου. Επομένως, εφόσον οι εφαρμοστέες στην επίδικη περίπτωση διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ δεν θέτουν επιπλέον περιορισμούς όσον αφορά τη δυνατότητα μερικής επίκλησης των δυνατοτήτων τρίτων φορέων, η άντληση ενός τέτοιου επιχειρήματος με αναγωγή στα οριζόμενα στις αυστηρότερες διατάξεις του άρθρου 63 της νέας οδηγίας, σε κάθε περίπτωση θα παραβίαζε την αρχή της τυπικότητας της διακήρυξης, αφού τέτοιοι περιορισμοί δεν θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι προβλέπονταν ρητώς στην αρχική προκήρυξη του διαγωνισμού.

⁴⁸² Απόφαση ΔΕΕ της 14.09.2017, C-223/16, *Casertana Costruzioni Srl*, ECLI:EU:C:2017:685. Βλ. σχετικά *Olaf Reidt*, *Vergaberecht: Kein Ausschluss von Hilfsunternehmen nach Angebotsabgabe*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2017, σελ. 869-870, *Delphine Dero-Bugny, Alix Perrin*, *Cour de justice, 1ère ch., 14 Septembre 2017, Casertana Costruzioni Srl c/ Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise et Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S., aff. C-223/16*, ECLI:EU:C:2017:685, *Jurisprudence de la CJUE 2017, Bruylant, Bruxelles. Décisions et commentaires*, 2018, σελ. 772-781, *Marco Salina*, *Appalti pubblici*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, σελ. 1221-1223, *Aude Bouveresse*, *Capacité économique et financière du soumissionnaire*, *Europe 2017, Novembre n° 11*, σελ. 36, *Adrian Brown*, *Should a Bidding Consortium be Excluded from a Public*

ειπώθηκε, τέθηκε εκ νέου το ενδεχόμενο εφαρμογής ή έστω ερμηνείας των διατάξεων της παλαιάς οδηγίας, υπό το πρίσμα του νεότευκτου πλαισίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ωστόσο η αντιμετώπιση που έτυχε το ζήτημα ήταν ταυτόσημη με την αντίστοιχη στην υπόθεση C-324/14, οπότε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων παραπέμπουμε στην οικεία ανάλυση ανωτέρω, αλλά και στις σκέψεις 20 έως και 28 της απόφασης, καθώς και στα σημεία 26 έως και 39 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα της υπόθεσης⁴⁸³.

Επί της ουσίας της διαφοράς, αυτή ήταν η δεύτερη φορά, μετά την απόφαση στην υπόθεση C-387/14, όπου το Δικαστήριο κλήθηκε να απαντήσει επί ζητήματος που αφορούσε τη μη ρυθμιζόμενη από το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, περίπτωση της αντικατάστασης τρίτου οικονομικού φορέα, ο οποίος κατά τη διάρκεια του προσυμβατικού σταδίου ανάθεσης της σύμβασης, έπαψε να διαθέτει τα κατάλληλα μέσα και άρα δεν ήταν πλέον σε θέση να παράσχει τη στήριξη του στον προσφέροντα, ώστε να καλυφθούν τα απαιτούμενα κριτήρια τεχνικής ικανότητας. Εν συντομία το πραγματικό της υπό εξέταση περίπτωσης, συνθέτουν τα ακόλουθα περιστατικά. Σε διαγωνισμό που προκήρυξε η Διαπεριφερειακή Επιθεώρηση δημοσίων έργων Καμπανίας και Μολίζε, κατ' εξουσιοδότηση από τον Περιφερειακό Οργανισμό Καμπανίας για την προστασία του εδάφους και αφορούσε την ανάθεση του εκτελεστικού σχεδιασμού, του συντονισμού της ασφάλειας στο στάδιο του σχεδιασμού και της εκτέλεσης των εργασιών σχετικά με το έργο «*La Bandiera Blu*» στις Δομιτιανές ακτές, μεταξύ άλλων δικαιολογητικών που απαιτούνταν για τη νόμιμη και παραδεκτή υποβολή προσφοράς, περιλαμβανόταν και η προσκόμιση βεβαίωσης της *Società Organismo di Attestazione* (εταιρείας-οργανισμού πιστοποίησης) αναφορικά με τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις για την παροχή υπηρεσιών σχεδιασμού και εκτέλεσης ορισμένων κατηγοριών.

Η εταιρεία «Casertana Construzioni Srl» (εφεξής «Casertana») έλαβε μέρος στον διαγωνισμό ως επικεφαλής υπό σύσταση κοινοπραξίας και για την πλήρωση της ανωτέρω υποχρέωσης δήλωσε ότι στηριζόταν στις πιστοποιήσεις που διέθεταν δύο έτεροι φορείς, εκ των οποίων ο ένας ήταν η εταιρεία «Consortio Stabile GAP». Κατά τη διάρκεια του προσυμβατικού σταδίου αξιολόγησης των προσφορών και μετά το πέρας του σταδίου της πρόσκλησης υποβολής προσφορών, η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία απώλεσε την πιστοποίηση για την απαιτούμενη κατηγορία παροχών με αποτέλεσμα να παραμένει πιστοποιημένη μόνο για κατώτερη κατηγορία παροχών και όχι για το ύψος που προέβλεπε ο εν λόγω διαγωνισμός. Καταληκτικά, η σύμβαση ανατέθηκε στην κοινοπραξία με επικεφαλής την «Consortio Stabile Infratech», ενώ η κοινοπραξία με επικεφαλής την *Casertana* κατετάγη δεύτερη. Η τελευταία άσκησε

Procurement When One of its Members Loses a Required Qualification? The EU Court of Justice ruling in Case C-223/16 Casertana Construzioni Srl, Public Procurement Law Review, 2018, σελ. NA15-NA19, *Caterina Fratea*, La portata delle direttive in pendenza del termine di recepimento: riflessioni a margine della sentenza Casertana Costruzioni, Studi sull'integrazione europea 2018 n° 2, σελ. 481-498 και *Albert Sanchez Graells*, CJEU backs automatic exclusion of tenderers that had relied on no longer qualified third parties (C-223/16), 18 September 2017, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/9/18/cjeu-backs-automatic-exclusion-of-tenderers-that-had-relied-on-now-no-longer-qualified-third-parties-c-22316>.

⁴⁸³ Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα *Nils Wahl* της 11^{ης} Μαΐου 2017, ECLI:EU:C:2017:365.

προσφυγή κατά της απόφασης αυτής ενώπιον του *Tribunale amministrativo Regionale per la Campania* (Περιφερειακού Διοικητικού Δικαστηρίου Καμπανίας), βάλλοντας πολλαπλώς κατά της απόφασης οριστικής ανάθεσης της επίδικης σύμβασης.

Αντίθετη προσφυγή όμως άσκησε και η ανάδοχος κοινοπραξία, με σκοπό τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας στην υπόθεση της κύριας δίκης, προβάλλοντας ότι η τελευταία θα έπρεπε σε κάθε περίπτωση να είχε αποκλειστεί από τον διαγωνισμό, λόγω του ότι η επιχείρηση, στα μέσα της οποίας στηριζόταν, είχε, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, απολέσει την πιστοποίηση που απαιτείται για τη νόμιμη συμμετοχή της στο προσυμβατικό στάδιο. Ανεξαρτήτως των εκατέρωθεν προβληθέντων ισχυρισμών, το αρμόδιο εθνικό δικαστήριο έκανε δεκτή την αντίθετη προσφυγή της αναδόχου κοινοπραξίας και ειδικότερα τον πρώτο λόγο της προσφυγής, κρίνοντας ότι το γεγονός ότι ο τρίτος φορέας απώλεσε την πιστοποίηση για την απαιτούμενη κατάταξη κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, συνεπαγόταν άνευ άλλου τινός τον αποκλεισμό από την εν λόγω διαδικασία της κοινοπραξίας της προσφεύγουσας στην υπόθεση της κύριας δίκης⁴⁸⁴. Οι ισχυρισμοί που πρόβαλε η *Casertana* περί συνδρομής λόγων ανωτέρας βίας στο πρόσωπό της κρίθηκαν αλυσιτελείς. Παρολαυτά, η *Casertana* άσκησε έφεση κατά της πρωτόδικης απόφασης, προβάλλοντας ότι ένας προσφέρων, ο οποίος βασίστηκε στις δυνάμεις τρίτου φορέα που (εν προκειμένω) αρχικά διέθετε τις απαιτούμενες πιστοποιήσεις, δεν είναι δυνατόν να καλείται να λογοδοτήσει για την απώλειά τους, στον βαθμό που ένα τέτοιο επιγενόμενο γεγονός δεν μπορεί να καταλογιστεί στον ίδιο⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Είναι χαρακτηριστικό ότι και ο Γενικός Εισαγγελέας στα σημεία 19 και επ. των Προτάσεών του επιχειρεί μία συστηματική αποδελτίωση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης, προκειμένου να μπορεί να δοθεί απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα. Ειδικότερα, όπως αναφέρει δεν είναι δυνατόν το επίμαχο ζήτημα να εξεταστεί γενικά και αφηρημένα, αλλά είναι απαραίτητη η τριμερής χρονική διάκριση της επελθούσας απώλειας της δανειζόμενης ιδιότητας, αναλόγως του χρονικού σημείου που αυτή συντελείται. Η πρώτη περίπτωση είναι εκείνη που τα διατιθέμενα μέσα δεν υφίστανται πλέον, πριν την εκπνοή της προθεσμίας για την υποβολή προσφορών. Σε αυτήν την περίπτωση, αυτονοήτως ο οικονομικός φορέας μπορεί ακώλυτα να αποσύρει την προσφορά του, διορθώνοντας αυτήν με αντικατάσταση του τρίτου και να την επανυποβάλλει. Κατόπιν της υποβολής προσφοράς, σχετική δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου φορέα δεν προβλέπεται και σε αυτήν την περίπτωση, εφόσον η προσφορά δεν πληροί τα τιθέμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, μονοσήμαντα θα πρέπει να κριθεί απορριπτέα, αφού μια τέτοια παρεχόμενη δυνατότητα από εθνικό κανόνα δικαίου θα αντέβαινε στο γράμμα της διάταξης του άρθρου 44 παρ. 1 της Οδηγίας 2004/18/EK. Μία δεύτερη περίπτωση που δεν εξετάστηκε περαιτέρω, καθώς δεν συνέτρεχε στην κρινόμενη υπόθεση, είναι εκείνη που προκύπτει ανάγκη αντικατάστασης του τρίτου, μετά την υπογραφή της σύμβασης και κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της. Τέλος, η τρίτη εκδοχή που ανταποκρίνεται και στο ιστορικό της επίδικης διαφοράς, αφορά τη δυνατότητα θεμιτής αντικατάστασης του τρίτου φορέα, όταν εκείνος παύει να διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα, μετά τη λήξη της προθεσμίας για την υποβολή της προσφοράς του υποψηφίου και πριν την οριστική κατακύρωση της σύμβασης στον τελικό ανάδοχο. Εντασσόμενη συνεπώς στην τελευταία αυτή κατά σειρά περίπτωση, η εξεταζόμενη, κρίθηκε ότι δεν συνάγεται ούτε από κάποιον κανόνα ούτε από γενική αρχή του δικαίου της Ε.Ε. υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να επιτρέπουν την αντικατάσταση των φορέων, στις ικανότητες των οποίων βασίζονται οι προσφέροντες για την απόδειξη του ποιοτικού τους επιπέδου.

⁴⁸⁵ Σύμφωνα με την προσφεύγουσα στην υπόθεση της κύριας δίκης, είναι αδύνατον να εντοπιστεί ίδιον αυτής πταίσμα, με το οποίο συνεπώς, να βαρύνεται η ίδια και το επιληφθέν δικαστήριο θα έπρεπε κατά συνέπεια, να είχε αναγνωρίσει σε αυτήν τη δυνατότητα να αντικαταστήσει την επικουρική επιχείρηση. Η *Casertana* στήριξε τη βασιμότητα του ισχυρισμού της σε προηγούμενη νομολογία του Δικαστηρίου, καθώς και στο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το οποίο ρητώς προβλέπει τη δυνατότητα αυτή.

Κατόπιν όλων αυτών, το ιταλικό *Consiglio di Stato* (Συμβούλιο της Επικρατείας) ανέστειλε την ενώπιόν του διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα: «Αντιτίθενται το άρθρο 47, παράγραφος 2, και το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 [...], όπως αντικαταστάθηκαν από το άρθρο 63 της οδηγίας 2014/24 [...], σε εθνική νομοθεσία η οποία αποκλείει ή δύναται να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αποκλείει τη δυνατότητα του οικονομικού φορέα, δηλαδή του συμμετέχοντος σε διαγωνισμό, να υποδείξει άλλη επιχείρηση στη θέση της αρχικά δηλωθείσας ως “επικουρικής επιχειρήσεως”, η οποία απώλεσε εν όλω ή εν μέρει τις ικανότητες που απαιτούνται για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, πράγμα που συνεπάγεται τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τον διαγωνισμό για λόγο που ούτε αντικειμενικώς ούτε υποκειμενικώς δύναται να καταλογιστεί σε αυτόν;».

Κάνοντας αρχικά μία ανακεφαλαίωση των βασικών παραμέτρων χρήσης και εφαρμογής των μέσων τρίτου φορέα⁴⁸⁶, το Δικαστήριο στάθηκε και πάλι στα κριθέντα με προηγούμενες αποφάσεις του (ιδίως στις υποθέσεις C-324/14 και C-387/14), ερμηνεύοντας την αρρύθμιστη⁴⁸⁷ με ρητή διάταξη, περίπτωση της αντικατάστασης του τρίτου οικονομικού φορέα, μέσα από το πρίσμα της παροχής θεμιτών διευκρινίσεων εκ μέρους του υποψηφίου. Έτσι, το ΔΕΕ κατέληξε να δώσει αρνητική απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα, κάνοντας αναγωγή σε σχετικές κρίσεις του επί συναφών θεμάτων⁴⁸⁸ και αποφαινόμενο παράλληλα, ότι το να παρασχεθεί και μάλιστα όλως αυθαίρετα, κατά τρόπο μη προβλεπόμενο εξ αρχής και ρητά στα τεύχη του διαγωνισμού, η δυνατότητα σε μια κοινοπραξία επιχειρήσεων να αντικαταστήσει τρίτο φορέα που αποτελεί ταυτόχρονα και μέρος της κοινοπραξίας, λόγω του ότι αυτός απώλεσε την απαιτούμενη πιστοποίηση, προκειμένου η κοινοπραξία να μην αποκλειστεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού, θα συνεπάγετο ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς της τελευταίας, επηρεάζουσα καταλυτικά την έκβαση της

⁴⁸⁶ Βλ. σκέψεις 29-38 της απόφασης.

⁴⁸⁷ Ειδικά ως προς το θέμα της αντικατάστασης τρίτου, δανείζοντας εμπειρία φορέα, θεωρήθηκε ότι συνιστά πτυχή των επίμαχων διατάξεων της παρ. 2 του άρθρου 47 και της παρ. 3 του άρθρου 48 της Οδηγίας 2004/18/EK που καταλείπεται στα κράτη μέλη να ρυθμίσουν ειδικότερα, αφού η τελευταία αποτελεί νομοθέτημα ελάχιστης εναρμόνισης, το οποίο παρέχει στα κράτη μέλη περιθώρια κανονιστικής ευχέρειας να θεσπίσουν ειδικότερες διατάξεις για ό,τι δεν ρυθμίζεται ρητά με την οδηγία. Ωστόσο, όπως ήδη ειπώθηκε, μια τέτοια επιτρεπτή αντικατάσταση, κατά την εκτίμηση του Δικαστηρίου προσκρούει σε θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου.

⁴⁸⁸ Βλ. σκέψη 37 για τη μεταβολή της σύνθεσης αναδόχου κοινοπραξίας, μετά την οριστική ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν, αλλά πριν την υπογραφή της τελικής σύμβασης, η οποία κρίθηκε ότι συνιστά τροποποίηση της απόφασης ανάθεσης και μάλιστα ενδεχομένως ουσιώδη, εφόσον, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαιτεροτήτων της επίμαχης διαδικασίας διαγωνισμού, αφορά ένα από τα βασικά στοιχεία στα οποία βασίστηκε η έκδοση της αρχικής απόφασης για την ανάθεση της σύμβασης. Προκειμένου συνεπώς να αντιμετωπιστεί μια τέτοια πλημμέλεια, ενδέχεται κατά το εθνικό δίκαιο να οδηγηθεί η διαγωνιστική διαδικασία σε ματαίωση και επαναπροκήρυξη [με παραπομπή στην Απόφαση ΔΕΕ της 08.05.2014, C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox srl κλπ.*, ECLI:EU:C:2014:307 (σκέψεις 36-39)]. Αντίστοιχα, στη σκέψη 36 της απόφασης έγινε παραπομπή στην Απόφαση ΔΕΕ της 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG*, ECLI:EU:C:2010:182, όπου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων παραχώρησης, το Δικαστήριο είχε αποφανθεί, κατά την ίδια ως άνω λογική ότι, η αλλαγή υπεργολάβου, ακόμα και όταν η σύμβαση προβλέπει τη σχετική δυνατότητα, μπορεί, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, να συνιστά τέτοια τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων της σύμβασης παραχώρησης, ιδίως στην περίπτωση κατά την οποία η επιλογή ενός υπεργολάβου έναντι ενός άλλου υπήρξε, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των επίμαχων υπηρεσιών, καθοριστικό στοιχείο κατά τη σύναξη της σύμβασης. Η διαπίστωση φυσικά της συνδρομής ή όχι μιας τέτοιας περίπτωσης, ουσιώδους ή μη τροποποίησης αναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει.

διαγωνιστικής διαδικασίας⁴⁸⁹. Ταυτόχρονα, θα συνιστούσε και μεταβολή της ίδιας της ταυτότητας της κοινοπραξίας, όπως αυτή κρίθηκε και αξιολογήθηκε ως προς την εκ μέρους της πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, την επαγγελματική καταλληλότητά της και την εν γένει αξιοπιστία και φερεγγυότητά της να αναλάβει την εκτέλεση της διεκδικούμενης σύμβασης.

Κατά την ανωτέρω έννοια, μια τέτοια τροποποίηση της προσφοράς ενός προσφέροντος (εν προκειμένω συμμετοχικού σχήματος), θα αλλοίωνε τη φύση του προσυμβατικού σταδίου και θα μετέβαλε το αποτέλεσμα της αξιολόγησης των προσφορών και της καταλληλότητας των ίδιων των υποψηφίων, με την εισαγωγή έκτακτων και οπιγενών όρων που παρεισέφρησαν μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, υποχρεώνοντας την αναθέτουσα αρχή να προβεί σε νέους ελέγχους με βάση δεδομένα που δεν συνέτρεχαν κατά την υποβολή της αρχικής προσφοράς της εν λόγω κοινοπραξίας, ενώ παράλληλα θα εξασφάλιζε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε αυτήν, αφού θα μπορούσε, αθέμιτα κατά τα ανωτέρω, να επιδιώξει τη βελτιστοποίηση της προσφοράς της, προκειμένου να ανταγωνιστεί αποτελεσματικότερα τις προσφορές των έτερων διαγωνιζόμενων της στο πλαίσιο της διαδικασίας για τη σύναψη της επίμαχης σύμβασης⁴⁹⁰. Η δημιουργία όμως μιας τέτοιας κατάστασης, αποκλειστικά και όλως εκτάκτως υπέρ ενός και μόνο συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, προφανώς θα αντέβαινε στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, εγείροντας σοβαρά ζητήματα στρέβλωσης του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στον υπό κρίση διαγωνισμό⁴⁹¹.

Αξίζει τέλος να αναφερθεί ότι ο ισχυρισμός της *Casertana* περί συνδρομής λόγων ανωτέρας βίας που δικαιολογούσαν την επιεική μεταχείριση στην περίπτωση της, απορρίφθηκε, καθώς θεωρήθηκε ότι ανεξαρτήτως παντός άλλου, έκαστος προσφέρων παραμένει υπεύθυνος, ειδικά στις περιπτώσεις, όπως η προκειμένη που έχει τεθεί επικεφαλής κοινοπραξίας, για την τήρηση και από τους τρίτους, των υποχρεώσεων και των προϋποθέσεων συμμετοχής σε έναν διαγωνισμό, όπως ακριβώς

⁴⁸⁹ Εκ διαμέτρου αντίθετος πάντως ο *Albert Sanchez Graells*, CJEU AG Wahl issues excessively formalistic Opinion on 'crumbling' reliance on third party capacities (C-223/16), 17 May 2017, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/5/15/interesting-ag-opinion-on-crumbling-reliance-on-third-party-capacities-c-22316>, ο οποίος θεωρεί την προσέγγιση του Γενικού Εισαγγελέα της υπόθεσης, εξόχως φορμαλιστική, επισημαίνοντας ότι η θέση του περί «αυτόματου αποκλεισμού» σε περίπτωση αντικατάστασης τρίτου φορέα, αφενός χρήζει περισσότερη και ενδελεχή επισκόπηση, αφετέρου είναι αμφίβολο ότι πράγματι στηρίζεται σε ερμηνεία προηγούμενης νομολογίας του Δικαστηρίου.

⁴⁹⁰ Με ολοκληρωτικά αντίθετη προσέγγιση των πραγματικών περιστατικών της υπό κρίση υπόθεσης, και δριμεία κριτική στα πορίσματα της απόφασης ο *Albert Sanchez Graells*, CJEU backs automatic exclusion of tenderers that had relied on no longer qualified third parties (C-223/16), 18 September 2017, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/9/18/cjeu-backs-automatic-exclusion-of-tenderers-that-had-relied-on-now-no-longer-qualified-third-parties-c-22316>, ο οποίος μάλιστα θεωρεί ότι η απόφαση δεν περιορίστηκε στο να αγνοήσει το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, με αδιαμφισβήτητα ορθή εφαρμογή της αρχής *ratione temporis*, αλλά αντιθέτως φαίνεται να παγίωσε (προκαταβολικά) μία αυστηρή ερμηνεία της εν λόγω διάταξης.

⁴⁹¹ Για όλα τα ανωτέρω βλ. σκέψεις 39-40 της απόφασης, καθώς και την εκτενή ανάλυση για την αντίθεση της αντικατάστασης του τρίτου φορέα σε σειρά θεμελιωδών αρχών του ενωσιακού δικαίου στα σημεία 45-65 του Γενικού Εισαγγελέα.

έχουν διατυπωθεί από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της σύμβασης⁴⁹². Χαρακτηριστική και ξεκάθαρη η θέση που έλαβε επί του ισχυρισμού αυτού και ο Γενικός Εισαγγελέας, εκτιμώντας ότι η διατήρηση μιας χαλαρής στάσης της αναθέτουσας αρχής απέναντι στη δυνατότητα των προσφερόντων να αντικαθιστούν τους επιχειρηματικούς τους εταίρους θα έδινε, πράγματι, αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε ανεύθυνους και αμελείς οικονομικούς φορείς, έναντι των υπεύθυνων και επιμελών. Αναμφισβήτητα, η διατήρηση μιας επιχείρησης σε ένα ικανό επίπεδο αξιοπιστίας και φερεγγυότητας, ώστε να εξασφαλίζει, μεταξύ άλλων και ιδίως ως επικεφαλής ενός κοινοπρακτικού σχήματος και για τα συμπράττοντα μέλη – όχι μόνο για το παρόν αλλά και για το μέλλον – την απαραίτητη συνέπεια, σταθερότητα και τον επαγγελματισμό, είναι προφανώς ένα δυσχερές εγχείρημα, εγγενές και συνυφασμένο με τη φύση πολυσυλλεκτικών σχημάτων, που επιδιώκουν μορφές συνεργασίας (κοινοπραξία, δάνεια εμπειρία, κλπ.) για την κάλυψη συγκεκριμένων απαιτούμενων χαρακτηριστικών ποιότητας που μεμονωμένα δεν διαθέτουν⁴⁹³.

5. Η αποκρυσταλλωμένη εικόνα της «δάνειας εμπειρίας» λίγο πριν τη θέση σε εφαρμογή της δέσμης Οδηγιών του 2014.

Ενόψει λοιπόν της νομολογιακής, αλλά και νομοθετικής από το 2004 και έπειτα, διαδρομής του, ο θεσμός της «δάνειας εμπειρίας», λίγο πριν τη θέση σε εφαρμογή των διατάξεων των νέων οδηγιών τον Απρίλιο του 2016, μετρούσε ήδη 24 χρόνια πορείας και ήταν πλέον αδιαμφισβήτητο γεγονός αφενός ότι συνιστούσε έναν εδραιωμένο, *lato sensu* τρόπο συμμετοχικής παρουσίας σε δημόσιους διαγωνισμούς, μέσω της συνεργασίας ενός προσφέροντος οικονομικού φορέα με τρίτες, ξένες προς αυτόν οντότητες που έθεταν στη διάθεσή του τα μέσα για την υλοποίηση της διεκδικούμενης σύμβασης, αφετέρου ότι το κοινά αποδεκτό, βασικό και θεμελιώδες περιεχόμενό του θεσμού είχε διαμορφωθεί κατά τον ακόλουθο τρόπο⁴⁹⁴.

Προκειμένου να μπορέσει ένας οικονομικός φορέας να λάβει μέρος σε μία προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία, επικαλούμενος τις δυνάμεις τρίτων επιχειρήσεων για την κάλυψη των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, είτε των σχετιζόμενων με την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα είτε με την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια, αρκεί, αλλά και απαιτείται να

⁴⁹² Προσέγγιση εντελώς διαφορετική σε σχέση με εκείνη που ακολούθησε το Δικαστήριο, όπως θα δούμε πιο κάτω, στον οικείο τόπο του παρόντος κεφαλαίου, στις υποθέσεις C-210/20 και C-927/19.

⁴⁹³ Σημείο 71 των Προτάσεων. Η κρίση του Δικαστηρίου πάντως στο κρινόμενο ζήτημα, καθώς και οι αντίστοιχες θέσεις του Γενικού Εισαγγελέα, ήταν εκ διαμέτρου αντίθετες με την ήδη νομοθετικά αναγνωρισμένη στις διατάξεις των νέων οδηγιών δυνατότητα αντικατάστασης τρίτου φορέα, την επιρροή των οποίων θα έπρεπε τουλάχιστον να έχουν λάβει υπόψη τους και μάλλον αποδίδονται σε εξόχως τυπολατρική εφαρμογή των προγενέστερου (αλλά ισχύοντος κατά τον χρόνο έκδοσης της απόφασης) καθεστώτος.

⁴⁹⁴ Π. Δέγλερης, Οι Δημόσιες Συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη, 2019, σελ. 32 επ. και ιδίως 41 επ., Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 3^η έκδοση, 2019, σελ. 465 επ., Κ. Γιαννακόπουλος, Δημόσιες Συμβάσεις και Συμβάσεις Παραχώρησης. Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2019, σελ. 242 επ., Ε. Καλλιτσιώτη, Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 78 Ν. 4412/2016, δάνεια εμπειρία), σε Ε. Κουλουμπίνη/Η. Μάζος/Ι. Κίτσος (επιμ.), Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016. Νομολογιακή προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, 2019, σελ. 323 επ. και Ι. Μαθιουδάκης, Η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων στις δημόσιες συμβάσεις μετά τον Ν. 4782/2021 – Εφαλτήριο ενός ευρύτερου ανταγωνισμού, ΕφημΔΔ (2), 2022, σελ. 198-211.

αποδειξεί ότι θα έχει στη διάθεσή του, τα μέσα « *τρίτου*» για να εκτελέσει τη σύμβαση σε περίπτωση που του ανατεθεί. Για την κάλυψη των απαιτήσεων ποιοτικής στάθμης, ένας οικονομικός φορέας, ο οποίος επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, αρκεί απλώς να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού⁴⁹⁵. Οποιαδήποτε έγγραφη δέσμευση του τρίτου είναι επαρκής, ενώ ο οικονομικός φορέας είναι ελεύθερος να συνάπτει δεσμούς και να επιλέγει τη νομική φύση των δεσμών του με αυτούς⁴⁹⁶, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να μπορεί εξ αρχής να προκαθορίσει με ποιο τρόπο θα πρέπει κάθε φορά και για συγκεκριμένη σύμβαση να τεκμηριώνεται η σχέση που συνδέει τον προσφέροντα με τον τρίτο, αποκλείοντας άλλους τρόπους, δεδομένου του απροσδιόριστου αριθμού, δυνατής υλοποίησης αυτής της παρεχόμενης στήριξης⁴⁹⁷. Περιορισμοί ως προς τον τρόπο τεκμηρίωσης της στήριξης στις δυνατότητες τρίτου, μπορούν να τίθενται όλως εξαιρετικά από την αναθέτουσα αρχή και μόνο εφόσον τελούν σε εύλογη σχέση αναλογίας και σκοπού κατ' απόλυτη σύνδεση με τη φύση, την έκταση και το είδος του αντικειμένου της σύμβασης, με όλως διαφορετική αντιμετώπιση και κριτήρια πάντως, αναλόγως αν πρόκειται για περιορισμούς στην επίκληση των χρηματοοικονομικών μέσων ή των τεχνικών δυνατοτήτων τρίτου⁴⁹⁸.

Αντίστοιχα, είναι δεδομένη η δυνατότητα σωρευτικής επίκλησης της ικανότητας περισσοτέρων τρίτων οντοτήτων, είτε ομού με τις ήδη κεκτημένες ικανότητες του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (μερική στήριξη) είτε με εξ ολοκλήρου στήριξη του τελευταίου στους πόρους αλλότριων φορέων (αποκλειστική

⁴⁹⁵ Εξίσου σαφές είναι και ότι τα σχετικά δικαιολογητικά που καλείται να προσκομίσει ο τρίτος δανειζών εμπειρία, φορέας για την εκ μέρους του τεκμηρίωση περί πλήρωσης των σχετικών κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και της ταυτόχρονης μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του, πρέπει υποχρεωτικά να τεθούν υπόψη της αναθέτουσας αρχής, όπως άλλωστε και η σχετική δήλωση δέσμευσης των επικαλούμενων τεχνικών ή οικονομικών μέσων υπέρ του προσφέροντος, διαρκούντος του προσυμβατικού σταδίου ανάθεσης και πάντως, μέχρι και το καταληκτικό στάδιο ανάδειξης του οριστικού μειοδότη. Συναφώς, όπως κρίθηκε πρόσφατα με την Απόφαση ΔΕΕ της 10.01.2023, C-469/22, *Ambisig - Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*, ECLI:EU:C:2023:25 (σκέψεις 26-27), αντιτίθεται στις αντίστοιχες ενωσιακές διατάξεις, εθνική ρύθμιση που επιτρέπει στον ανάδοχο να διαβιβάσει το εν λόγω τεκμηριωτικό υλικό στην αναθέτουσα αρχή, το πρώτον μετά την ανάθεση της επίμαχης σύμβασης.

⁴⁹⁶ Ενδιαφέρουσα και ορθή η θέση που διατυπώνεται στην ΑΕΠΠ 641/2018, σκέψη 6 ότι η μεταξύ συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και τρίτης υποστηρικτικής προς αυτόν επιχείρησης, βάσει της οποίας παρέχεται στον πρώτο τεχνική ή οικονομική επάρκεια, μπορεί να προκύπτει όχι μόνο από επαχθή αιτία, αλλά και από χαριστική. Ανεξαρτήτως φυσικά του γεγονότος ότι σε κάθε περίπτωση, η υποκείμενη σχέση μεταξύ των δύο φορέων δεν ελέγχεται από αυτή την άποψη από την αναθέτουσα αρχή.

⁴⁹⁷ Ενδεικτικά πάντως από πρακτική άποψη, η σχέση του υποβάλλοντος προσφορά οικονομικού φορέα με τον τρίτο φορέα, μπορεί να διέπεται από ένα ιδιωτικό συμφωνητικό, ένα μισθωτήριο, μία σύμβαση *leasing*, μία σύμβαση παραχώρησης χρήσης ενός μηχανήματος ή οποιαδήποτε άλλη ενοχικής φύσης σχέση ή ακόμα και μία απλή υπεύθυνη δήλωση, εφόσον δεν προβλέπει ρητά κάτι άλλο η διακήρυξη του διαγωνισμού. Πανηγυρική και η σχετική διατύπωση του άρθρου 60 παρ. 1 εδάφιο τρίτο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τα αποδεικτικά μέσα που μπορεί να απαιτεί η αναθέτουσα αρχή, όπως με μικρές παραλλαγές μεταφέρθηκε και στην αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 1 εδάφιο τρίτο του Ν. 4412/2016 και στο οποίο, όσον αφορά την εφαρμογή του άρθρου 63 της οδηγίας (άρθρο 78 του νόμου), γίνεται γενική αναφορά σε οποιαδήποτε κατάλληλα μέσα που μπορούν να επικαλεστούν οι οικονομικοί φορείς, προκειμένου να αποδείξουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ότι θα έχουν στη διάθεσή τους, τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης.

⁴⁹⁸ Σύμφωνα άλλωστε και με την κρίση στην Απόφαση ΔΕΕ της 02.06.2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, ECLI:EU:C:2016:404.

στήριξη) για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής στάθμης που θέτει η αναθέτουσα αρχή, αλλά και η άμεση ή έμμεση στήριξη στις ικανότητες περισσότερων του ενός τρίτων φορέων (διαδοχική ή παρατακτική στήριξη)⁴⁹⁹. Η ανωτέρω ευχέρεια του οικονομικού φορέα είναι ανεξάρτητη και δεν υπόκειται σε περιορισμούς για την πλήρωση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειάς του, ενώ στην περίπτωση της συνδυαστικής στήριξης σε ικανότητες περισσότερων τρίτων φορέων για την κάλυψη των τεχνικών απαιτήσεων της σύμβασης, είναι δυνατή η θέσπιση θεμιτών περιορισμών εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής και ενδεχομένως η πρόβλεψη για εκτέλεση της σύμβασης από ορισμένους ή και έναν μόνο οικονομικό φορέα. Πάντοτε όμως με την επιφύλαξη, ότι ο σχετικός περιορισμός θα αναφέρεται ρητά στο κείμενο της διακήρυξης χωρίς να μπορεί να συναχθεί κατά τεκμήριο, ενώ επιπλέον, η νομιμότητα μιας τέτοιας πρόβλεψης, σαφώς και πάλι θα πρέπει να κρίνεται κατά περίπτωση, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

Συναφώς, είναι κατ' αρχήν απολύτως επιτρεπτό και το άθροισμα των επιμέρους δυνατοτήτων του ίδιου του οικονομικού φορέα με την προηγούμενη εμπειρία υποστηρικτικών προς αυτόν επιχειρήσεων, όπως αποκτήθηκε από την εκτέλεση περισσότερων επιμέρους σχετικών συμβάσεων, ακόμα και διαφορετικών αντικειμένων, προκειμένου να αποδειχθεί η ζητούμενη τεχνογνωσία του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση μίας και της αυτής σύμβασης, η οποία όμως συνδυάζει διακριτά μεταξύ τους αντικείμενα. Και στην τελευταία αυτή περίπτωση, οι όποιοι περιορισμοί, προκειμένου να δικαιολογούνται επαρκώς, θα πρέπει να συνδέονται με τη φύση και το αντικείμενο της σύμβασης.

Περαιτέρω, υπό τις συνθήκες αυτές, όπως εμπεδώθηκε και από τις σχετικές κρίσεις του ΔΕΕ, το γεγονός ότι, ένας οικονομικός φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά τρόπο που επιτρέπει να συναχθεί ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνο κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων επιχειρήσεων. Τούτων δοθέντων, πρέπει να καταστεί απολύτως σαφές ότι η προσφυγή κάποιου διαγωνιζόμενου στις ικανότητες τρίτου φορέα για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή στη διακήρυξη, συνιστά ένα αυτοτελές μέσο απόδειξης σχετικά με την εκ μέρους του πλήρωση των απαιτούμενων τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων ή/και της χρηματοπιστωτικής του επάρκειας, απολύτως ισότιμο με την κάλυψη των ίδιων κριτηρίων ατομικά, εκ μέρους εκάστου οικονομικού φορέα και ως τέτοιο πρέπει να αντιμετωπίζεται. Με άλλη διατύπωση, η επίκληση της δάνειας εμπειρίας τρίτης οντότητας, αποτελεί έναν αυτοτελή τρόπο τεκμηρίωσης των τεχνικών ή χρηματοοικονομικών απαιτήσεων για την εκτέλεση μιας συγκεκριμένης σύμβασης και όχι εξαιρετικό ή επικουρικό τρόπο. Επομένως, είναι θεμιτό ο προσφέρων που δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτου, στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει αν του ανατεθεί η εκτέλεσή της. Δεν απαιτείται δηλαδή ο οικονομικός φορέας να επιδιώξει την κάλυψη των ποιοτικών κριτηρίων τεχνογνωσίας και οικονομικής

⁴⁹⁹ Βλ. χαρακτηριστικά ΕΑ ΣτΕ 2827/2014.

ευρωστίας ενός διαγωνισμού αυτοτελώς και εάν αυτό δεν καταστεί δυνατό, τότε να καταφύγει στις ικανότητες τρίτου, ούτε φυσικά μπορεί να υποχρεωθεί προς τούτο από την αναθέτουσα αρχή⁵⁰⁰.

Επιπρόσθετα, μία ακόμα αποκρυσταλλωθείσα πτυχή κατά τη χρήση της δάνειας εμπειρίας, η οποία δεν τίθεται εν αμφιβόλω, είναι εκείνη που δέχεται ότι ο οικονομικός φορέας που στηρίζει την τεχνική και οικονομική πληρότητα της προσφοράς του στις ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορεί να αποκλειστεί, παρά μόνο αν δεν είναι σε θέση να τεκμηριώσει έναντι της αναθέτουσας αρχής ότι θα έχει στη διάθεσή του τα μέσα των τρίτων και ότι έχει πραγματική δυνατότητα να κάνει χρήση τους⁵⁰¹. Αντίστοιχα, σκοπός του ελέγχου και της αξιολόγησης, στην οποία προβαίνει κάθε φορά η αναθέτουσα αρχή είναι απλώς και μόνο να διαπιστωθεί η λυσιτέλεια των επικαλούμενων πόρων των τρίτων φορέων.

Τέλος, ελλείψει ρητής νομοθετικής ρύθμισης του ζητήματος στην Οδηγία 2004/18/EK και με αναγωγή σε αντίστοιχες αποφάσεις του ΔΕΕ που σχετίζονταν με την παροχή θεμιτών ή μη διευκρινίσεων εκ μέρους ενός υποψηφίου, είχε – με στενή τελολογική και, όπως ήδη ειπώθηκε, εξόχως τυπολατρική ερμηνεία – αποκλειστεί η δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου, δανείζοντας εμπειρία, φορέα, διαρκούσης της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών κατά το προσυμβατικό στάδιο και μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής τους. Μια τέτοια τροποποίηση είχε κριθεί ότι μετέβαλε ουσιωδώς το περιεχόμενο της προσφοράς του υποψηφίου, παρέχοντάς του εν τέλει, αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι των συνυποψηφίων του και είχε απορριφθεί συλλήβδην από το Δικαστήριο, με παράλληλη θεμελίωση σε γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας και της αποφυγής εισαγωγής διακρίσεων.

6. Η θέση της ελληνικής νομολογίας.

⁵⁰⁰ Για όλα τα ανωτέρω βλ. *I. Μαθιουδάκη*, ό.π., σελ. 198-211 και εκεί περαιτέρω παραπομπές σε ελληνική και γαλλική βιβλιογραφία και αρθρογραφία, αλλά και νομολογία και *E. Βλάχου*, Η συμμετοχή του τρίτου στην ανάθεση και εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, *δημερίδα Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.-Εθνικής Σχολής Δικαστικών Λειτουργών με τίτλο «Δημόσιες Συμβάσεις-Κρατικές Ενισχύσεις»*, Πρακτικά συνεδρίου 21-23.11.2019, 2021, σελ. 285 επ. Έτσι και ΕΑ ΣτΕ 206/2020.

⁵⁰¹ Βλ. *A. Γέροντα*, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σελ. 411-412 και εκεί υποσημειώσεις, με εμφανή, υπερβάλλουσα προσήλωση στην παροχή εξασφάλισης εκ μέρους του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα προς την αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι διαθέτει τα μέσα και την εμπειρία του τρίτου και είναι σε θέση να κάνει πραγματική χρήση αυτών για την εκτέλεση της σύμβασης, υιοθετώντας περαιτέρω, αμφιβόλου ορθότητας και χρησιμότητας αναφορές σε γνήσιες συμβάσεις υπέρ τρίτου (τριμερής σχέση μεταξύ αναδόχου-αναθέτουσας αρχής και τρίτου φορέα) και διακρίσεις μεταξύ διαπλαστικού συμβατικού δεσμού και φαινομενικής (εικονικής) σύμβασης μεταξύ προσφέροντος και τρίτης οντότητας. Οι εν λόγω αναφορές ενόψει και της μετεξέλιξης της νομολογίας του ΔΕΕ, αλλά και του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» εν συνόλω, απηχούν κατά το μάλλον ή ήττον ξεπερασμένες αντιλήψεις. Αντίθετος φαίνεται να είναι ο *X. Μητκίδης*, ό.π., σελ. 220 και *του ιδίου*, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009, σελ. 99, όπου θεωρεί ότι από τη διατύπωση των σχετικών διατάξεων εξάγεται αναγκαστικά το συμπέρασμα ότι δεν μπορεί να ζητούνται υπερβολικά τυπικές δεσμεύσεις, γιατί κάτι τέτοιο θα αντέβαινε στην ανάγκη πρακτικής αποτελεσματικότητας των διατάξεων της οδηγίας και θα εμπόδιζε την επίτευξη του ωφέλιμου αποτελέσματός τους.

Στον αντίποδα των όσων διαδραματιζόνταν σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης, εντός των κόλπων του ΔΕΕ, κρίνεται σκόπιμο, πριν περάσουμε στην αναλυτική παρουσίαση των ισχύοντος κανονιστικού πλαισίου για τη δάνεια εμπειρία, να ρίξουμε φως στο πως υποδέχτηκαν τα ελληνικά δικαστήρια και πως εφάρμοσαν τον υπό διαμόρφωση θεσμό, στις περιπτώσεις των επίδικων υποθέσεων που έφτασαν ενώπιόν τους.

Ι. Συμβούλιο της Επικρατείας, Διοικητικά Εφετεία & Α.Ε.Π.Π./Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Η πρώτη και μάλλον «προφητική» απόφαση του ΣτΕ ανατρέχει πίσω στο 1991⁵⁰² και όσο και αν ακούγεται παράδοξο, ήταν πρωτοποριακή, όχι τόσο ως προς το διατακτικό της, αφού τελικά έχασε την ευκαιρία να αναγνωρίσει αντίστοιχη δυνατότητα επίκλησης των μέσων τρίτων, όσο με το σκεπτικό αυτής, καθώς κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 15 και 16 του Ν. 1418/1984 για την κατάταξη μιας εργοληπτικής επιχείρησης στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) στις προβλεπόμενες κατηγορίες και τάξεις, καθώς και για την αναθεώρηση της κατάταξης αυτής, που αποτελεί πρωταρχικό τυπικό προσόν προς συμμετοχή σε διαγωνισμό εκτέλεσης δημοσίου έργου, έκρινε ότι λαμβάνονται υπόψη μεταξύ άλλων ως κριτήρια, η εμπειρία από έργα που έχουν εκτελεσθεί στο παρελθόν, διαζευκτικά είτε από την εργοληπτική επιχείρηση ή και από τα επιμέρους στελέχη της.

Παρά το γεγονός ότι σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, το ΣτΕ κατέληξε ότι στην προκειμένη περίπτωση, για την απόδειξη του πρόσθετου τυπικού προσόντος της προηγούμενης εμπειρίας εκτέλεσης παρεμφερών προς το δημοπρατούμενο, έργων, κατά ρητή νομοθετική επιταγή αξιώνεται επιτρεπτά, η επιζητούμενη εμπειρία να συντρέχει αποκλειστικά στο πρόσωπο της ίδιας της συμμετέχουσας στον διαγωνισμό, εργοληπτικής επιχείρησης, χωρίς να αρκεί η τυχόν συνδρομή αυτού του κριτηρίου στο πρόσωπο ενός στελέχους τη επιχείρησης αυτής⁵⁰³, εντούτοις διατυπώθηκε αντίθετη μειοψηφία ενός μέλους του δικαστηρίου με αποφασιστική ψήφο. Σύμφωνα με τη διατυπωθείσα αυτή άποψη, η αληθής έννοια των υπό εξέταση διατάξεων είναι ότι το αξιούμενο πρόσθετο τυπικό προσόν της αποδεδειγμένης προηγούμενης εμπειρίας, ήτοι της εκτέλεσης κατά το παρελθόν, παρόμοιου προς το δημοπρατούμενο, έργου, συγκεκριμένου προϋπολογισμού, δύναται να συντρέχει διαζευκτικά είτε στο πρόσωπο της ίδιας εργοληπτικής εταιρείας είτε στο πρόσωπο μεμονωμένου στελέχους αυτής και μάλιστα οποτεδήποτε και αν αποκτήθηκε και με οποιονδήποτε τρόπο και αν αποκτήθηκε η επίμαχη εμπειρία, ήτοι όχι αναγκαστικά κατά χρόνο που το τελευταίο ενεργούσε υπό την ιδιότητα του στελέχους της συμμετέχουσας εργοληπτικής επιχείρησης, αλλά ακόμα και αν απέκτησε τη σχετική εμπειρία κατά το παρελθόν⁵⁰⁴.

Ένα πρώιμο δείγμα απόπειρας εφαρμογής του θεσμού της δάνειας εμπειρίας στην ελληνική νομολογιακή πρακτική αποτελεί μια απόφαση του 1998 της Επιτροπής

⁵⁰² ΣτΕ (7μελής) 3306/1991, ΔΔικ 1992, 872, ΕΔΕ 1992, 93, ΝοΒ 1993, 364, η οποία σημειώνεται ότι δημοσιεύθηκε πριν την έκδοση της απόφασης του ΔΕΕ στην υπόθεση C-389/92.

⁵⁰³ Πρβλ. και ΣτΕ 4607/1986.

⁵⁰⁴ Πρβλ. και ΣτΕ 1259/1991, ΕΔΕ 1992, 10.

Αναστολών του ΣτΕ⁵⁰⁵, με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση αναστολής εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού οικονομικού φορέα από διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιου έργου. Συγκεκριμένα, κρίθηκε από το δικαστήριο ότι, βάσει των όρων του διαγωνισμού, ήταν μεν επιτρεπτή η απόδειξη των τεχνικών ικανοτήτων και της σχετικής εμπειρίας των συμμετεχόντων, μεταξύ άλλων και με την προσκόμιση καταλόγου των έργων που εκτελέστηκαν από αυτούς κατά την τελευταία πενταετία, όπως επίσης ότι ήταν δυνατή η στήριξη της αναδόχου εργοληπτικής επιχείρησης σε έτερη εξειδικευμένη επιχείρηση ή η χρησιμοποίηση από αυτήν για την εκτέλεση του εν λόγω έργου, εξειδικευμένου υπεργολάβου (ή υπεργολάβων)⁵⁰⁶, αλλά για την απόδειξη της επικαλούμενης από αυτούς ικανότητας έπρεπε απαραίτητως να συντρέχουν κάποιες προϋποθέσεις και δη να υποβληθεί κάθε απαραίτητο στοιχείο, από το οποίο θα προκύπτει και θα αποδεικνύεται η αμοιβαία πρόθεση συνεργασίας μεταξύ τους⁵⁰⁷. Εφόσον λοιπόν, οι συγκεκριμένοι όροι είχαν ήδη καταστεί εκ προοιμίου γνωστοί σε όλους τους ενδιαφερόμενους, βάσει ρητών προβλέψεων στο κείμενο της διακήρυξης⁵⁰⁸, η παράλειψη συμμόρφωσης της αιτούσας με αυτούς, κρίθηκε από το δικαστήριο ότι σωστά οδήγησε στον αποκλεισμό της.

Ουσιαστικά, η πρώτη αναφορά σε αποφάσεις του ΔΕΕ έγινε από το ΣτΕ σε δύο εκδοθείσες αποφάσεις του το 2002⁵⁰⁹, όπου αμφότερες έκαναν ευθεία παραπομπή στα κριθέντα στις υποθέσεις του ΔΕΕ C-5/97, C-389/92, C-176/98 και C-399/98, εισάγοντας για πρώτη φορά στην ελληνική νομική πραγματικότητα την έννοια της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, ως αυτοτελούς μέσου πλήρωσης των ποιοτικών κριτηρίων ενός διαγωνισμού, πλήρως ισότιμου με οποιοδήποτε άλλο μέσο τεκμηρίωσης επικαλείται ένας μεμονωμένος συμμετέχων οικονομικός φορέας. Με την πρώτη από τις δύο υπό κρίση αποφάσεις της ΕΑ ΣτΕ και πάλι απορρίφθηκε η αίτηση

⁵⁰⁵ ΕΑ ΣτΕ 6/1998, Αρμ 1998, 1259.

⁵⁰⁶ Η αναφορά αδιακρίτως στους θεσμούς της στήριξης σε τρίτους και της υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της σύμβασης σε αυτούς, ενδεχομένως προκαλεί σύγχυση στις μέρες μας, είναι όμως ενδεικτική της κοινής καταγωγής και του κοινού παρονομαστή μεταξύ των δύο απολύτως διακριτών μεταξύ τους μεθόδων συμμετοχικής εκτέλεσης μίας δημόσιας σύμβασης, αφενός μέσω της παροχής προς τον συμμετέχοντα υπονήφιο, απλώς εμπειρίας ή/και έτερων πόρων εκ μέρους κάποιου τρίτου φορέα, ξένου προς τον προσφέροντα και αφετέρου μέσω της εξ ολοκλήρου εκτέλεσης από τον τρίτο τμήματος της σύμβασης. Ταυτόχρονα όμως, οφειλόταν και στη συστηματική δομή των άρθρων 41 (άρθρο 25 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ) και κυρίως 46 (άρθρο 48 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ) του ΠΔ 60/2007, όπου ρητά προβλεπόταν στην παρ. 1 του τελευταίου ότι οι τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες ενός οικονομικού φορέα αξιολογούνται και ελέγχονται, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 2 και 3 του ίδιου άρθρου, με περαιτέρω συνέπεια, η περίπτωση θ) σχετικά με την πρόθεση του προσφέροντος να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτο την εκτέλεση ενός τμήματος της σύμβασης, να τυγχάνει αξιολόγησης, μέσα και από το πρίσμα των προβλέψεων της παρ. 3 που έκανε λόγο γενικά για στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα, μη διακρίνοντας μεταξύ δάνειας εμπειρίας και υπεργολαβίας, καίτοι ήταν προφανές ότι επεδίωκε να ρυθμίσει την – αρρυθμιστη μέχρι τότε – περίπτωση αποκλειστικά του δανεισμού τεχνικών μέσων (ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 1190/2009 και ΔΕφΑθ (Αναστ.) 425/2014), η οποία στήριζε την ορθή κρίση της περί ύπαρξης υπεργολαβικής σύμβασης μεταξύ αναδόχου και υπεργολάβου (και) στη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 46 του ΠΔ 60/2007.

⁵⁰⁷ Βλ. αναλυτικά τη σκέψη 7 της απόφασης.

⁵⁰⁸ Ορθή η εφαρμογή των θεμιτών περιορισμών, σύμφωνα και με τη μετέπειτα διαπλασθείσα νομολογία του ΔΕΕ, παρά το γεγονός ότι εν προκειμένω, δεν επρόκειτο στην πραγματικότητα για περιορισμούς, αλλά για εξειδίκευση του τρόπου απόδειξης της συνδρομής που θα παρείχε μιας τρίτης επιχείρησης, είτε σαν υπεργολάβος είτε σαν δανείζων εμπειρία, φορέας (η χρήση του όρου στην εν λόγω απόφαση προφανώς γίνεται καταχρηστικά από τον γράφοντα και συνιστά αναχρονισμό).

⁵⁰⁹ ΕΑ ΣτΕ 94/2002, Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών Δ.Σ.Α. και ΕΑ ΣτΕ 242/2002.

αναστολής εκτέλεσης απόφασης που απέρριπτε προσφορά υποψηφίου, επί τη βάση των εξής παραδοχών. Παρά το γεγονός ότι αρχικά, το δικαστήριο απεφάνθη ότι πράγματι, εφόσον δεν οριζόταν άλλως στη διακήρυξη του διαγωνισμού, η αιτούσα και αποκλεισθείσα εταιρεία, μπορούσε πράγματι να κάνει σωρευτικώς επίκληση των ικανοτήτων τρίτων φορέων, αθροίζοντας τη δική τους ικανότητα με τη μερικότερη δική της, κατέληξε ωστόσο, ότι από τα σχετικά προσκομισθέντα έγγραφα δεν πρόκυπτε η πραγματική πρόθεση των θυγατρικών επιχειρήσεων να διαθέσουν στη μητρική (αιτούσα), τα αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης, μέσα⁵¹⁰.

Η επόμενη απόφαση που αναγνώρισε τη δυνατότητα προσφυγής στα μέσα τρίτων οντοτήτων, υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις που είχε θέσει η εν εξελίξει νομολογία του ΔΕΕ ήταν και αυτή του 2002⁵¹¹. Η εξεταζόμενη απόφαση δέχτηκε ότι η σχέση συνεργασίας μεταξύ μιας, συμμετέχουσας σε δημόσιο διαγωνισμό, εργοληπτικής επιχείρησης και του τρίτου φορέα, στις δυνάμεις του οποίου πρόκειται να στηριχθεί, προκειμένου να αποδείξει την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής⁵¹², ελέγχεται με στόχο να αποδειχθεί η πραγματική διάθεση των μέσων του τρίτου που είναι αναγκαία για την εκτέλεση του έργου, χωρίς να δημιουργείται τεκμήριο υπέρ της υποβάλλουσας προσφορά εταιρείας για τη διάθεση των εν λόγω μέσων, με μόνη αναφορά στο γεγονός ότι οι δύο εταιρείες ανήκουν στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων ή πρόκειται για συνδεδεμένες επιχειρήσεις⁵¹³, ήτοι ότι υπάρχει σχέση μητρικής προς θυγατρική⁵¹⁴. Ακολούθησε μία απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ⁵¹⁵ που επικύρωσε την ορθότητα της αποδοχής από την αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού, προσφοράς εταιρείας, η οποία προσκόμισε έγγραφη δέσμευση ιταλικού οίκου για την παροχή των αναγκαίων τεχνικών μέσων, απορρίπτοντας ισχυρισμό της αιτούσας εταιρείας περί του ότι δεν αναφέρονταν ρητά στην έγγραφη δέσμευση του τρίτου φορέα τα επιμέρους τμήματα του έργου που αυτός θα αναλάμβανε να εκτελέσει υπερβολικά⁵¹⁶.

⁵¹⁰ Βλ. σκέψη 5 της απόφασης για το ότι η άρνηση του δικαστηρίου να αναγνωρίσει τον επικαλούμενο συνυπολογισμό των δυνάμεων των επιμέρους φορέων (συμμετέχουσας εταιρείας και τρίτων επιχειρήσεων), βασίστηκε σε τυπικές πλημμέλειες που σχετίζονταν με την παράλειψη νόμιμων υπογραφών στις υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις, λόγω έλλειψης νομιμοποίησης των υπογραφόντων αυτές, αλλά και την ενδιαφέρουσα προσέγγιση ότι η σχέση μητρικής-θυγατρικών, μεταξύ των συνεργαζόμενων εταιρειών, δεν θεμελιώνει άνευ άλλου τινός ούτε αποδείκνυε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής την πραγματική διάθεση των επικαλούμενων μέσων. Στην ίδια λογική και η ΕΑ ΣτΕ 28/2017, η οποία όμως απέρριψε σχετικό ισχυρισμό της αιτούσας κρίνοντας ότι πληρούνται οι απαιτήσεις της διακήρυξης, σχετικά με τη δήλωση για την ακριβή διάθεση των μέσων του τρίτου. Έτσι και ΑΕΙΠΠ (7μελής) 11/2020 σκέψεις 18-19, ενώ ενδιαφέρουσα είναι και η ανάλυση που επιχειρείται στη σκέψη 3 της ΑΕΙΠΠ 348/2020 για τις αναπτυσσόμενες σχέσεις μεταξύ επιχειρήσεων που ανήκουν στον ίδιο όμιλο και την αναγνώριση της ιδιότητας του «*τρίτου*» μόνο σε οντότητες με διακριτή νομική προσωπικότητα.

⁵¹¹ ΕΑ ΣτΕ 466/2002.

⁵¹² Στη συγκεκριμένη περίπτωση, επρόκειτο στην πραγματικότητα για κριτήρια προεπιλογής για συμμετοχή σε κλειστή διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου.

⁵¹³ Κατά την έννοια του τότε ισχύοντος Ν. 2190/1920 «Περί Ανωνύμων Εταιρειών» (ΦΕΚ Α' 144/30.06.1920).

⁵¹⁴ Την ίδια αιτιολόγηση αργότερα ακολούθησαν κινούμενες σε πιο στέρεο έδαφος πλέον και οι ΕΑ ΣτΕ 284/2013, ΕΑ ΣτΕ 409/2013, ΕΑ ΣτΕ 415/2013.

⁵¹⁵ ΕΑ ΣτΕ 968/2008.

⁵¹⁶ Η αναφορά σε «*υπερβολική ανάθεση*» καίτοι είναι προφανές ότι το επίμαχο ζήτημα αφορούσε καθαρά στήριξη σε δυνάμεις τρίτου, χωρίς πρόθεση εκτέλεσης των επίμαχων εργασιών από τον τρίτο

Επίσης δεκτή έγινε από την Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ⁵¹⁷ έτερη περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα και απορρίφθηκε αντίθετος ισχυρισμός αιτούντος ομίλου εταιρειών, καθώς κρίθηκε ότι από τον συνδυασμό των επίμαχων διατάξεων του διαγωνισμού μπορούσε να συναχθεί ότι, εάν διαγωνιζόμενος με την προσφορά του προτείνει ως ανεξάρτητο μηχανικό κοινοπραξία εταιρειών, εκ των οποίων η μία πληροί τις απαιτήσεις που έθετε το σχετικό άρθρο της διακήρυξης, ενώ η άλλη δεν διαθέτει το απαιτούμενο πιστοποιητικό ISO 9001, ωστόσο, μεταξύ των εταιρειών της κοινοπραξίας υπάρχει εσωτερική συμφωνία, βάσει της οποίας η πρώτη αναλαμβάνει να διαθέσει στη δεύτερη όλα τα μέσα, τεχνογνωσία, προσωπικό κλπ., προκειμένου να εκτελέσουν από κοινού τα καθήκοντα του ανεξάρτητου μηχανικού, η παραπάνω έλλειψη πιστοποιητικού ISO 9001 εκ μέρους της μίας εκ των δύο κοινοπρακτούντων μελών, δεν καθιστά την προσφορά απαράδεκτη⁵¹⁸. Υιοθετώντας λοιπόν αυτή την ερμηνευτική εκδοχή η Επιτροπή Αναστολών, θεώρησε ορθή την κρίση της αναθέτουσας αρχής του διαγωνισμού, η οποία έκανε δεκτή ως παραδεκτά υποβληθείσα την εν λόγω προσφορά με αυτά τα δεδομένα και απέρριψε τον ισχυρισμό του αιτούντος ανταγωνιστή ομίλου.

Ωστόσο, εσφαλμένη εφαρμογή της δυνατότητας στήριξης σε ικανότητες τρίτου, είχαμε σε μία απόφαση του 2009, η οποία επικρίθηκε από τη θεωρία⁵¹⁹. Συγκεκριμένα, χωρίς να υπάρχει σχετική πρόβλεψη στους όρους της διακήρυξης, επί των οποίων βάσισε την κρίση της η αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού, για τον αποκλεισμό του αιτούντος οικονομικού φορέα, θεωρήθηκε από την υπό εξέταση απόφαση ότι έκαστος διαγωνιζόμενος δεν μπορούσε να επικαλεστεί και να προσμετρήσει στη δική του εμπειρία, εκείνη που παρείχαν σε αυτόν τυχόν υπεργολάβοι του, προκειμένου να καλύψει αποδεδειγμένα την απαιτούμενη πενταετή, προηγούμενη εμπειρία του σε αντίστοιχα έργα⁵²⁰. Τέτοια πρόβλεψη όμως στους επίμαχους όρους της διακήρυξης δεν υφίστατο, ενώ ήταν αμφίβολο κατά πόσο θα μπορούσε να έχει τεθεί τέτοιος περιορισμός εν γένει, σε αντιστοιχία με το αντικείμενο της ίδιας της σύμβασης⁵²¹. Ακολούθησαν αρκετές αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών που στην

φορέα, εξακολουθεί να καταδεικνύει την επικρατούσα σύγχυση γύρω από το ακριβές εννοιολογικό πλαίσιο και τους όρους και τις προϋποθέσεις εφαρμογής εκάστης μορφής συνεργασίας μεταξύ προσφέροντος και τρίτης οντότητας.

⁵¹⁷ ΕΑ ΣτΕ 632/2006.

⁵¹⁸ Η κρίση του δικαστηρίου βασίστηκε ορθά, κυρίως στην παραδοχή ότι αφενός το συγκεκριμένο δικαιολογητικό αφορούσε ουσιαστικό προσόν και όχι κάλυμα ή επαγγελματική αναξιοσύνη κλπ. και αφετέρου υπήρχε πρόβλεψη και ρυθμιζόταν στο κείμενο της διακήρυξης, η περίπτωση αντικατάστασης του αρχικά δηλωθέντος ανεξάρτητου μηχανικού. Κατά την έννοια αυτή, η Επιτροπή Αναστολών απεφάνθη ότι μια τέτοια ερμηνεία δεν φαίνεται να είναι αντίθετη προς τη σχετική νομολογία του ΔΕΕ αναφορικά με την παροχή στήριξης σε συμμετέχοντα οικονομικό φορέα από τρίτες οντότητες, προκειμένου αυτός να ανταποκριθεί στις τεχνικές και χρηματοοικονομικές του υποχρεώσεις, όπως πηγάζουν από τους όρους του διαγωνισμού (βλ. σκέψη 8).

⁵¹⁹ ΕΑ ΣτΕ 896/2009, ενώ για την αντίθεση στην εν λόγω κρίση του Δικαστηρίου, βλ. *Α. Ταμαΐδη*, *ό.π.*, αλλά και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 2076/25.04.2016, Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 295/2015, με θέμα: «*Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων*»), σελ. 8-9.

⁵²⁰ Επί του ίδιου θέματος, αντίθετη και ορθή η ΕΑ ΣτΕ 446/2014.

⁵²¹ Ετέρωθεν, τέθηκε το ζήτημα του κατά πόσο η αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού έχει την ευχέρεια, στην περίπτωση που ο επίμαχος διαγωνισμός δεν διέπεται, λόγω ποσού, από τις οικείες διατάξεις του

πλειοψηφία τους, ερμήνευσαν ορθά τους όρους προσφυγής στην εμπειρία και τα μέσα τρίτων φορέων, ώστε ο συμμετέχων οικονομικός φορέας να ανταποκριθεί στις τεχνικές ή/και οικονομικές απαιτήσεις για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης που διεκδικεί⁵²².

Ομοίως, επιτρεπτή και νόμιμη κρίθηκε και μάλιστα από ακυρωτικό σχηματισμό του ΣτΕ (Δ' Τμήμα), η επίκληση μέσων που ανήκουν σε τρίτη οντότητα για την

ενωσιακού δικαίου, να θέτει τέτοιους όρους, γνωρίζοντας ότι ένας τέτοιος περιορισμός θα ήταν αντίθετος με τις προβλέψεις της οδηγίας και άρα μη νόμιμος, εάν ο διαγωνισμός ενέπιπτε στο ρυθμιστικό πεδίο αυτής. Παρά το γεγονός δε, ότι η αιτούσα πρόβαλε σχετικό ισχυρισμό περί τούτου, το δικαστήριο έκρινε ότι παρέλκει η εξέτασή του, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρου της διακήρυξης και συνεπώς απαράδεκτως προβάλλεται κατά τη συγκεκριμένη διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων, η οποία βάλλει κατά απορριπτικής απόφασης της προσφυγής της εταιρείας. Προς την ίδια κατεύθυνση και η Γνμδ. ΝΣΚ 291/2007, η οποία με επίκληση της πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ [βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 03.12.2001, C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, ECLI:EU:C:2001:654 (σκέψεις 20 και 21) και Απόφαση ΔΕΕ της 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, ECLI:EU:C:2000:669 (σκέψεις 60-62), αλλά και μεταγενέστερες, όπως Απόφαση ΔΕΕ της 15.05.2008, C-147/06 & 148/06, *SECAP SpA & Santorso Soc. coop. Arl*, ECLI:EU:C:2008:277 (σκέψεις 20 και 21), όπου επιπλέον τίθεται η πρόσθετη προϋπόθεση, οι επίμαχες συμβάσεις να παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον], διατύπωσε την άποψη ότι ο όρος για την παροχή δάνειας εμπειρίας σε προσφέροντα μπορεί να έχει εφαρμογή, ελλείψει εθνικής ρύθμισης και σε διαγωνισμούς με προϋπολογισμό που υπολείπεται των κατώτατων κοινοτικών ορίων (έτσι και ΕλΣυν Τμήμα VI 76/2005). Εξαιρετικά ενδιαφέρονσα και πρωτοποριακή η απάντηση της πλειοψηφίας στο πρώτο ερώτημα, ότι για την τεκμηρίωση της απαιτούμενης ειδικής εμπειρίας, μπορούν να λαμβάνονται υπόψη και μη αποπερατωθέντα έργα που εξακολουθεί να εκτελεί ο οικονομικός φορέας, καθώς με την προσκόμιση πιστοποιητικού για τις ολοκληρωθείσες εργασίες, εναπόκειται στην Επιτροπή του Διαγωνισμού να κρίνει, εάν οι επικαλούμενες εκτελεσθείσες εντέχνως, επιμέρους εργασίες, μπορούν πράγματι να τεκμηριώσουν υπέρ του υποψηφίου, την απαιτούμενη από τη διακήρυξη, ειδική εμπειρία (με αντίθετη πάντως μειοψηφία. Πρβλ. και ΣτΕ 1251-1252/2019, σκέψη 16, όπου κρίθηκε ότι νομίμως η τεκμηρίωση της απαιτούμενης από τη διακήρυξη του διαγωνισμού «*ειδική τεχνική και επαγγελματική ικανότητα*» μπορεί να αποδεικνύεται, μεταξύ άλλων και από την εκπόνηση «*παρόμοιων*» με την υπό ανάθεση μελετών, οι οποίες εκτελέστηκαν με συμβάσεις του διαγωνιζόμενου ή των μελών της διαγωνιζόμενης σύμπραξης ή κοινοπραξίας, κατά την τελευταία δεκαπενταετία, πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών στον υπό κρίση διαγωνισμό – και άρα κατά τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά, δεν είχαν ολοκληρωθεί μέχρι και τον χρόνο υποβολής προσφοράς – συνολικής αξίας μεγαλύτερης ή ίσης του 40% της προεκτιμώμενης αμοιβής του μελετητικού αντικειμένου της σύμβασης για την οποία υποβάλλεται προσφορά). Πρβλ. και τη διάταξη του άρθρου 31 του ΠΔ 71/2019, αναφορικά με τα χορηγούμενα πιστοποιητικά εμπειρίας, η οποία στηρίζεται σε παραπλήσια δικαιολογητική βάση. Ορθή η απάντηση της υπό κρίση Γνμδ. και στο τρίτο ερώτημα, με το οποίο τέθηκε το ζήτημα της απόκτησης σχετικής προηγούμενης εμπειρίας του οικονομικού φορέα από συμμετοχή σε κοινοπραξία, η οποία ανέλαβε ως ανάδοχος να εκτελέσει συναφές αντικείμενο (βλ. σχετικά και την ανάλυση ανωτέρω της απόφασης του ΔΕΕ στην υπόθεση C-387/14).

⁵²² Βλ. ενδεικτικά ΔΕφαθ 21/2013, ΕΑ ΣτΕ 707/2009, η οποία απέρριψε ισχυρισμό της αιτούσας για τον αποκλεισμό ανταγωνίστριας εταιρείας, λόγω μη απόδειξης εκ μέρους ενός εκ των υπεργολάβων (τρίτων, στις ικανότητες των οποίων προτίθετο να στηριχθεί), της εκτέλεσης έργου συναφούς αντικειμένου, υποστηρίζοντας ειδικότερα ότι δεν έχει προσκομίσει κανένα στοιχείο τεκμηρίωσης ως προς την ολοκληρωμένη εκτέλεση συγκεκριμένου έργου, από το οποίο αντλούσε την προηγούμενη εμπειρία που θα παρείχε στη συμμετέχουσα εταιρεία. Παρεμφερής και η περίπτωση της ΕΑ ΣτΕ 1066/2009, με την οποία όμως κρίθηκε ότι η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να επανέλθει και να αιτιολογήσει ειδικότερα την αποδοχή των διαθέσιμων μέσων του τρίτου για την πλήρωση της προηγούμενης τεχνικής εμπειρίας του προσφέροντος, καθώς δεν αποδεικνύονταν επαρκώς εκ μέρους του τελευταίου, ότι η επικαλούμενη σύμβαση του τρίτου, πράγματι αφορούσε και κάλυπτε συγκεκριμένο μέρος του σύνθετου αντικειμένου της δημοπρατούμενης σύμβασης. Στο ίδιο συμπέρασμα κατέληξε και η ΕΑ ΣτΕ 1162/2009, αποφαινόμενη ότι δεν είναι παρόμοιο το υπό ανάθεση έργο με την προηγούμενη εμπειρία που αποκτήθηκε από εκείνο που τέθηκε στη διάθεση της συμμετέχουσας κοινοπραξίας από τον τρίτο φορέα ως δάνεια εμπειρία και συνεπώς, έχρηξε ειδικής και εμπειριστατωμένης απάντησης από τη Διοίκηση, η οποία προϋποθέτουσα μάλιστα την εκφορά τεχνικών κρίσεων, δεν ανήκει στην αρμοδιότητα της Επιτροπής Αναστολών, βλ. σχετικά με τις ανωτέρω αποφάσεις *Α. Ταμαΐδη*, ό.π.

τεκμηρίωση εκ μέρους υποψηφίου αναδόχου, του προσόντος της προηγούμενης ελάχιστης τριετούς εμπειρίας στη συγκεκριμένη δραστηριότητα που απαιτούσε ο διαγωνισμός, καθώς σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της ένδικης διαφοράς, αυτή δύναται να συντρέχει είτε αυτοτελώς στο πρόσωπο του προσφέροντος είτε κατόπιν προσμέτρησης στη δική του, της εμπειρίας συνεργαζόμενων με αυτόν τρίτων φορέων⁵²³. Το ζήτημα της εφαρμογής του θεσμού της «*δάνειας εμπειρίας*» πραγματοποιήθηκαν σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών σε υποθέσεις που απασχόλησαν το ΣτΕ και στο πλαίσιο σύναψης συμβάσεων Σύμπραξης Ιδιωτικού και Δημόσιου Τομέα (εφεξής «Σ.Δ.Ι.Τ.»), σύμφωνα με τον Ν. 3389/2005,⁵²⁴ κρίνοντας κατά περίπτωση, ανάλογα με τα φερόμενα προς κρίση ενώπιόν τους πραγματικά περιστατικά⁵²⁵, ενώ παράλληλα, η επίκληση μέσων τρίτου εξακολούθησε και τα επόμενα χρόνια να αποτελεί ένα μόνιμο αντικείμενο δικαστικής κρίσης εντός του τότε ισχύοντος νομοθετικού καθεστώτος και ιδίως του ΠΔ 60/2007, όπως ενσωμάτωσε την Οδηγία 2004/18/ΕΚ⁵²⁶.

⁵²³ ΣτΕ 3894/2011 με αναφορά στα άρθρα 8 παρ. 5 και 8α παρ. 2 του ΠΔ 118/2007 «Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου Κ.Π.Δ.» (ΦΕΚ Α΄ 150/10.07.2007) και στα άρθρα 45 παρ. 2 και 46 παρ. 3 του ΠΔ 60/2007, για τη διεξαγωγή διαγωνισμού στο πλαίσιο προγράμματος επισιτιστικής βοήθειας για απόρους της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα σχετικά στην παρ. 6 του άρθρου 3 της Κ.Υ.Α. 136710/2011 «Καθορισμός λεπτομερειών εφαρμογής του μέτρου της δωρεάν διανομής τυριού Π.Ο.Π. σε απόρους της χώρας βάσει προγράμματος της Ε.Ε. έτους 2011.» (ΦΕΚ Β΄ 57/26.01.2011), με την οποία θεσπίστηκε ως προϋπόθεση συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό για τη διανομή δωρεάν τυριού, οι συμμετέχοντες να δραστηριοποιούνται αποδεδειγμένα στην παραγωγή ή/και στην εμπορία γαλακτοκομικών προϊόντων τουλάχιστον από 1^η Ιανουαρίου 2008, καθώς και στην παρ. 7 του ίδιου άρθρου, με την οποία θεσπίζονται τα κριτήρια επιλογής που είναι αντικειμενικά και πρόσφορα και δεν αντίκεινται στον Κανονισμό (ΕΕ) 807/2010 της Επιτροπής της 14^{ης} Σεπτεμβρίου 2010 περί λεπτομερών κανόνων για τη χορήγηση τροφίμων προερχόμενων από τα αποθέματα παρέμβασης στους απόρους της Ένωσης (ΕΛ L 242/9 της 15.09.2010).

⁵²⁴ Ν. 3389/2005 «Συμπράξεις Δημόσιου και Ιδιωτικού Τομέα» (ΦΕΚ Α΄ 232/22.09.2005).

⁵²⁵ ΔΕφαΘ (Αναστ.) 234/2014, ΕΑ ΣτΕ 959/2009, ΕΑ ΣτΕ 282/2013, ΕΑ ΣτΕ 283/2013, ΕΑ ΣτΕ 442/2013, ΕΑ ΣτΕ 51/2014, με την οποία κρίθηκε ορθά στις σκέψεις 8, 16 και 17, ότι δεν επιβάλλεται η υποβολή δικαιολογητικών χρηματοοικονομικής επάρκειας εκ μέρους του τρίτου φορέα όταν αυτός δανείζει απλώς την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα στον υποψήφιο και το αντίστροφο, χωρίς να μπορεί να στοιχειοθετηθεί λόγος αποκλεισμού του προσφέροντος, εάν προσκομισθούν από την τρίτη οντότητα δικαιολογητικά που δεν σχετίζονται με τα μέσα (τεχνικά ή οικονομικά) που θέτει στη διάθεση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (στο ίδιο μήκος κύματος ΔΕφαΘ 901/2021 σκέψη 6, ΕλΣυν Τμήμα VII 1161/2021 σκέψη 12 και ΕλΣυν Τμήμα VII 1474/2021, όπου τονίστηκε ότι ο δανειοπάροχος πρέπει να διαθέτει τα απαραίτητα προσόντα, τα οποία αφορούν μόνο την εν λόγω παρεχόμενη δάνεια ικανότητα και η ΑΕΠΠ 426/2018, σκέψη 6), ΕΑ ΣτΕ 52/2014 και ΕΑ ΣτΕ 92/2014. Πρβλ. και ΕΑ ΣτΕ 144/2012. Για το συμβατικό πλαίσιο των Σ.Δ.Ι.Τ., βλ. αντί άλλων *Ι. Βενιέρη*, Συμπράξεις Δημόσιου & Ιδιωτικού Τομέα, Το Συμβατικό Πλαίσιο, 2007 και ιδίως *Ι. Κίτσο*, Συμπράξεις Δημόσιου-Ιδιωτικού Τομέα και Συμβάσεις Παραχώρησης, Συνεργασίες δημόσιων και ιδιωτικών φορέων για την ανάπτυξη δημόσιων υποδομών με επενδύσεις κεφαλαίων, σύμφωνα με το διεθνές, το ευρωπαϊκό και το ελληνικό δίκαιο, 2014 *Α. Τσιρώνά*, Η νομική φύση των συμβάσεων σύμπραξης δημοσίου και ιδιωτικού τομέα, του Ν. 3389/2005, ΕΔΔΔΔ 2008, σελ. 604.

⁵²⁶ Ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 735/2012, ΣτΕ 2747/2014 σχετικά με την ορθή κάλυψη των χρηματοοικονομικών προϋποθέσεων συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό, όπου κρίθηκε ότι τα πρακτικά των Διοικητικών Συμβουλίων των τρίτων φορέων, αφενός αποδείκνυαν επαρκώς τη σοβαρή και πραγματοποιήσιμη δέσμευση των τρίτων φορέων να παράσχουν την οικονομική ικανότητά τους στην αιτούσα ένωση και τη δυνατότητα της τελευταίας να κάνει χρήση αυτών κατά την εκτέλεση του έργου, ενώ παράλληλα παρίσταντο αρκούντως ορισμένα και ως προς τον τρόπο, με τον οποίο οι συγκεκριμένοι πόροι θα διατεθούν για την κάλυψη των χρηματοοικονομικών αναγκών του έργου, εφόσον οι τρίτοι οικονομικοί φορείς δεσμεύονταν εξ ολοκλήρου και για το σύνολο του έργου, κατά τρόπο που δεν απαγορευόταν από την προκήρυξη του διαγωνισμού. Σε κάθε δε περίπτωση, η μη αναφορά του ειδικότερου τρόπου

διάθεσης και χρησιμοποίησης των διατιθέμενων πόρων (μετρητοίς, με επιταγή κ.ο.κ.) δεν έθετε εν αμφιβόλω την αποδεδειγμένη και λεπτομερή δέσμευση των τρίτων φορέων να διαθέσουν την οικονομική ικανότητά τους προς τον υποψήφιο, η οποία μάλιστα είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού του (βλ. σκέψη 8 της απόφασης). Έτσι και ΕΑ ΣτΕ 28/2017, σκέψεις 15-17. Επίσης, η ΕΑ ΣτΕ 410/2013 κρίνοντας περίπτωση δανεισμού χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου, έθεσε το ζήτημα του καθορισμού ήδη κατά το στάδιο της προεπιλογής, με ρητό και προβλέψιμο τρόπο, των συγκεκριμένων πόρων που θα διατεθούν από τρίτους οικονομικούς φορείς υπέρ του υποψηφίου, καθώς και του τρόπου χρησιμοποίησής τους από αυτόν (σκέψη 8), εφόσον μια τέτοια λεπτομερής αναφορά προκύπτει από ρητό όρο της διακήρυξης (έτσι και ΕΑ ΣτΕ 411/2013, σκέψη 7 και 416/2013 σκέψη 6). Ομοίως, ζητήματα ταυτότητας του αντικείμενου, στο οποίο στηριζόταν η προηγούμενη εμπειρία του τρίτου φορέα σε σχέση με το δημοπρατούμενο αντικείμενο, καθώς και θέμα έγκυρης ανάληψης δέσμευσης εκ μέρους του αποφασίζοντος οργάνου (Δ.Σ.) του τελευταίου, αντιμετώπισαν ορθά οι ΕΑ ΣτΕ 306/2012, 734/2012, σκέψη 7, όπου κρίθηκε ότι η δανειζουσα οντότητα, δεν είχε αναλάβει η ίδια τη λειτουργία και συντήρηση μονάδας επεξεργασίας απορριμμάτων αυτοδυνάμως επί ένα τουλάχιστον έτος, όπως απαιτούσε η διακήρυξη, αλλά παρείχε απλώς συμβουλές στον εργοδότη (αναθέτουσα αρχή), ΕΑ ΣτΕ 442/2013 και 443/2013. Πρβλ. και την αμφίβολης ορθότητας σκέψη 7 της ΕΑ ΣτΕ 14/2015 και την όμοια αυτής σκέψη 7 της ΣτΕ 3653/2015 που εκδόθηκαν κατ' εφαρμογή του Ν. 3978/2011, με τις οποίες κρίθηκε ότι ανεξαρτήτως της προσφυγής σε οικονομική επάρκεια τρίτων, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει τα διάφορα δικαιολογητικά να τεκμηριώνουν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του υποψηφίου, είτε εναλλακτικά είτε σωρευτικά (η εν λόγω απόφαση δεν συνέδεσε μια τέτοια απαίτηση με σταθμίσεις αναλογικότητας, παρά το γεγονός ότι και το ΔΕΕ έχει αποφανθεί ότι περιορισμοί στην απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου, δύσκολα μπορούν να τεκμηριωθούν και να θεωρηθούν ως εύλογες, σύμφωνα και με την απόφαση του στην υπόθεση C-27/15). Σε κάθε περίπτωση πάντως (και ως προς αυτό η κρίση του ΣτΕ ήταν ορθή) τα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά – εδώ επρόκειτο για τραπεζικές βεβαιώσεις – προκειμένου να κριθούν, κατ' αρχήν, παραδεκτά, έπρεπε να αναφέρουν συγκεκριμένο ποσό χρηματοπιστωτικής ικανότητας. Με την ΕΑ ΣτΕ 126/2018 απορρίφθηκε η ασκηθείσα αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κοινοπραξίας που είχε αποκλειστεί από διαγωνισμό για την ανάθεση έργου, καθώς κρίθηκε ότι δεν διέθετε τη ρητά απαιτούμενη από όρο της Πρόσκλησης, ειδική εμπειρία στην υπόγεια διάνοιξη σηράγγων σε αστικό περιβάλλον με συμβατικά μηχανικά μέσα, για την απόδειξη της οποίας στηρίχθηκε σε μέσα αλλοδαπής ιταλικής εταιρείας, δεδομένου ότι το έργο που επικαλέστηκε η τελευταία δεν είχε πράγματι εκτελεσθεί εντός τέτοιου περιβάλλοντος (βλ. σκέψεις 7-10 της απόφασης), ενώ ομοίως απορριπτική ήταν και η απόφαση του Δ' Τμήματος του ακυρωτικού σχηματισμού, επί της ασκηθείσας αίτησης ακύρωσης για το ίδιο ζήτημα (ΣτΕ 2025/2019). Πρβλ. και ΕΑ ΣτΕ 1086/2015, όπου παρά το γεγονός ότι η πραγματευόμενη υπόθεση δεν αφορούσε *per se* την επίκληση δυνατοτήτων τρίτων, αλλά υπεργολαβική ανάθεση μέρους της σύμβασης, διέλαβε ωστόσο κρίση στη σκέψη 5, περί του ότι δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για τον λόγο ότι ο ίδιος ή η επιχείρησή του, με την οποία τυχόν συμπράττει για τις ανάγκες του διαγωνισμού, έχουν ιδιότητα ή μεταξύ τους σχέση, η ύπαρξη της οποίας δεν έχει ρητώς απαγορευθεί από τη διακήρυξη (έτσι και ΑΕΠΠ 505/2021 σκέψη 21). Αντιθέτως, η ΔΕΦΑθ (Αναστ.) 889/2012 (σκέψεις 7-10), αντιμετωπίζοντας και πάλι μεταξύ άλλων, σταθμίσεις συνάφειας της προηγούμενης εμπειρίας με το αντικείμενο του διαγωνισμού, σε σχέση με την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, απέρριψε αίτηση οικονομικού φορέα κατά της απόφασης αποκλεισμού του, με το σκεπτικό ότι στην ένδικη υπόθεση, από τα επίμαχα άρθρα της διακήρυξης συνήχθη, ότι οι διαγωνιζόμενοι που υποβάλλουν προσφορά στον διαγωνισμό αυτό και σε περίπτωση κοινοπραξίας, ένα τουλάχιστον μέλος αυτής, προκειμένου οι προσφορές τους να γίνουν αποδεκτές, πρέπει υποχρεωτικά και μάλιστα, επί ποινή αποκλεισμού, να αποδείξουν ότι διαθέτουν αφενός οι ίδιοι εμπειρία στην εκτέλεση παρόμοιων έργων που να υπερβαίνει συγκεκριμένο συνολικό προϋπολογισμό (5.000.000,00 €) και ταυτόχρονα εμπειρία στα επιμέρους έργα με όριο ελαχίστου ποσού κατ' έργο (1.000.000,00 €) ή να συνεργάζονται αποκλειστικά με φυσικό ή νομικό πρόσωπο που διαθέτει την εμπειρία αυτή, αφετέρου δε τα έργα αυτά έπρεπε να έχουν περαιωθεί αποδεδειγμένα ή να έχουν παραληφθεί προσωρινά ή οριστικά και να αφορούν εργασίες σχετιζόμενες με την ιδιαιτερότητα του προς ανάθεση έργου. Αναγνώρισε δηλαδή η τελευταία απόφαση *a priori*, τηρώντας την αρχή της τυπικότητας των όρων της διακήρυξης, τον θεμιτό χαρακτήρα τεθέντων περιορισμών, τόσο ποσοτικών βάσει προϋπολογισμού όσο και με αναφορά στο ειδικό αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, χωρίς όμως να κρίνει παράλληλα και τη νομιμότητά τους, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, προκειμένου να αποφανθεί σχετικά με τη νόμιμη πλήρωση ή όχι του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής εκ μέρους της αιτούσας.

Ειδική μνεία πρέπει να γίνει σε μία σειρά εξαιρετικών αποφάσεων της Επιτροπής Αναστολών, αλλά και του ακυρωτικού σχηματισμού του ΣτΕ⁵²⁷, όχι τόσο από την άποψη της ορθής εφαρμογής του κανόνα της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, όσο από το περιλαμβανόμενο στις επίμαχες σκέψεις τους, σκεπτικό, σύμφωνα με το οποίο, με μία πολύ διεισδυτική ματιά και με βαθιά αντίληψη του περιεχομένου και του πνεύματος του θεσμού της «*δάνειας εμπειρίας*», δόθηκε η ακόλουθη ερμηνεία. Κατ' αρχήν, με βάση το κανονιστικό πλαίσιο εκάστου επίδικου διαγωνισμού⁵²⁸ απεφάνθη το δικαστήριο το αυτονόητο, ήτοι ότι προκειμένου ο υποψήφιος να αποδείξει ότι πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής ή τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας, δύναται να επικαλείται τις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, προς τους οποίους συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, στην περίπτωση δε αυτή οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οικονομικών φορέων, που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης.

Επιπρόσθετα όμως – και εκεί βρίσκεται ο πυρήνας της ρηξικέλευθης αυτής προσέγγισης – κρίθηκε ότι, οφείλει ο υποψήφιος, στην περίπτωση αυτή, να προσκομίσει όλα τα απαιτούμενα από το επίμαχο άρθρο της προκήρυξης δικαιολογητικά συμμετοχής για όλους τους τρίτους φορείς, τις ικανότητες των οποίων επικαλείται, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που εμμέσως θέτουν στη διάθεση του προσφέροντος τις αντίστοιχες ικανότητες, ιδίως δε την ανάληψη έγκυρης δέσμευσης προς τούτο εκ μέρους του νομίμου εκπροσώπου ή του αποφασιστικού οργάνου όλων των ενδιάμεσων υποστηρικτικών επιχειρήσεων⁵²⁹. Μια τέτοια ερμηνεία συνάγεται τόσο από την αδιάσπικτη διατύπωση των υπό κρίση όρων της προκήρυξης, όσο και από τον αληθή σκοπό τους, που συνίσταται στη διασφάλιση της ουσιαστικής δέσμευσης ότι πράγματι θα παρασχεθούν στον υποψήφιο τα αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης, μέσα τρίτων φορέων, στα οποία εκείνος προτίθεται να στηριχθεί. Μάλιστα, ο εκάστοτε σχηματισμός αιτιολόγησε έτι περαιτέρω τη σκέψη του, επισημαίνοντας ότι η αντίθετη άποψη που υποστηρίζει ότι σε περίπτωση έμμεσου δανεισμού ικανοτήτων, απαιτούμενων στον διαγωνισμό από τρίτους φορείς, η προσκόμιση των δικαιολογητικών της προκήρυξης είναι αναγκαία μόνο για τον αμέσως και όχι και τον εμμέσως δανείζοντα τις ικανότητες αυτές, θα κατέληγε ενδεχομένως σε καταστρατήγηση των σχετικών ρυθμίσεων της οδηγίας και των απαιτήσεων της προκήρυξης⁵³⁰.

⁵²⁷ ΕΑ ΣτΕ 284/2013, σκέψη 14, ΕΑ ΣτΕ 374/2013, ΕΑ ΣτΕ 405/2013, σκέψη 12 και ΣτΕ 2827/2014 σκέψη 6, ενώ την ίδια αιτιολογία ακολούθησε ορθά, μετέπειτα και η ΣτΕ 1217/2018, σκέψη 8. Βλ. και *I. Κίτσο*, Η οδηγία 2014/23/ΕΕ σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, 2016, σελ. 137 επ.

⁵²⁸ ΠΔ 60/2007, Οδηγία 2004/18/ΕΚ και Ν. 3389/2005, σε συνδυασμό με τα αντίστοιχα άρθρα της διακήρυξης.

⁵²⁹ Πρβλ. και ΕΑ ΣτΕ 141/2012, Διδικ 2013, 246 με παρατηρήσεις *A. Τσιρώνά*, ΕΑ ΣτΕ 143/2012, ΕΑ ΣτΕ 413/2013, ΕΑ ΣτΕ 441/2013, ΕΑ ΣτΕ 239/2019 και ΣτΕ 2780/2003, ΣτΕ 156/2005, ΣτΕ 1212/2007, ΣτΕ 1399/2008.

⁵³⁰ Ενδεικτικά το συναφές απόσπασμα της σκέψης 6 της ΣτΕ 2827/2014, όπως επαναλήφθηκε *grosso modo* και στις υπόλοιπες αναφερόμενες αποφάσεις: «...λαμβανομένου ιδίως υπόψη ότι μεταξύ των δικαιολογητικών του άρ. 15.8. περιλαμβάνεται και η ένορκη βεβαίωση του άρθρου 15.1.5., περιεχόμενο της οποίας αποτελούν γεγονότα ή καταστάσεις (ποινικές καταδίκες, διάπραξη επαγγελματικών παραπτώματων, πτώχευση κλπ), που συναρτώνται με λόγους αποκλεισμού προβλεπόμενους στο άρθρο 45 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Τα ανωτέρω ισχύουν και στην περίπτωση που οι διαθέτοντες την ικανότητά τους

Η υποστηριζόμενη θέση του δικαστηρίου μάλιστα, κρίθηκε ότι παραμένει ακέραιη, ενόψει της σχετικής νομολογίας του ΔΕΕ και στην περίπτωση που η στήριξη στις δυνάμεις τρίτης οντότητας, γίνεται μεταξύ επιχειρήσεων που ανήκουν στον ίδιο όμιλο, δεδομένου ότι ασφαλώς πρόκειται για απολύτως διακριτά νομικά πρόσωπα και ως εκ τούτου, δεν δημιουργείται καθ' οιονδήποτε τρόπο, αμάχητο τεκμήριο υπέρ τους για την πραγματική παροχή προς την υποβάλλουσα προσφορά στον διαγωνισμό, εταιρεία του ίδιου ομίλου, των αναγκαίων μέσων άλλης επιχείρησης που επίσης ανήκει στον ίδιο όμιλο. Η ανωτέρω κρίση, παρά το γεγονός ότι φαινομενικά εφαρμόζει τα πορίσματα της νομολογίας του ΔΕΕ, εντούτοις είναι σαφές ότι εκκινώντας από αυτά, προβαίνει σε μία παραδοχή που δίνει διαφορετική διάσταση στη χρήση των δυνατοτήτων τρίτων επιχειρήσεων εκ μέρους ενός προσφέροντος, προκειμένου να ανταποκριθεί στις τεχνικές/επαγγελματικές και οικονομικές/χρηματοοικονομικές απαιτήσεις μιας συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Ειδικότερα, το ΔΕΕ, όπως ήδη διαπιστώνεται στις αναλυθείσες ανωτέρω αποφάσεις του, προφανώς δεν απέκλεισε το ενδεχόμενο έμμεσης προσφυγής στις ικανότητες τρίτων ούτε από τις κρίσεις του φαίνεται κάτι τέτοιο να αντιβαίνει στο ουσιαστικό περιεχόμενο του δανεισμού ικανοτήτων τρίτων φορέων. Ωστόσο, ουδέποτε ειπώθηκε ρητά σε απόφασή του ότι είναι πράγματι δυνατή η επίκληση της εμπειρίας και των πόρων έτερων επιχειρήσεων, υπό την έννοια της διαδοχικής μεταξύ τους συνδρομής και διάθεσης των απαιτούμενων μέσων, προς τον σκοπό δημιουργίας μίας αλληλουχίας δανεισμού, μίας αλυσίδας παροχής συνδρομής, ώστε καθ' ένα ενδιάμεσο μέλος αυτής, ελεγχόμενο ως «άμεσος» τρίτος φορέας, να οδηγεί στον τελικό προσφέροντα, ενισχύοντας τον τελευταίο από άποψη τεχνογνωσίας ή/και οικονομικής ευρωστίας, με σκοπό την πλήρωση εκ μέρους του των αντίστοιχων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Υπό την έννοια αυτή λοιπόν, με τη ρητή αναγνώριση των ενδιάμεσων σχέσεων, που συνθέτουν τη διαδοχικά δανειζόμενη εμπειρία τρίτων, αναδείχθηκε όχι μόνο ο αναμφισβήτητος έγκυρος και νόμιμος τρόπος έμμεσου δανεισμού των μέσων περισσοτέρων της μίας, ξένων προς τον υποβάλλοντα προσφορά οικονομικό φορέα, οντοτήτων, αλλά ταυτόχρονα και οι ταυτόσημοι με τον άμεσο δανεισμό, κανόνες που διέπουν τον έλεγχο των ενδιάμεσων αυτών σχέσεων συνεργασίας. Και αυτή ήταν η ιδιαίτερα σημαντική συνεισφορά των εν λόγω αποφάσεων.

Στο πλαίσιο της νομολογιακής ερμηνείας της διάταξης του άρθρου 17 παρ. 3 του Ν. 3316/2005⁵³¹, κρίθηκε ότι είναι δυνατόν, όταν σε έναν διαγωνισμό για τη

φορείς ανήκουν στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων, δεδομένου ότι πρόκειται περί διακριτών νομικών προσώπων. Συνεπώς, δεν υφίσταται τεκμήριο ότι ο αμέσως δανείζων διαθέτει τις ικανότητες αυτές εκ μόνου του λόγου ότι τις διαθέτει τρίτη επιχείρηση που ανήκει στον ίδιο με αυτόν όμιλο ή είναι συνδεδεμένη με αυτόν επιχείρηση (βλ. αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 14.4.1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep I, Συλλογή 1994, σ. I - 1289, σκέψεις 15 - 18 και της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep II, Συλλογή 1997, σ. I - 7549, σκέψεις 12, 13).».

⁵³¹ Πρβλ. και ΔΕφΑθ (Αναστ.) 809/2012, με την οποία απορρίφθηκε αίτηση ασφαλιστικών μέτρων που στρεφόταν κατά απόφασης της αναθέτουσας αρχής με τον ισχυρισμό ότι η αιτούσα έλαβε μειωμένη βαθμολόγηση κατά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της και δη ως προς το κριτήριο της οργανωτικής αποτελεσματικότητας της προτεινόμενης Ομάδας Έργου, εκ μόνου του λόγου της χρήσης εκ μέρους της μέσων τρίτου, με την αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της να αντιτείνει ότι έλαβε μειωμένη

σύναψη σύμβασης μελέτης και συναφών υπηρεσιών, απαιτείται ειδική τεχνική ικανότητα, αυτή να παρέχεται με τη μορφή δανεισμού εμπειρίας και από μελετητή ή πρόσωπο που διαθέτει μεν την απαιτούμενη ικανότητα, χωρίς παράλληλα να κατέχει και πτυχίο μελετητή⁵³², με το δικαστήριο να αποφαινεται σε περισσότερες από μία περιπτώσεις⁵³³ ότι από τις υπό κρίση διατάξεις, συνάγεται ότι οι «ειδικοί σύμβουλοι», με τους οποίους, κατά τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, πρέπει να συνεργαστούν οι διαγωνιζόμενοι μελετητές, δεν απαιτείται να έχουν, και οι ίδιοι, την ιδιότητα του μελετητή, εγγεγραμμένου, περαιτέρω, στα Μητρώα Μελετητών.

II. Ελεγκτικό Συνέδριο.

Ενδιαφέρουσες και οι αντίστοιχες προσεγγίσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου, οι οποίες όμως σε αρκετές περιπτώσεις δεν περιείχαν κρίση επί της ουσίας της ορθότητας ή μη της χρήσης του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας»⁵³⁴. Αντιθέτως, ορθά ανακλήθηκε η υπ' αριθμ. 462/2007 Πράξη του Ε' Κλιμακίου με απόφαση του VI Τμήματος⁵³⁵, καθώς το Κλιμάκιο είχε κρίνει εσφαλμένα ότι σε διαγωνισμό που δεν διεπόταν από την Οδηγία 2004/18/EK και ελλείπει αντίστοιχης ρύθμισης για τη δάνεια εμπειρία στο εθνικό δίκαιο, δεν μπορούσε η συμμετέχουσα σε διαγωνιστική διαδικασία, θυγατρική εταιρεία, να επικαλεστεί την παροχή στήριξης από τη μητρική. Η εξεταζόμενη απόφαση δέχτηκε περαιτέρω ότι με σκοπό μεταξύ άλλων, το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο ανταγωνισμό, ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλεισθεί από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου, με την αιτιολογία απλώς και μόνο ότι προτίθεται να διαθέσει, προς εκτέλεση της σύμβασης, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο, αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες. Αντιθέτως, επικυρώθηκε η ορθότητα της κρίσης του ΣΤ' Κλιμακίου (Πράξη 266/2007), καθώς το αρμόδιο Τμήμα με την απόφασή του⁵³⁶, διαπίστωσε ότι πράγματι δεν προσκομίστηκε εκ μέρους του

βαθμολογία λόγω του ότι η προσφορά της (συνυπολογιζόμενης και της δάνειας εμπειρίας) υστερούσε ως προς την κάλυψη των απαιτήσεων της ειδικής τεχνικής ικανότητας που έθετε η προκήρυξη, όπως η δυσαναλογία στη στελέχωση των επιμέρους μελετητικών ομάδων, με χαρακτηριστικό παράδειγμα τη στελέχωση της βασικής ομάδας καυσίμων με ένα μόνο άτομο, βλ. σχετικά σκέψεις 25-27, αλλά και 29 της απόφασης.

⁵³² Ακόμα και χωρίς τα πρόσωπα αυτά να μετέχουν στην ομάδα μελέτης ως μέλη κοινοπραξίας ή σύμπραξης κατά τον Χ. Μητκίδη, ό.π., σελ. 221, ο οποίος δέχεται όμως ότι είναι και η μοναδική επιτρεπτή περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτου ειδικού συμβούλου, που δεν διαθέτει πτυχίο μελετητή, κατ' αυτόν τον τρόπο, σύμφωνα με το σκεπτικό που παραθέτει στον οικείο χώρο. Έτσι και ΣτΕ 305/2002 σκέψη 4, ΝοΒ 2002, 1954.

⁵³³ ΕΑ ΣτΕ 527/2007 και 757/2008.

⁵³⁴ Όπως πχ. η ΕλΣυν Τμήμα VI 72/2007, η οποία, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι βάσει του ιστορικού της ένδικης υπόθεσης, πράγματι φαίνεται ότι είχαν προσκομιστεί όλα τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη του διαγωνισμού έγγραφα τεκμηρίωσης για την παροχή τεχνικής ικανότητας εκ μέρους τρίτου φορέα (πληρεξούσιο έγγραφο, πιστοποιητικό εξουσιοδότησης της αλλοδαπής μητρικής εταιρείας προς τη θυγατρική και προσφέρουσα, καθώς και διευκρινιστική βεβαίωση της τρίτης εταιρείας), τελικά απεφάνθη ότι η επιλογή του αποφασίζοντος οργάνου της αναθέτουσας αρχής να αποστεί από την αντίθετη κρίση της Επιτροπής του Διαγωνισμού έπρεπε να διαλάβει ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία. Με το σκεπτικό αυτό δεν ανακάλεσε την προσβαλλόμενη ενώπιον του Τμήματος, υπ' αριθμ. 172/2007 Πράξη του Ε' Κλιμακίου. Αντιθέτως, αναλυτική ως προς το περιεχόμενο του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» η ΕλΣυν Τμήμα VI 2403/2015.

⁵³⁵ ΕλΣυν Τμήμα VI 233/2007. Πρβλ. και την ΕΑ ΣτΕ 74/2008 που εκδόθηκε σε συνέχεια της απόφασης του ΕλΣυν.

⁵³⁶ ΕλΣυν Τμήμα VI 4/2008.

συμμετέχοντας οικονομικού φορέα, επιπλέον του ιδιωτικού συμφωνητικού που υποβλήθηκε για την τεκμηρίωση της στήριξης στους πόρους τρίτης (αλλοδαπής) εταιρείας και η σωρευτικά απαιτούμενη από τον επίμαχο όρο της διακήρυξης, πρωτότυπη βεβαίωση δέσμευσης του τρίτου φορέα. Έτσι απορρίφθηκε η ασκηθείσα αίτηση ανάκλησης της αιτούσας και επικυρώθηκε η ορθότητα του αποκλεισμού της⁵³⁷.

Επίσης, απολύτως ορθή εφαρμογή της δάνειας εμπειρίας είχαμε από το VI Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου που απέρριψε καθ' ολοκληρίαν αίτηση ανάκλησης πράξης του Ζ' Κλιμακίου από αναθέτουσα αρχή (Δήμος), θεωρώντας ότι σχετικός όρος που συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή σύμπραξης από την απαίτηση συνδρομής του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας σε όλα τα μέλη αυτής είναι μη νόμιμος και επηρέασε ουσιωδώς τη δυνατότητα πρόσβασης και συμμετοχής οικονομικών φορέων στον κρινόμενο διαγωνισμό⁵³⁸. Η κρίση αυτή στηρίχθηκε κυρίως στην αρχή της ίσης

⁵³⁷ Στην ίδια λογική επικυρώθηκε η ορθότητα της υπ' αριθμ. 242/2016 Πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου, με την ΕλΣυν Τμήμα VI 402/2017 απόφαση, απορρίπτοντας τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς της αιτούσας την ανάκληση της πράξης του Κλιμακίου, καθ' όσον κρίθηκε ότι πράγματι η αιτούσα δεν υπέβαλε όλα τα ρητώς απαιτούμενα από τους επίμαχους όρους της διακήρυξης, δικαιολογητικά συμμετοχής, φερεγγυότητας, επαγγελματικής και χρηματοοικονομικής κατάστασης ως προς τη δανειζούσα εμπειρία, εταιρεία, ενώ το περιεχόμενο εκείνων που προσκομίστηκαν ουδόλως κάλυπταν τις απαιτήσεις των όρων της διακήρυξης. Παράλληλα, διαπιστώθηκε και πλημμέλεια ως προς την υπογραφή εγγράφων ανάληψης δέσμευσης έναντι του συμμετέχοντος φορέα από τον νόμιμο εκπρόσωπο της τρίτης οντότητας και παράλειψη μετάφρασής τους, καθώς επρόκειτο για δικαιολογητικό που είχε εκδοθεί στην αλλοδαπή.

⁵³⁸ ΕλΣυν Τμήμα VI 527/2012 με την ακόλουθη αιτιολογία: «Για λόγους ίσης μεταχείρισεως όλων των οικονομικών φορέων (είτε πρόκειται για συμπράξεις είτε για μεμονωμένες επιχειρήσεις, φυσικά ή νομικά πρόσωπα) και προστασίας του ανταγωνισμού, η ίδια ρύθμιση επιφυλάσσεται στο άρθρο 46 παρ. 4 και για τις συμπράξεις προσώπων καθόσον και σε αυτήν την περίπτωση, κάθε σύμπραξη, η οποία καλείται να αποδείξει ότι πληροί τις οικονομικές, χρηματοδοτικές και τεχνικές προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαγωνιστική διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, δύναται να κάνει χρήση των ικανοτήτων είτε κάποιων εκ των μελών της ή και τρίτων φορέων, ανεξάρτητα από τη νομική φύση των δεσμών που διατηρεί με αυτούς, υπό την προϋπόθεση ότι είναι σε θέση να αποδείξει ότι βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (δάνεια εμπειρία). Η αναθέτουσα αρχή, οσάκις αποδεικνύεται ότι βρίσκονται όντως στη διάθεση της συμπράξεως τα αναγκαία μέσα, οφείλει να αποδεχτεί κατ' αρχάς, τη συμμετοχή της συμπράξεως και να εκτιμήσει, στη συνέχεια, την ικανότητα αυτής σύμφωνα με τα κριτήρια που έχει επιλέξει (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.12.1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep*, σκ. 14). Ως εκ τούτου, ενώ κατ' αρχάς εναπόκειται στη διακριτική της ευχέρεια να επιλέξει και να υιοθετήσει ως κριτήρια ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων τα κριτήρια εκείνα που προσιδιάζουν και είναι ανάλογα με το αντικείμενο της υπό σύναψη συμβάσεως, υπάρχει ρητή δέσμευση αυτής να αποδέχεται τη συμμετοχή των φορέων που δεν πληρούν οι ίδιοι τα κριτήρια αυτά, αλλά επικαλούνται και αποδεικνύουν ότι τα έχουν στη διάθεσή τους εξαιτίας των δεσμών που τους συνδέουν με άλλους οικονομικούς φορείς ή τα μέλη τους (εάν πρόκειται για κοινοπραξίες ή συμπράξεις προσώπων). Η ερμηνεία αυτή, η οποία διασφαλίζει την ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, που εντάσσεται στους επιδιωκόμενους από τους κοινοτικούς κανόνες σκοπούς (αποφάσεις ΔΕΚ της 19.5.2009, C-538/07, *Assitur* και της 23.12.2009, C-305/08, *Conisma*), προκύπτει άμεσα από τη γραμματική διατύπωση της οικείας διατάξεως, από την οποία απουσιάζει οιαδήποτε αναφορά σε σχετική ευχέρεια ή δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια ένα κριτήριο επιλογής, όπως το κριτήριο της εμπειρίας, δεν χρειάζεται να πληρούται από όλα τα μέλη μιας συμπράξεως, αλλά αρκεί και ένα εξ αυτών να διαθέτει την ζητούμενη εμπειρία και να αποδεικνύεται ότι αυτή τίθεται στη διάθεση της συμπράξεως για την εκτέλεση της συμβάσεως, ενώ περαιτέρω, όρος της διακήρυξεως, ο οποίος συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή συμπράξεως στη διαγωνιστική διαδικασία με την απαίτηση συνδρομής του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας σε όλα τα μέλη της κοινοπραξίας, είναι μη νόμιμος (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.7.2007, C-399/05, *Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας*, σκ. 22). Τέλος και υπό την εκδοχή ότι σκοπός ενός τέτοιου όρου είναι η αρτιότερη εκτέλεση της συμβάσεως (καθόσον όλα τα συμπράττοντα μέλη καλύπτουν όλα τα κριτήρια καταλληλότητας συμμετοχής στο διαγωνισμό), η επιβολή του κατά το χρόνο υποβολής της

μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων, βάσει της οποίας η συμμετοχή σε έναν δημόσιο διαγωνισμό είναι επιτρεπτή με τους ίδιους ακριβώς όρους είτε πρόκειται για μεμονωμένους οικονομικούς φορείς είτε για συμπράξεις αυτών, επεκτείνοντας φυσικά τη δυνατότητα χρήσης των μέσων τρίτου φορέα και σε αυτά τα ευρύτερα συμμετοχικά σχήματα, ανεξάρτητα μάλιστα από το αν η επικαλούμενη εμπειρία του τρίτου, προέρχεται από κάποια οντότητα εντός ή εκτός του κοινοπρακτικού σχήματος.

Ομοίως, έγιναν δεκτές οι αιτήσεις ανάκλησης του αναδόχου οικονομικού φορέα και του αναθέτοντος φορέα κατά της υπ' αριθμ. 157/2016 Πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου (ΣΤ' διακοπών) του ΕλΣυν, δυνάμει απόφασης του VI Τμήματος αυτού⁵³⁹, με την οποία αρχικά είχε κριθεί ότι κωλύεται η υπογραφή σύμβασης, δοθέντος ότι η αλλοδαπή εταιρεία, στις τεχνικές ικανότητες της οποίας θα βασιζόταν η ανάδοχος και αιτούσα την ανάκληση για την πλήρωση των αντίστοιχων ποιοτικών κριτηρίων, δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής που προβλέπονταν από δύο χωριστές διατάξεις της επίμαχης διακήρυξης του διαγωνισμού, καίτοι πράγματι περιλαμβάνονταν στον φάκελο προσφοράς, επαρκείς και κατάλληλες δεσμεύσεις του τρίτου, συμφώνως προς τις απαιτήσεις αυτές. Στο συμπέρασμα δε αυτό είχε αχθεί το αρμόδιο Κλιμάκιο, αγνοώντας όχι μόνο την αδιάστικτη διατύπωση των κρίσιμων όρων που σαφέστατα διέκριναν μεταξύ των δικαιολογητικών που απαιτούνταν να προσκομιστούν εκ μέρους του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα από τη μία πλευρά και από την άλλη, εκ μέρους μιας οποιασδήποτε τρίτης οντότητας, στις δυνάμεις της οποίας προτίθετο να στηριχθεί ο προσφέρων για την τεκμηρίωση της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας για την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά έτι περισσότερο και τη σχετική, εξίσου σαφή διευκρίνιση που χορηγήθηκε από τον ίδιο τον αναθέτοντα φορέα και η οποία υπογράμμιζε ακριβώς την ανωτέρω αντιδιαστολή μεταξύ των απαιτούμενων δικαιολογητικών, αναδιατυπώνοντας ουσιαστικά τον υπό κρίση όρο της διακήρυξης⁵⁴⁰.

Με την απόφασή του, εκδοθείσα κατά πλειοψηφία πάντως, το VI Τμήμα απεφάνθη ότι εσφαλμένως ερμηνεύθηκαν οι υπό εξέταση όροι της διακήρυξης από το Κλιμάκιο, καθώς δεν απαιτούσαν ρητά να υποβληθεί το σύνολο των δικαιολογητικών συμμετοχής τόσο για την προσφέρουσα εταιρεία όσο και για την αλλοδαπή, δανείζουσα εμπειρία, επιχείρηση, ενώ συναφώς δεν θεωρήθηκε ορθή η κρίση του Κλιμακίου, περί αλλοίωσης του περιεχομένου της διακήρυξης και εκ των υστέρων

προσφοράς, ως προϋπόθεση του παραδεκτού αυτής, δεν παράσκει δικαιολογημένη διότι αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας καθόσον η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασεως εκ μέρους της συμπράξεως δύναται να επιτευχθεί αποτελεσματικώς μετά την ανάθεση της σύμβασεως, τόσο με την υποχρέωση αυτής να περιβληθεί ορισμένη νομική μορφή, εφόσον τούτο κρίνεται απαραίτητο, όσο και με τη θέσπιση ειδικού προσωπικού μέτρου ευθύνης των μελών της.». Βλ. και ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνθεσης 6025/2015.

⁵³⁹ ΕλΣυν Τμήμα VI 2390/2016, με αντίθετη πάντως μειοψηφία της Προέδρου του Τμήματος και ενός Παρέδρου με συμβουλευτική ψήφο. Πρβλ. και ΕλΣυν Τμήμα VI 2391/2016, επίσης με μειοψηφία.

⁵⁴⁰ Η κρίση του Κλιμακίου εδράζετο σε μάλλον μετεωρίζουσες εκτιμήσεις περί αθέμιτης τροποποίησης των όρων του διαγωνισμού εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, καθώς και σε ενδεχόμενη καταστρατήγηση των διατάξεων των ενωσιακών οδηγιών, υπολαμβάνοντας ότι καταληκτικά δεν μπορούσε να ελεγχθεί η φερεγγυότητα και η αξιοπιστία της αλλοδαπής εταιρείας, ως προς τη συνδρομή στο πρόσωπό της συγκεκριμένων λόγων αποκλεισμού.

τροποποίησης των προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό, με την παροχή σχετικών διευκρινίσεων εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα.

7. Η διαμόρφωση των νέων διατάξεων μέσα από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, όπως ενσωμάτωσε το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ⁵⁴¹.

Με αυτόν τον τρόπο και διερχόμενη η δάνεια εμπειρία τη νομολογιακή και νομοθετική «διελκυστίδα» που προεκτέθηκε, έφτασε στη διατύπωση των σχετικών διατάξεων στις πρόσφατες οδηγίες, οι οποίες – με μια μικρή καθυστέρηση – κατέληξαν να ενσωματωθούν το καλοκαίρι του 2016, στα αντίστοιχα άρθρα του Ν. 4412/2016, όπως αναλύονται στις επόμενες σελίδες. Ουσιαστικά, η πρώτη παράγραφος του άρθρου 78 συμπυκνώνει τον βασικό κορμό και τους θεμελιώδεις κανόνες ορθής εφαρμογής και σύννομης χρήσης των μέσων του τρίτου για την προσήκουσα εκτέλεση μιας δημόσιας σύμβασης⁵⁴².

ι. Η τριμερής διάκριση των κριτηρίων επιλογής.

Αξίζει εν προκειμένω να διευκρινιστεί, ώστε να καταστεί απολύτως σαφής η ανάλυση του επίμαχου άρθρου που ακολουθεί, ότι τα μόνα κριτήρια επιλογής που έχει στη διάθεσή της η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να καθορίσει τις απαιτήσεις συμμετοχής σε έναν διαγωνισμό, ρυθμίζονται κατ' αποκλειστικότητα στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 και η διάκρισή τους είναι τριμερής, βάσει των οριζομένων στην παρ. 1 του ίδιου άρθρου⁵⁴³. Ειδικότερα, διακρίνονται σε κριτήρια καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, όπως αυτά προβλέπονται στην παρ. 2 του

⁵⁴¹ Αντίστοιχη είναι η διατύπωση και των άρθρων 307 και 308 παρ. 2 για το Βιβλίο ΙΙ του Ν. 4412/2016, κατ' εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 80, της υποπαρ. 2 της παρ. 1, καθώς και της υποπαρ. 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Η ανάλυση που ακολουθεί αναφέρεται κατά βάση στο άρθρο 78 του νόμου, με τις απαραίτητες επισημάνσεις όπου κρίνεται αναγκαίο σε περίπτωση διαφορετικής πρόβλεψης στα άρθρα 307 και 308 παρ. 2 αυτού. Για τη διάκριση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και τη δυνατότητα τεκμηρίωσής τους, μέσω της στήριξης στις ικανότητες τρίτου βλ. *Albert Sanchez Graells*, Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24 (June 13, 2013), in *F. Lichere, R. Caranta and S. Treumer* (ed), *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, vol. 6 European Procurement Law Series, Copenhagen, Djøf Publishing, 2014, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2279114> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2279114>. Γενικά για τη δάνεια εμπειρία στο πλαίσιο του Ν. 4412/2016 βλ. *Ε. Βλάχου*, σε *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016*, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, 2018, σελ. 747 επ., *Θ. Πανάγο*, *Β. Σπηλιοπούλου*, σε *Δημόσιες Συμβάσεις, Διεύθυνση Έκδοσης Θ. Πανάγος-Β. Σπηλιοπούλου*, 2021, σελ. 300 και 910 αντίστοιχα και *Δ. Ράικο*, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 4^η Έκδοση, 2022, σελ. 487 επ.

⁵⁴² Πρβλ. και *Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου* (επιμ.), *Η νομολογία του ΔΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις*, 2021, σελ. 675.

⁵⁴³ «Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν:

- α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας,*
- β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια,*
- γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.*

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.»

άρθρου 75⁵⁴⁴, κριτήρια που αποδεικνύουν την επάρκεια του οικονομικού φορέα από οικονομικής άποψης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 3 του ίδιου άρθρου, όπως μπορεί η τεκμηρίωσή της να συνδέεται με ορισμένο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου του ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση (ειδικός κύκλος εργασιών) και τέλος, κριτήρια που τεκμηριώνουν έναντι της αναθέτουσας αρχής τις τεχνικές ικανότητες του προσφέροντος, κατά την παρ. 4 του άρθρου 75, βάσει της οποίας αποδεικνύεται ότι ο τελευταίος πράγματι διαθέτει τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους, αλλά και την προηγούμενη εμπειρία να εκτελέσει τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας (πχ. μηχανήματα, οχήματα, εξοπλισμό, υλικοτεχνική υποδομή, πλήθος προσωπικού κλπ.). Στην τελευταία αυτή περίπτωση, εντάσσεται προφανώς και η προτεινόμενη ομάδα έργου του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, η στελέχωση της οποίας, συνήθως αποτελεί και στοιχείο απόδειξης της ζητούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του διαγωνιζόμενου⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Εδώ πρέπει να σημειωθεί ότι πέραν της απαιτούμενης θεμελίωσης της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας της παρ. 2 του εν λόγω άρθρου, ήτοι την εγγραφή του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα σε επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος-μέλος εγκατάστασής του, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016, ειδικά για τις συμβάσεις έργου και για τις συμβάσεις τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, προβλέπονται στο άρθρο 76 παρ. 1 και στο άρθρο 77 παρ. 1 αντίστοιχα, πρόσθετα κριτήρια επιλογής, σχετιζόμενα κυρίως με την εγγραφή του οικονομικού φορέα σε σχετικά επαγγελματικά μητρώα. Έτσι πλέον, για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μετά και τις πρόσφατες τροποποιήσεις του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016 (βλ. και ανωτέρω Κεφάλαιο Ι της παρούσας υπό 2.Β.3.iv), είναι χαρακτηριστικό ότι για τη διαπίστωση της επαγγελματικής καταλληλότητας του οικονομικού φορέα, έχει επέλθει η πλήρης αποσύνδεση της εγγραφής του σε τάξεις και ελέγχεται απλώς η εγγραφή του σε συγκεκριμένη κατηγορία έργων (οδοποιίας, ηλεκτρομηχανολογικών κλπ.) του πρώην Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) και ήδη Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.). Κατά συνέπεια, οποιοσδήποτε υποψήφιος πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, όπως αυτά εξειδικεύονται από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης, θεωρείται κατάλληλος από επαγγελματική άποψη να εκτελέσει τη σύμβαση και μπορεί πράγματι να συμμετέχει ως υποψήφιος ανάδοχος στη διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας προσφορά, ανεξάρτητα από την εγγραφή και κατάταξή του σε συγκεκριμένες τάξεις, εφόσον φυσικά αποδείξει περαιτέρω, ότι πληροί και τις τιθέμενες από την αναθέτουσα αρχή απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Υπό την έννοια αυτή, μέσω της απλοποίησης της διαπίστωσης της επαγγελματικής καταλληλότητας ενός υποψηφίου εργολάβου, η χρήση της τεχνικής ιδίως ικανότητας τρίτου μέσω επίκλησης της προηγούμενης εμπειρίας του, αποκτά άλλη διάσταση και στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έργων.

⁵⁴⁵ Για το ζήτημα της αξιολόγησης της προτεινόμενης εκ μέρους του υποψηφίου, ομάδας έργου, ως εγγενές στοιχείο της τεχνικής και επαγγελματικής του επάρκειας βλ. ΔΕφαθ 1711/2022, σκέψη 13, ΣτΕ 1554/2022 σκέψη 11, όπως επικύρωσε την ορθότητα της κρίσης της ΑΕΠΠ 703/2022, ΑΕΠΠ 1526/2020 σκέψη 21 και ΑΕΠΠ 701/2021 σκέψεις 39-40. Ενδιαφέρουσα και η κρίση της ΑΕΠΠ 766/2018 και ιδίως της ΑΕΠΠ 227/2020, με την οποία απορρίφθηκε ισχυρισμός της προσφεύγουσας που πρόβαλε ότι κακώς δεν υποβλήθηκαν τα (τότε απαιτούμενα) Τυποποιημένα Έντυπα Υπεύθυνων Δηλώσεων (Τ.Ε.Υ.Δ.) για τους δύο ομόρρυθμους εταίρους ανταγωνίστριας ομόρρυθμης εταιρείας, παρά το γεγονός ότι αμφότεροι είχαν δηλωθεί στην προτεινόμενη ομάδα έργου και άρα κατά τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα, έπρεπε να αντιμετωπίζονται ως «*τρίτοι*» που δανείζουν την εμπειρία τους για τη στελέχωση της ομάδας έργου. Η απόφαση της ΑΕΠΠ στηρίχθηκε στην άποψη ότι η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ομόρρυθμων εταίρων δεν μπορεί να θεωρηθεί δάνεια εμπειρία και αιτιολογήθηκε ως ακολούθως στη σκέψη 24 της απόφασης: «*[...] Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η προσφορά εργασίας ομόρρυθμου εταίρου, συνιστά περίπτωση εισφοράς εκ μέρους του, η οποία κατατείνει στην επίτευξη του κοινού σκοπού (ιδίως οικονομικού), όπως έχει προσδιοριστεί από την εταιρική σύμβαση μεταξύ των εταίρων και έχει αποτυπωθεί στο καταστατικό της εταιρείας. Συνεπώς, με δεδομένο ότι εντός*

Σε συνέχεια των ανωτέρω εκτεθέντων γίνεται αντιληπτό ότι, τα ποιοτικά κριτήρια, των οποίων την κάλυψη, μπορούν, κατά τη διακριτική τους ευχέρεια⁵⁴⁶, να απαιτήσουν οι αναθέτουσες αρχές από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς να τεκμηριώσουν, αφορούν αποκλειστικά και μόνο τις ανωτέρω τρεις υποκατηγορίες, όπως περαιτέρω εξειδικεύονται στις παρ. 2, 3 και 4 του άρθρου 75 του νόμου. Μάλιστα, αξίζει να διευκρινιστεί ότι η απαρίθμηση που κάνει ο νομοθέτης για τα μέσα που έχει στη διάθεσή του ο οικονομικός φορέας, προκειμένου να τεκμηριώσει την οικονομική

*του πλαισίου της επιδίωξης του εταιρικού σκοπού, ασφαλώς εντάσσεται και η συμμετοχή της παρεμβαίνουσας εταιρείας σε δημόσιους διαγωνισμούς, με σκοπό την ανάληψη του συμβατικού αντικείμενου από αυτήν, κατά λογική και νομική αναγκαιότητα, η υπό οποιαδήποτε μορφή εισφορά εργασίας του ομόρρυθμου εταίρου, συντείνει ομοί με τις εισφορές των λοιπών εταίρων, όποια μορφή και αν λαμβάνουν αυτές, στην επίτευξη του κοινού σκοπού. Συνακόλουθα λοιπόν, εκ προοιμίου εκάστη εισφορά (μεταξύ αυτών και η εισφορά εργασίας) ανήκει στα μέσα, τα οποία δυνάμει της εταιρικής σύμβασης, έχει θέσει στη διάθεση του κοινού (εταιρικού) σκοπού καθέννας από τους συμμετέχοντες εταίρους και εκ των οποίων συντίθεται το αντικείμενο δραστηριότητας μιας ομόρρυθμης εταιρείας. Υπό το πρίσμα αυτό, δεν γεννάται ζήτημα ότι πράγματι η εισφορά εργασίας ομόρρυθμων εταίρων, εντάσσεται στο επιχειρηματικό «οπλοστάσιο» του νομικού προσώπου του εταιρικού σχήματος (της παρεμβαίνουσας εν προκειμένω), αποτελώντας μέρος των συνολικών μέσων που διαθέτει για την επίτευξη του εταιρικού σκοπού, κατά τρόπο που δεν μπορεί να θεωρηθεί ξένη, ήτοι εισφορά παρεχόμενη από τρίτο πρόσωπο. Σε αντίθετη περίπτωση, με την αφαίρεση δηλαδή στοιχείων που έχουν τεθεί αυτοβούλως από τους ίδιους τους εταίρους, στη διάθεση της εταιρείας προς επίτευξη του εταιρικού σκοπού, όχι μόνο θα τίθετο εν αμφιβόλω η αυτονομία της ιδιωτικής πρωτοβουλίας των εταίρων να θέσουν οποιαδήποτε μέσα επιθυμούν προς εξυπηρέτηση των σκοπών της εταιρείας, αλλά έτι περισσότερο, θα επέρχετο ανεπανόρθωτο πλήγμα και θα καταλύετο η ίδια η δυνατότητα της ομόρρυθμης εταιρείας να επιτύχει τον εταιρικό της σκοπό, όπως εν προκειμένω αποτυπώνεται με τη συμμετοχή της στον κρινόμενο διαγωνισμό και την επιδίωξη ανάθεσης του συμβατικού αντικείμενου σε αυτήν. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, οι ομόρρυθμοι εταίροι της παρεμβαίνουσας, όπως αυτοί δηλώθηκαν στον υποβληθέντα κατάλογο της ομάδας έργου, δεν δύναται να θεωρηθούν «τρίτοι», στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται η παρεμβαίνουσα και ούτως εχόντων των πραγμάτων δεν είχαν υποχρέωση υποβολής χωριστού Τ.Ε.Υ.Δ. [...]». Συναφές ζήτημα κλήθηκε να αντιμετωπίσει και η Απόφαση ΔΕΕ της 10.11.2022, C-631/21, *Taxi Horn Tours BV*, ECLI:EU:C:2022:869, όπου εν τέλει διαπιστώθηκε ότι μια κοινή επιχείρηση, η οποία, χωρίς να είναι νομικό πρόσωπο η ίδια, έχει τη μορφή εταιρείας και διέπεται από την εθνική νομοθεσία κράτους μέλους, με συνέπεια να είναι εγγεγραμμένη στο εμπορικό μητρώο του εν λόγω κράτους μέλους, έχοντας συσταθεί είτε σε προσωρινή είτε σε μόνιμη βάση και της οποίας οι εταίροι, στο σύνολό τους, δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά με την επιχείρηση και ευθύνονται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον για την προσήκουσα εκπλήρωση των υποχρεώσεων που αυτή έχει αναλάβει, υποχρεούται να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή μόνο το δικό της Ε.Ε.Ε.Σ., στην περίπτωση κατά την οποία προτίθεται να συμμετάσχει μεμονωμένα σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης ή να υποβάλει μεμονωμένα προσφορά, εφόσον αποδεικνύει ότι μπορεί να εκτελέσει την επίμαχη σύμβαση χρησιμοποιώντας αποκλειστικά το δικό της προσωπικό και τα δικά της υλικά μέσα. Αντιθέτως, εάν η κοινή αυτή επιχείρηση εκτιμά ότι για την εκτέλεση της διεκδικούμενης δημόσιας σύμβασης, απαιτείται να χρησιμοποιήσει τους ίδιους πόρους ορισμένων εταίρων της, τότε θα πρέπει να θεωρηθεί ότι στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων κατά την έννοια του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ως εκ τούτου, οφείλει να προσκομίσει όχι μόνο το δικό της Ε.Ε.Ε.Σ., αλλά και το αντίστοιχο Ε.Ε.Ε.Σ. για κάθε έναν από τους επιμέρους εταίρους της, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί. Η κρίση βέβαια για τη διαπίστωση ότι συντρέχει η μία ή η άλλη περίπτωση εναπόκειται κάθε φορά στο εθνικό δικαστήριο, το οποίο καλείται να αποφανθεί, αφού προηγουμένως λάβει υπόψη τις ιδιαιτερότητες που σχετίζονται με τη νομική μορφή του υπό κρίση εταιρικού σχήματος καθώς και των νομικών δεσμών που δημιουργούνται μεταξύ της εταιρείας και των συνεταίρων, βάσει των κανόνων του εθνικού δικαίου (σκέψη 54).*

⁵⁴⁶ Η διατύπωση των σχετικών άρθρων των οδηγιών, αλλά και του νόμου είναι σαφής και αδιάστικτη ενώ το ίδιο δε γινόταν παγίως δεκτό και υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς. Έτσι και η με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016, Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 303/2015, με θέμα: «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα».

και χρηματοοικονομική του επάρκεια είναι ενδεικτική⁵⁴⁷, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή δεν περιορίζεται από την αναφορά που γίνεται στον νόμο, αλλά στην πραγματικότητα διαθέτει ευρύτατα περιθώρια ελευθερίας κατά την αξιολόγηση της οικονομικής ευρωστίας του υποψήφιου αναδόχου. Αντιθέτως, σε ό,τι αφορά τα διαθέσιμα μέσα θεμελίωσης των τεχνικών δυνατοτήτων του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, προβλέπεται αποκλειστική απαρίθμηση και άρα καθιερώνεται ένα «κλειστό σύστημα» των εν δυνάμει μεθόδων αξιολόγησης αυτής από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής⁵⁴⁸, χωρίς φυσικά να αποκλείεται η περαιτέρω εξειδίκευση κάποιου ή κάποιων εκ των παρεχόμενων μέσων τεκμηρίωσης. Ωστόσο η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να παραμένει εντός του πλαισίου που χαράσσουν οι σχετικές διατάξεις του νόμου και να μην απόσχει από αυτό.

ii. *Ειδικότερα η προτεινόμενη ομάδα έργου ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.*

Περαιτέρω, ως προς την προτεινόμενη κάθε φορά, ομάδα έργου, τίθεται το ερώτημα, ποια θα πρέπει να είναι η αντιμετώπιση μίας προσφοράς οικονομικού φορέα, ο οποίος στηριζόμενος για την κάλυψη του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της διακήρυξης ενός διαγωνισμού, συμπεριλαμβάνει στην προσφορά του, μια συγκεκριμένη δηλωθείσα ομάδα έργου, της οποίας όμως, η σύνθεση, προϊούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, μεταβάλλεται. Ειδικότερα, λαμβανομένου υπόψη ότι η στελέχωση της προτεινόμενης ομάδας έργου εκ μέρους ενός συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, αποτελεί όχι μόνο αξιολογητέο στοιχείο της προσφοράς του, αλλά εν δυνάμει και υπό προϋποθέσεις μπορεί να αποτελέσει και βαθμολογητέο στοιχείο αυτής, ανακύπτει το ζήτημα, κατά πόσο είναι θεμιτό να αποκλείεται κατ' απόλυτο τρόπο η μεταβολή αυτής, καθ' όλη τη διάρκεια του προσυμβατικού σταδίου. Από τη μία πλευρά είναι προφανές ότι σύμφωνα και με την πάγια αρχή που καθιερώνει το

⁵⁴⁷ Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016, μέρος Ι. Βλ. σχετικά για την τεκμηρίωση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, Αποφάσεις ΔΕΕ της 09.07.1987, C-27-29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI)*, ECLI:EU:C:1987:355 (σκέψεις 11 και 16-18), Απόφαση ΔΕΕ της 04.12.2003, C-448/01, *EVN AG, Wienstromm GmbH*, ECLI:EU:C:2003:651 (σκέψη 34), Απόφαση ΔΕΕ της 18.10.2012, C-218/11, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukováncs), Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, von Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe*, ECLI:EU:C:2012:643 (σκέψεις 28-29), Απόφαση ΔΕΕ της 13.07.2017, C-76/16, *Ingsteel spol. s r.o., Metrostav a.s. κατά Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2017:549 (σκέψεις 32-34) και Απόφαση ΔΕΕ της 29.07.2019, C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, ECLI:EU:C:2019:630 (σκέψη 13), αλλά και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016, Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 303/2015, με θέμα: «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», σελ. 7-12.

⁵⁴⁸ Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016, μέρος ΙΙ. Αντίστοιχα, για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας οικονομικού φορέα βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 10.02.1982, C-76/81, *Transporoute κατά Ministère des travaux publics*, ECLI:EU:C:1982:49 (σκέψεις 8 έως 10 και 15) και Απόφαση ΔΕΕ της 10.05.2012, C-368/10, *Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών*, ECLI:EU:C:2012:284 (σκέψεις 105-108), αλλά και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016, Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 303/2015, με θέμα: «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», σελ. 13-20.

άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016⁵⁴⁹, αλλά και η νομολογία⁵⁵⁰, οι προσφορές αποκρυσταλλώνονται κατά τον χρόνο υποβολής τους και δεν είναι επιτρεπτές μεταγενέστερες μεταβολές που αλλοιώνουν το αρχικό τους περιεχόμενο, υπό την έννοια της αθέμιτης εκ των υστέρων ουσιώδους τροποποίησής τους, το πρώτον με την προσχηματική υποβολή διευκρινίσεων εκ μέρους του οικονομικού φορέα, παρέχοντας έτσι, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον τελευταίο.

Από την άλλη όμως πλευρά, εξίσου αυτονόητο είναι ότι σε μία διαγωνιστική διαδικασία, η οποία μπορεί να διαρκέσει αρκετά μεγάλο χρονικό διάστημα, η απαίτηση να μην επέλθει καμία απολύτως αλλαγή στα πρόσωπα που απαρτίζουν την προτεινόμενη ομάδα έργου, πολλώ δε μάλλον, μία τέτοια μεταβολή να συνεπάγεται άνευ άλλου τινός, αθεράπευτη πλημμέλεια της προσφοράς, οδηγώντας στην απόρριψή της, φαντάζει μάλλον εξωπραγματική και ατελέσφορη για την εκπλήρωση των σκοπών που επιδιώκει η διαγωνιστική διαδικασία. Η εξακολουθούμενη και αναπτυσσόμενη και εκτός του πλαισίου ενός συγκεκριμένου διαγωνισμού, επιχειρηματική δράση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, οι ευμετάβλητες σχέσεις συνεργασίας, αλλά και αστάθμητοι παράγοντες, όπως ο αιφνίδιος θάνατος, η πτώχευση, η λήξη ή λύση μίας σχέσης μισθωτής εργασίας ή παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών ή ακόμα η αλλαγή επαγγελματικής σταδιοδρομίας κλπ., θα μπορούσαν αντικειμενικά να καταστήσουν αδύνατη από την πλευρά ενός υποψηφίου αναδόχου, την εγγύηση ότι η ομάδα έργου που δήλωσε κατά την υποβολή της προσφοράς του, θα παραμείνει αναλλοίωτη και σταθερή, μέχρι την οριστική κατακύρωση της σύμβασης⁵⁵¹. Ως εκ τούτου, είναι

⁵⁴⁹ Ακόμα και μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 44 του Ν. 4782/2021 που δεν μετέβαλε τον έλεγχο της συνδρομής των προϋποθέσεων συμμετοχής στο πρόσωπο του εκάστοτε διαγωνιζόμενου σε τρία κρίσιμα χρονικά σημεία, ήτοι: «α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 (σ.σ. προφανώς ο νομοθέτης εννοεί την περίπτωση δ' της παρ. 3 του άρθρου 105), περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης.».

⁵⁵⁰ Βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΔΕΕ της 29.04.2004, C- 496/99 P, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta SpA*, ECLI:EU:C:2004:236 (σκέψεις 108-111), Απόφαση ΔΕΕ της 25.04.1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, ECLI:EU:C:1996:161 (σκέψη 54), Απόφαση ΔΕΕ της 18.10.2001, C-19/00, *SIAC Construction Ltd*, ECLI:EU:C:2001:553 (σκέψη 33-34), Απόφαση ΔΕΕ της 12.12.2002, C-470/99, *Universale-Bau AG κλπ.*, ECLI:EU:C:2002:746 (σκέψεις 91-93), Απόφαση ΔΕΕ της 04.12.2003, C-448/01, *EVN AG, WienstrommGmbH*, ECLI:EU:C:2003:651 (σκέψεις 47 και 56), Απόφαση ΔΕΕ της 12.03.2015, C-538/13, *eVigilo Ltd*, ECLI:EU:C:2015:166 (σκέψη 33), Απόφαση ΔΕΕ της 06.11.2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345 (σκέψη 44), Απόφαση ΔΕΕ της 16.12.2008, C-213/07, *Μηχανική Α.Ε.*, ECLI:EU:C:2008:731 (σκέψη 45), Απόφαση ΔΕΕ της 24.05.2016, C-396/14, *MT Højgaard A/S, Züblin A/S*, ECLI:EU:C:2016:347 (σκέψη 37), Απόφαση ΔΕΕ της 29.03.2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. κλπ.*, ECLI:EU:C:2012:191 (σκέψη 36-37), καθώς και Απόφαση ΔΕΕ της 10.10.2013, C-336/12, *Manova A/S*, ECLI:EU:C:2013:647 (σκέψη 31), αλλά και ΣτΕ (7μελής) 311/2006, 3497/2006, 214-215/2011, 1583/2012, ΕΑ ΣτΕ 53/2011 και ΕΑ ΣτΕ (Ολομ.) 136/2013.

⁵⁵¹ Προς την ίδια κατεύθυνση και η κρίση στην Απόφαση ΔΕΕ της 08.07.2021, C-295/20, «*Sanresa*» UAB, ECLI:EU:C:2021:556 (σκέψεις 62-63), όπου αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι: «*Επιπλέον, η επιβολή στους προσφέροντες της υποχρέωσης να πληρούν όλους τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης ήδη από την υποβολή της προσφοράς τους συνιστά υπέρμετρη απαίτηση η οποία, ως εκ τούτου, ενέχει τον κίνδυνο αποθαρρύνσεως των φορέων αυτών από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και, συνεπώς, αντιβαίνει στις αρχές της αναλογικότητας και της διαφάνειας που κατοχυρώνονται στο*

προφανές ότι μια τέτοια στενή ερμηνεία αφενός δεσμεύει υπέρμετρα και χωρίς ρεαλιστική βάση τους διαγωνιζόμενους, αφετέρου δεν μπορεί να γίνει δεκτή, κυρίως για καθαρά πρακτικούς λόγους⁵⁵².

Αντιθέτως, υιοθετώντας μια πιο πραγματιστική άποψη, προσανατολισμένη στις αληθείς απαιτήσεις ενός διαγωνισμού, είναι σαφές ότι η δήλωση μιας ομάδας έργου, σκοπό έχει να δεσμεύσει έναν οικονομικό φορέα έναντι της αναθέτουσας αρχής, θέτοντας ένα *minimum* κατώφλι ποιοτικής στάθμης της προτεινόμενης ομάδας έργου, αποβλέποντας κυρίως στο να θέσει στη διάθεση της αναθέτουσας αρχής, την εν λόγω ομάδα με τη συγκεκριμένη στελέχωση, από άποψη ελάχιστων τυπικών προσόντων (πτυχίων, προηγούμενης εμπειρίας, τεχνογνωσίας κλπ.) και όχι συγκεκριμένων προσώπων. Υπό αυτή την έννοια, είναι σαφές ότι, τηρώντας πάντοτε την αρχή της αναλογικότητας, εάν αποδεδειγμένα κατέστη αδύνατη η διατήρηση της αρχικά δηλωθείσας ομάδας έργου εκ μέρους του προσφέροντος, από την άποψη των προσώπων που τη συνθέτουν, για αντικειμενικούς λόγους⁵⁵³, θα πρέπει να παρέχεται σε αυτόν η δυνατότητα να αντικαταστήσει μέλος της ομάδας έργου με άλλο, τουλάχιστον ίσων προσόντων, προκειμένου να καλύπτεται η ελάχιστη ποιοτική προϋπόθεση που θέτει η αναθέτουσα αρχή στα τεύχη του διαγωνισμού. Μια τέτοια αντικατάσταση προφανώς δεν συνιστά αθέμιτη τροποποίηση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου, όπως εξ αρχής αυτός είχε αναλάβει δέσμευση έναντι της αναθέτουσας αρχής ότι διέθετε την απαραίτητη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα μέσω της δηλωθείσας ομάδας έργου, συμπεριλαμβανομένου του αρχικού και εν συνεχεία αντικατασταθέντος μέλους, αλλά διατήρηση του ίδιου τουλάχιστον ποιοτικού επιπέδου του, με συνέπεια να διασωθεί η προσφορά του.

Εξάλλου, μία τέτοια ερμηνεία φαίνεται να συμβαδίζει και να τελεί σε συστηματική αναλογία με τα οριζόμενα στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), αναφορικά με τη δυνατότητα αντικατάστασης εν συνόλω του τρίτου φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων. Με *argumentum a maiore ad minus* είναι παραπάνω από προφανές ότι, εφόσον ο ίδιος ο νομοθέτης

άρθρο 18, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας.» και ως εκ τούτου, σε περίπτωση που εθνική διάταξη ορίζει άλλως, το άρθρο 70 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σε συνδυασμό με το άρθρο 18 παρ. 1 αυτής «...αντιτίθεται στην απόρριψη της προσφοράς ενός προσφέροντος για τον λόγο και μόνον ότι δεν αποδεικνύει, κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς του, ότι πληροί όρο εκτέλεσης της οικείας σύμβασης.».

⁵⁵² Πρβλ. και τη ΣτΕ 2029/2015 (με αντίθετη πάντως μειοψηφία), με την οποία κρίθηκε ότι κατ' εφαρμογή του Ν. 3316/2005 σε δημόσιο διαγωνισμό, το επίμαχο ρυθμιστικό πλαίσιο επιτρέπει την αντικατάσταση για σπουδαίο λόγο στελεχών της ομάδας μελέτης διαγωνιζόμενου, μέχρι και την υπογραφή της σύμβασης, ενώ δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι η πρόσκαιρη απλώς απώλεια της ιδιότητας, υπό την οποία μέλος της ομάδας μελέτης μετείχε σε αυτήν και η εν συνεχεία επανάκτησή της πριν από την υπογραφή της σύμβασης, δικαιολογεί τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου από τον διαγωνισμό, δεδομένου ότι υπό τις συνθήκες αυτές, η σύνθεση της ομάδας μελέτης παραμένει τελικώς αμετάβλητη. Για τον ίδιο λόγο το δικαστήριο απεφάνθη ότι σε μια τέτοια περίπτωση προσωρινής απώλειας της ιδιότητας, υπό την οποία μέλος της ομάδας μελέτης μετείχε σε αυτήν, η ομάδα διατηρεί τελικώς την ίδια σύνθεση, την οποία είχε και όταν έλαβε χώρα η αξιολόγηση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου και συνεπεία τούτου, δεν απαιτείται να ελεγχθεί και πάλι εάν το μέλος, που απώλεσε πρόσκαιρα την ιδιότητα, υπό την οποία μετείχε στην ομάδα μελέτης, και στη συνέχεια την επανάκτησε, όντως διαθέτει τα απαιτούμενα στην διακήρυξη προσόντα (σκέψη 6).

⁵⁵³ Η διαπίστωση ενός τέτοιου γεγονότος ασφαλώς τελεί υπό τον έλεγχο της ίδιας της αναθέτουσας αρχής και ενδεχομένως του αρμόδιου δικαστή.

παρέχει τη δυνατότητα στον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα που στηρίζει εξ ολοκλήρου την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής και δη την τεχνική του ικανότητα σε ομάδα έργου, η οποία ενδεχομένως ανήκει αποκλειστικά στα διαθέσιμα μέσα τρίτης οντότητας ή απαρτίζεται μόνο από περισσότερους εξωτερικούς συνεργάτες που δεν ανήκουν ως υπαλληλικό προσωπικό στη συμμετέχουσα επιχείρηση, να αντικαταστήσει αυτόν τον υποστηρικτικό φορέα και μαζί με αυτόν, σύσσωμη την προτεινόμενη ομάδα έργου, θα ήταν τουλάχιστον παράλογο να αποκλείεται το ενδεχόμενο επιγενόμενης μεταβολής μεμονωμένου προσώπου της ομάδας αυτής, είτε στελεχώνεται αποκλειστικά από μισθωτούς εργαζόμενους που διαθέτει ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος, είτε του παρέχονται από τρίτη επιχείρηση είτε πρόκειται για περισσότερους ανεξάρτητους εξωτερικούς συνεργάτες, είτε συνδυάζονται οι ανωτέρω δυνατότητες⁵⁵⁴. Προσέτι, θα ήταν και δογματικά ανακόλουθο, ένας υποψήφιος ανάδοχος να στερείται και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του, την ευχέρεια να αντικαταστήσει με συνεργάτη τουλάχιστον ίδιων τυπικών προσόντων με τον αντικαθιστάμενο, κάποιο στέλεχος της προτεινόμενης ομάδας έργου, μέσω της οποίας προφανώς θα εξακολουθήσει να καλύπτει τα τιθέμενα κριτήρια τεχνικής επάρκειας⁵⁵⁵. Προφανώς, για την ταυτότητα

⁵⁵⁴ Σε αυτή την κατεύθυνση βλ. την ορθή θέση της μειοψηφίας (*E. Αποκάρδου*) στην ΑΕΠΠ 699/2020 και την εκτενέστατη ανάλυση στις σκέψεις 44-52, αναφορικά με το ζήτημα ότι προφανώς και αυτονοήτως όταν η προτεινόμενη ομάδα έργου απαρτίζεται μεταξύ άλλων και από εξωτερικούς συνεργάτες του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, οι οποίοι δεν ανήκουν στο υπαλληλικό προσωπικό της επιχείρησής του (αλλά έχουν συνάψει πχ. σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών) ούτε όμως συνδέονται και με σχέση μισθωτού με τρίτη επιχείρηση που δανείζει στελεχιακό δυναμικό της για τη συγκρότηση της επίμαχης ομάδας έργου, θα πρέπει να κατατίθενται τόσα χωριστά Ε.Ε.Ε.Σ. όσα και οι ανεξάρτητοι εξωτερικοί συνεργάτες, αφού η παροχή των δικών τους μέσω ως τρίτων, δεν καλύπτεται ούτε από το Ε.Ε.Ε.Σ. του ίδιου του προσφέροντος, ούτε όμως και από το Ε.Ε.Ε.Σ. της τρίτης οντότητας, στην οποία ανήκουν οι δικοί της και μόνο εργαζόμενοι, όπως απασχολούνται με σχέση μισθωτής εργασίας και διατίθενται για τη στελέχωση της επίμαχης ομάδας έργου. Έτσι και ΕΑ ΣτΕ 107/2018, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 57/2019, 236/2019, ΔΕφΑθ 140/2021, σκέψη 12, ΑΕΠΠ 364-365/2019, ΑΕΠΠ 30/2020, σκέψη 15, με ορθή και αυτονόητη επισήμανση ότι τρίτοι μπορεί να είναι αδιακρίτως φυσικά ή νομικά πρόσωπα. Σε αυτή τη λογική, ορθή υπό το κανονιστικό πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού και τους ειδικούς όρους που περιείχε η διακήρυξη για τη στελέχωση της απαιτούμενης ομάδας έργου, η ΔΕφΘεσσαλ 550/2020. Έτσι πλέον και προσανατολισμένη προς τη σωστή κατεύθυνση, η υπόδειξη που περιέχεται στο επικαιροποιημένο υπόδειγμα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., υπό 2.2.6 περίπτωση γ) και 2.2.8.1, για τις συμβάσεις προμηθειών (Ιούνιος 2023). Αντίθετα, παντελώς πλημμελής είναι η κρίση της ΑΕΠΠ 505/2020, παρά το γεγονός ότι επικυρώθηκε όλως εσφαλμένα με τη ΔΕφΧαν 25/2021, η οποία στη σκέψη 38 αυτής, καταλήγει στο εξωνομικό συμπέρασμα ότι μέλη της ομάδας έργου που δεν ανήκουν στο υπαλληλικό προσωπικό του προσφέροντος (υπό την έννοια των μισθωτών υπαλλήλων αυτού), δεν απαιτείται να υποβάλλουν ξεχωριστό Τ.Ε.Υ.Δ., αλλά αρκεί η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης εκ μέρους τους, δυνάμει της οποίας δηλώνουν ότι θα συνεργαστούν με τη συμμετέχουσα στον διαγωνισμό εταιρεία, χωρίς περαιτέρω προσδιορισμό της φύσης της συνεργασίας τους, δεχόμενη περαιτέρω η υπό κρίση απόφαση ότι η προσκόμιση έγγραφης δέσμευσης συνεργασίας μεταξύ τους, αρκεί, χωρίς να καθιστά τα εν λόγω στελέχη, τρίτους, στις ικανότητες των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων. Θέμα σύνθεσης της ομάδας έργου θίγει και η ΔΕφΑθ 28/2015. Για τη διάθεση επαρκούς σε πλήθος και δεξιότητες ομάδα έργου ως ελάχιστη προϋπόθεση για την πλήρωση σχετικού κριτηρίου ποιοτικής επιλογής της διακήρυξης βλ. και ΕΑ ΣτΕ 1348/2009.

⁵⁵⁵ Βλ. και ΕΑ ΣτΕ 134/2021 που δέχτηκε τη δυνατότητα αντικατάστασης στελεχών της ομάδας μελέτης ενός διαγωνιζόμενου κατά το προσυμβατικό στάδιο, ένεκα συνδρομής σπουδαίου λόγου στο πρόσωπο των στελεχών αυτών, υπό την απαραίτητη προϋπόθεση να έχει οριστικοποιηθεί η κρίση περί του εγκύρου της συμμετοχής του εν λόγω διαγωνιζόμενου στην διαδικασία (σκέψη 13), έτσι και ΣτΕ 327/2022. Με αισθητά αυστηρότερο κριτήριο, η ΕΑ ΣτΕ 645/2011, η οποία αρνείται τη δυνατότητα

του νομικού λόγου, το αυτό θα ισχύσει και εάν η προτεινόμενη ομάδα έργου καλύπτει την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, χωρίς το ελλείπον ή εκλιπόν αυτής μέλος, σε περίπτωση που το τελευταίο δεν αντικατασταθεί⁵⁵⁶.

Τέλος, στο ίδιο πλαίσιο τίθεται το ζήτημα του κατά πόσο είναι θεμιτό ένας τρίτος, δανείζων εμπειρία οικονομικός φορέας, να παρέχει την ικανότητα ή προηγούμενη εμπειρία του και την εν γένει τεχνογνωσία του, σε περισσότερους του ενός προσφέροντες στον ίδιο διαγωνισμό και άρα κατά την έννοια αυτή ένα και το αυτό πρόσωπο να εμφανίζεται ως συνεργάτης και μέλος της προτεινόμενης ομάδας έργου, προσφέροντας πχ. το πτυχίο του ή τα τυπικά του προσόντα για την κάλυψη των τεχνικών απαιτήσεων ενός διαγωνισμού εκ μέρους δύο (ή περισσότερων) ανταγωνιστικών προσφορών⁵⁵⁷. Η περίπτωση ασφαλώς χαρακτηρίζεται εξόχως οριακή

μεταβολής στη στελέχωση του διαγωνιζομένου με την αποχώρηση από την προτεινόμενη ομάδα έργου μέλους αυτής και θεωρεί ότι τότε μόνον δεν συνεπάγεται τον αποκλεισμό του υποψηφίου αναδόχου από τη διαγωνιστική διαδικασία, όταν η αντικατάσταση οφείλεται όχι απλώς σε σπουδαίο λόγο, αλλά σε λόγο που συνιστά ανωτέρα βία, δηλαδή σε γεγονός απρόβλεπτο, το οποίο δεν θα μπορούσε να αποτραπεί ούτε και με μέτρα άκρας σύνεσης και επιμελείας, ενώ επισημαίνει ότι τέτοιο απρόβλεπτο γεγονός, εντός του πλαισίου της κρινόμενης υπόθεσης, δεν μπορεί, σε καμία περίπτωση, να θεωρηθεί η συνταξιοδότηση συμμετέχοντος στην ομάδα έργου μέλους. Ωστόσο, καταληκτικά δέχεται τη δυνατότητα αντικατάστασης, εφόσον συντρέχει λόγος ανωτέρας βίας, οπότε η εν λόγω αντικατάσταση μέλους της δηλωθείσας ομάδας έργου με άλλο αντίστοιχων προσόντων, είναι επιτρεπτή, κατόπιν σχετικής αίτησης που υποβάλλει ο διαγωνιζόμενος προς την αναθέτουσα αρχή.

⁵⁵⁶ Πρβλ. την ΕΑ ΣτΕ 306/2009, όπου υπό το καθεστώς του Ν. 3316/2005 κρίθηκε ότι «Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, όταν μελετητής έχει δεσμεύσει το μελετητικό του πτυχίο σε γραφείο ή εταιρεία μελετών, δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιεί τούτο παράλληλα, είτε αυτοτελώς, είτε ως μέλος σύμπραξης ή κοινοπραξίας, λαμβάνοντας μέρος σε διαδικασίες σύναψης συμβάσεων του ν. 3316/2005, πέραν και εκτός των διαδικασιών εκείνων στις οποίες δραστηριοποιείται η εταιρεία μελετών στην οποία έχει δεσμευτεί το πτυχίο του. Για την ταυτότητα του λόγου, ήτοι τη διασφάλιση της αποκλειστικής απασχόλησης του μελετητή στο γραφείο ή την εταιρεία όπου έχει δεσμεύσει το πτυχίο του, ο εν λόγω μελετητής δεν μπορεί να μετέχει ούτε σε ομάδες μελετών που συγκροτούνται από εταιρείες ή διαγωνιζόμενους στο σχήμα των οποίων δεν μετέχει η εταιρεία στην οποία αυτός έχει δεσμεύσει το πτυχίο του. Τούτο δε παρά το γεγονός ότι στην περίπτωση αυτή (συμμετοχής σε ομάδα μελετών) ο μελετητής συμμετέχει κατ' επίκληση απλώς της εμπειρίας του και όχι χρησιμοποιώντας αυτό τούτο το μελετητικό του πτυχίο. Περαιτέρω όμως, σε περίπτωση που στην ομάδα μελέτης ενός διαγωνιζομένου εμφανίζεται ως μέλος μελετητής που, κατά τα ανωτέρω, δεν δικαιούται να συμμετάσχει σε αυτήν, λόγω δεσμεύσεως του πτυχίου του σε εταιρεία μελετών εκτός του διαγωνιζομένου σχήματος, το διαγωνιζόμενο σχήμα δεν αποκλείεται κατ' αρχήν, από το διαγωνισμό, αλλά η ομάδα μελέτης αξιολογείται χωρίς να προσμετράται στο δυναμικό της ο έχων την ασυμβίβαστη ιδιότητα μελετητής, υπό την προϋπόθεση όμως ότι, κατά τη ρητή και αιτιολογημένη διαπίστωση των αρμοδίων για τη διεξαγωγή του διαγωνισμού οργάνων, πληρούνται από τα λοιπά μέλη της ομάδας μελέτης οι ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικής καταλληλότητας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που τάσσονται από τη διακήρυξη και το νόμο (άρθρα 15 και 17 ν. 3316/2005).» και όμοια η ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 809/2012. Συναφής και η ΕΑ ΣτΕ 134/2021, η οποία διέκρινε βάσει των όρων της διακήρυξης συγκεκριμένου διαγωνισμού, τις περιπτώσεις δανεισμού για την κάλυψη του κατ' ελάχιστον απαιτούμενου στελεχειακού δυναμικού. Έτσι, εάν πρόκειται για μηχανικό ο οποίος στελεχώνει με το μελετητικό του πτυχίο τα τυπικά προσόντα (μελετητικό πτυχίο) άλλης εταιρείας ή γραφείου μελετών, τότε ως «δανειστής» νοείται η εταιρεία ή το γραφείο μελετών, στο δυναμικό των οποίων είναι ενταγμένο το στέλεχος. Από την άλλη πλευρά, στις λοιπές περιπτώσεις δανεισμού στελεχών, δηλαδή σε περίπτωση αυτοαπασχόλησης, ως δανειστής θεωρείται το ίδιο το στέλεχος, ως ελεύθερος επαγγελματίας (σκέψη 15).

⁵⁵⁷ Θετικός σε ένα τέτοιο ενδεχόμενο ο Χ. Μητκίδης, Δημόσιες Συμβάσεις Μελετών και Συναφών Υπηρεσιών, Ν. 3316/2005 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2010, σελ. 221, αντλώντας επιχείρημα και από την ΕΑ ΣτΕ 421/2009, με τον όρο να μην τίθεται θέμα νόθευσης του ανταγωνισμού και παραβίασης της μυστικότητας των προσφορών και συγκεκριμένα να τεκμηριώνεται ότι ο τρίτος δεν λαμβάνει γνώση του περιεχομένου των ανταγωνιστικών προσφορών των διαγωνιζομένων που συνδράμει. Για τον σχηματισμό της κρίσης της αναθέτουσας αρχής κάνει παραπομπή στα κριθέντα με

και δεν μπορεί η νομιμότητα μιας τέτοιας κατάστασης να κριθεί εκ προοιμίου, αλλά με αναφορά στα απολύτως εξειδικευμένα περιστατικά της εκάστοτε υπόθεσης⁵⁵⁸. Πράγματι πάντως και κατά την εκτίμηση του γράφοντος, φαίνεται να παρέχονται τόσο από τη νομοθεσία όσο και από τη νομολογία του ΔΕΕ ασφαλιστικές δικλείδες, μέσω της χρήσης των οποίων, μια αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να κάνει δεκτές ανταγωνιστικές προσφορές που στηρίζονται σε μία και την αυτή τρίτη επιχείρηση για την κάλυψη του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής από την άποψη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας⁵⁵⁹.

iii. Διάκριση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και κριτηρίων ανάθεσης της σύμβασης. Η κατ' εξαίρεση δυνατότητα αξιολόγησης κριτηρίου ποιοτικής επιλογής κατά το στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς βάσει του κριτηρίου ανάθεσης.

Σε συνέχεια των ανωτέρω εισαγωγικών παρατηρήσεων ως προς τα εφαρμοζόμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και κατ' επέκταση τη στελέχωση της προτεινόμενης ομάδας έργου, ως στοιχείο αξιολόγησης της πλήρωσης της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας εκ μέρους του οικονομικού φορέα, τίθεται ένα επιπλέον ζήτημα που χρήζει ιδιαίτερης μνείας. Ειδικότερα, όπως δέχεται και η νομολογία του ΔΕΕ, είναι σαφές ότι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής καθορίζουν εν τοις πράγμασι μέσω μιας διαδικασίας προεπιλογής, έναν κύκλο συμμετεχόντων, εντός του οποίου γίνονται αρχικά αποδεκτές οι προσφορές των υποψηφίων οικονομικών φορέων που ανταποκρίνονται, τουλάχιστον *prima facie*, στα απαιτούμενα από τη διακήρυξη ποιοτικά κριτήρια, ώστε στη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας να ελεγχθεί και το περιεχόμενο των προσφορών τους. Κατ' αντιδιαστολή, είναι εξίσου σαφές ότι η

την απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-538/07, όπως αναλύθηκε και στο προηγούμενο κεφάλαιο της παρούσης μελέτης, υπό 6. Πρβλ. και τα κριθέντα με τις ΔΕφΑθ (Αναστ.) 476-478/2011 και την ΔΕφΑθ (Αναστ.) 484/2011, με τις οποίες όμως αποφάνθηκε το δικαστήριο ότι η έννομη σχέση μεταξύ των περισσότερων συμμετεχόντων και του τρίτου, στις ικανότητες του οποίου στηρίζονταν, δεν ενέπιπτε στο ρυθμιστικό πεδίο της δάνειας εμπειρίας, αλλά στοιχειοθετούσε απλή προμήθεια. Ρητά αντίθετος ο νομοθέτης σε μια τέτοια προοπτική με τη διατύπωση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 2 του άρθρου 29 του ΠΔ 71/2019, και εντός του στενού ρυθμιστικού πλαισίου της εν λόγω διάταξης προφανώς, όπου ορίζεται ότι: «Ο πάροχος πόρων και ικανοτήτων δεν μπορεί να παράσχει κατά το ίδιο χρονικό διάστημα τους ίδιους πόρους και ικανότητες σε άλλον οικονομικό φορέα του ΜΗ.Μ.Ε.Δ.Ε. ούτε μπορεί να χρησιμοποιήσει αυτούς είτε ο ίδιος είτε στηρίζοντας τρίτο οικονομικό φορέα για τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών.».

⁵⁵⁸ Κατά βάση ορθή εμφανίζεται, αλλά με όλως συνοπτική αιτιολογία για ένα τόσο δυσδιάκριτο και δυσχερές θέμα, η κρίση της ΑΕΠΠ 942/2021 σκέψη 20. Πρβλ. και ΑΕΠΠ 438-439/2021, σκέψη 4.

⁵⁵⁹ Ασφαλώς, κατόπιν μιας τέτοιας παραδοχής, πολύ πιο ευχερής εμφανίζεται η αντίστοιχη τεκμηρίωση για παροχή χρηματοπιστωτικής στήριξης από τον ίδιο τρίτο φορέα σε περισσότερους ανταγωνιστές προσφέροντες. Επίσης, *a contrario* όταν ο δανεισμός μέσω των έτερων οντοτήτων, αφορά απλώς και μόνο εξοπλισμό, μηχανήματα οχήματα, κλπ. ειδικά στην περίπτωση της τεχνικής μοναδικότητας της τρίτης επιχείρησης στον τομέα δραστηριότητάς της, οπότε η στήριξη στα μέσα αυτά, περισσότερων προσφερόντων θα εξασφάλιζε αυτομάτως την ανάπτυξη μεγαλύτερου ανταγωνισμού, πρέπει να γίνει δεκτό ότι μια τέτοια προοπτική είναι σαφώς ευκαταία και άρα απολύτως επιτρεπτό να προβλεφθεί σε όρο της διακήρυξης (έτσι και Χ. Μητκίδης, ό.π., σελ. 222). Βλ. και ΕΑ ΣτΕ 174/2007, όπως επικυρώθηκε η ορθότητα της κρίσης της με τη ΣτΕ 34/2010, η οποία έκρινε ότι η απαγόρευση συμμετοχής φυσικού ή νομικού προσώπου σε περισσότερα του ενός σχήματα αφορά τους μελετητές η μελετητικά γραφεία, που μετέχουν ως συμπράττοντες, και όχι τους συνεργάτες, που απλώς παρέχουν στον υποψήφιο τον αναγκαίο για την εκπόνηση της υπό ανάθεση μελέτης εξοπλισμό.

κατακύρωση της σύμβασης στον τελικό προσφέροντα θα γίνει σύμφωνα με ένα από τα προβλεπόμενα κριτήρια ανάθεσης του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)⁵⁶⁰. Υπό την έννοια αυτή, σύμφωνα με το επιλεγέν κριτήριο ανάθεσης θα καθοριστεί στην τελική φάση κατακύρωσης, εντός του ανωτέρω προκαθορισμένου κύκλου κατάλληλων προσφερόντων και θα συγκεκριμενοποιηθεί ο πλέον ικανός προς ανάθεση διαγωνιζόμενος, μεταξύ περισσοτέρων κατ' αρχήν αποδεκτών υποψηφίων αναδόχων⁵⁶¹.

Ως εκ περισσού, αναφέρεται ότι τα κριτήρια ανάθεσης μπορούν να αφορούν είτε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία θα προσδιοριστεί επί τη βάση αποκλειστικά της χαμηλότερης τιμής, με τον διαγωνισμό να χαρακτηρίζεται τότε, καθαρά μειοδοτικός, είτε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, οπότε στην τελευταία αυτή περίπτωση, αξιολογούνται και ποιοτικά στοιχεία της τεχνικής προσφοράς, με συνέπεια να υπάρχει και βαθμολόγηση αυτής⁵⁶². Ως εκ τούτου, καθίσταται απολύτως ξεκάθαρο ότι τα κριτήρια ανάθεσης επιτελούν μία εντελώς διαφορετική λειτουργία και εξυπηρετούν έναν διαφορετικό σκοπό σε σχέση με τα επιλεγέντα κάθε φορά από την αναθέτουσα αρχή, κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Τα τελευταία αφορούν την εν γένει καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, την τεχνική ικανότητα και την χρηματοπιστωτική επάρκεια του ίδιου του υποψηφίου αναδόχου, ενώ τα πρώτα σχετίζονται με την αξιολόγηση και το περιεχόμενο της ίδιας της υποβληθείσας από αυτόν τεχνικής προσφοράς.

Κατ' αποτέλεσμα, ακριβώς λόγω της ως άνω διαπιστούμενης διάστασης στόχου, προτεραιότητας μεταξύ τους, της θέσης που λαμβάνουν στο κείμενο της διακήρυξης του διαγωνισμού, αλλά και συνακόλουθα της διαφορετικής χρονικά, αξιολόγησής τους στη διαγωνιστική διαδικασία, υφίσταται σαφής διάκριση ως προς το περιεχόμενο τους και τις επιμέρους παραμέτρους που συγκροτούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τα κριτήρια ανάθεσης. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία⁵⁶³ κατά τη διαδικασία για την κατάρτιση δημόσιας σύμβασης, λαμβάνουν

⁵⁶⁰ Ταυτόσημη η διατύπωση και του άρθρου 311 του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρο 82 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ).

⁵⁶¹ Βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 19.06.2003, C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*, ECLI:EU:C:2003:360 (σκέψεις 59 επ.), Απόφαση ΔΕΕ της 24.01.2008, C-532/06, *Εμμ. Γ. Λιανάκης Α.Ε. κλπ. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης κλπ.*, ECLI:EU:C:2008:40 (σκέψεις 26-28) και Πρωτοδικείο της Ε.Ε. (εφεξής «ΠΕΕ»), Απόφαση ΠΕΕ της 06.07.2005, T-148/04, *TQ3 Travel Solutions Belgium SA κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, ECLI:EU:T:2005:274 (σκέψεις 86-89). Ειδικά για τις συμβάσεις έργων, βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 20.12.1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV*, ECLI:EU:C:1988:422 (σκέψεις 15-16 και 18 και επ.).

⁵⁶² Για το αναμφισβήτητο γεγονός ότι τα τεθέντα κριτήρια ποιοτικής επιλογής αφορούν την προσωπική κατάσταση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ενώ βάσει του επιλεγέντος κάθε φορά κριτηρίου ανάθεσης, αξιολογείται και ενδεχομένως βαθμολογείται αποκλειστικά η υποβληθείσα προσφορά του βλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 5785/24.12.2015, Κατευθυντήρια Οδηγία 11 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 263/2015, με θέμα: «*Κριτήρια ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων*».

⁵⁶³ Βλ. ενδεικτικά ΕλΣυν Τμήμα VI 255/2012, 558/2014, 1071/2017 και ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος, 7μελούς Σύνοψης 992/2011, 610/2012, 393/2013, 3212/2013. Έτσι και ΣτΕ 137/2012 σκέψη 4, όπου είχε κριθεί ότι κριτήρια που ανάγονται στην τεχνική-επαγγελματική και οικονομική φερεγγυότητα των διαγωνιζομένων και δεν συνδέονται με τον τρόπο εκτέλεσης της προς ανάθεση υπηρεσίας, δεν πρέπει να προβλέπονται στη διακήρυξη ως κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης.

χώρα δύο διακριτά και αυτοτελή στάδια, τα οποία διέπονται από διαφορετικούς κανόνες και ικανοποιούν διαφορετικούς στόχους. Κατά το πρώτο στάδιο μιας διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας επιλέγονται οι υποψήφιοι, οι οποίοι είναι κατάλληλοι από άποψη τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας και χρηματοοικονομικών δεδομένων να αναλάβουν την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, αξιολογούμενοι σύμφωνα με τα εκάστοτε τεθέντα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Αντιθέτως, στο δεύτερο στάδιο προσδιορίζεται, επί τη βάσει πλέον ενός εκ των προβλεπόμενων στον νόμο, κριτηρίων ανάθεσης που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης, ποια από τις τεχνικές προσφορές των υποψηφίων αναδόχων, οι οποίοι κρίθηκαν στο πρώτο στάδιο «κατάλληλοι», είναι εν τέλει και η καλύτερη για την κατακύρωση της προς ανάθεση σύμβασης⁵⁶⁴.

Σε συνέχεια των ανωτέρω, όπως ρητά αναφέρεται και στη σχετική Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.⁵⁶⁵, βάσει της ρητής διατύπωσης της παρ. 2, περίπτωση β) του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016⁵⁶⁶, παρέχεται πλέον δυνατότητα χρησιμοποίησης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ως κριτηρίων ανάθεσης. Η ίδια άποψη είχε διατυπωθεί από το ΔΕΕ και πριν τη ρητή αναγνώριση αυτής της δυνατότητας από τις πρόσφατες οδηγίες. Συγκεκριμένα, γινόταν όλως εξαιρετικά δεκτό και μόνο υπό τις αυστηρές προϋποθέσεις που έθετε το Δικαστήριο, ότι η εμπειρία του προσωπικού που δηλώνει ο υποψήφιος ανάδοχος και ελέγχεται αρχικά ως προς την πλήρωση εκ μέρους του των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, μπορεί να αξιολογείται σε δεύτερο χρόνο υπό το πρίσμα του επιλεγέντος κριτηρίου ανάθεσης, για την ανάδειξη της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής⁵⁶⁷. Ειδικότερα, είχε αναγνωρισθεί από το ΔΕΕ ότι η ποιότητα της εκτέλεσης μιας δημόσιας σύμβασης μπορεί να εξαρτάται σε σημαντικό βαθμό από την επαγγελματική αξία των προσώπων που έχουν αναλάβει να τη φέρουν σε πέρας. Συνακόλουθα, κρίθηκε ότι, η αξία αυτή, ως αξιολογητέο και βαθμολογητέο στοιχείο της προσφοράς του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, δύναται να απορρέει από την επαγγελματική πείρα και κατάρτιση των εν λόγω προσώπων.

Η ανωτέρω παραδοχή είναι δυνατόν να διαπιστώνεται κατά κύριο λόγο, όταν η παροχή που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης είναι διανοητικής φύσης και αφορά υπηρεσίες επιμορφώσεως και συμβουλευτικές. Όταν μια τέτοιου είδους σύμβαση πρόκειται να εκτελεστεί από ένα σύνολο φυσικών προσώπων που αναμένεται να ενεργήσουν ως «ομάδα» («*project team*») κατά τη διατύπωση του ΔΕΕ), καθοριστικής σημασίας για την εκτίμηση της επαγγελματικής ποιότητας αυτής της ομάδας είναι

⁵⁶⁴ Απόφαση ΔΕΕ της 20.09.1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV*, ECLI:EU:C:1988:422 (σκέψεις 15 και 16), Απόφαση ΔΕΕ της 12.11.2009, C-199/07, *Επιτροπή κατά Ελλάδας*, ECLI:EU:C:2009:693 (σκέψεις 51 έως 53) και ΕΑ ΣτΕ 1091/2006, ΕΑ ΣτΕ 100/2009, 1148/2009, 1318/2009.

⁵⁶⁵ Βλ. τη με αριθμό πρωτοκόλλου 472/20.01.2017 Κατευθυντήρια Οδηγία 16, της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 180/2016, με θέμα: «*Οδηγίες συμπλήρωσης των Προτύπων Τευχών διακηρύξεων ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων μελετών, άνω των ορίων και κάτω των ορίων του Ν. 4412/2016, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016*».

⁵⁶⁶ Ίδια και η αντίστοιχη διατύπωση της παρ. 2 β) του άρθρου 311.

⁵⁶⁷ Απόφαση ΔΕΕ της 26.03.2015, C-601/13, *Ambisig-Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*, ECLI:EU:C:2015:204 (σκέψεις 22-35).

αναμφισβήτητα, τα τυπικά προσόντα, οι ικανότητες και η πείρα των μελών της. Υπό το ίδιο πρίσμα, τα πτυχία και οι τίτλοι των επιμέρους μελών, τα οποία απαρτίζουν την προτεινόμενη ομάδα έργου, η εμπειρία τους από την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων με συναφές ή το αυτό αντικείμενο και αντίστοιχο ύψος προϋπολογισμού, η συνολική τεχνογνωσία τους όπως τεκμηριώνεται μέσα από όλα τα παραπάνω, δύναται να λαμβάνεται υπόψη και για την αξιολόγηση και τη βαθμολόγηση της ίδιας της υποβληθείσας τεχνικής προσφοράς ενός προσφέροντος. Στο συμπέρασμα αυτό καταλήγει το ΔΕΕ, λαμβάνοντας υπόψη ότι η προαναφερθείσα ποιότητα της *project team* μπορεί να αποτελεί εγγενές χαρακτηριστικό της προσφοράς του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και να συνδέεται απευθείας με το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης, όπως προσδιορίζεται από το επιλεγέν από την αναθέτουσα αρχή κριτήριο ανάθεσης της τελευταίας. Κατά συνέπεια, ενόψει όλων των ανωτέρω κρίθηκε ότι πράγματι η εν λόγω ποιότητα μπορεί να αποτελεί στοιχείο, για την αξιολόγηση, αλλά – με τους όρους που εκτέθηκαν αμέσως προηγουμένως – και για τη βαθμολόγηση μιας προσφοράς, βάσει του συγκεκριμένου κριτηρίου ανάθεσης και άρα, μπορεί να προβλέπεται ως τέτοιο στα τεύχη του διαγωνισμού.

Περαιτέρω, σε ορισμένες περιπτώσεις, η αναθέτουσα αρχή δύναται να διευκρινίζει ρητά στο κείμενο της διακήρυξης, ότι τα προσόντα και η πείρα του προσωπικού που θα απασχοληθεί για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης θα διαδραματίσουν καθοριστικό ρόλο κατά την αξιολόγηση της οικονομικής αξίας των υποβληθεισών προσφορών, υπό το φως του κριτηρίου ανάθεσης για την εξεύρεση της συμφερότερης προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Η εφαρμογή του εν λόγω κριτηρίου, το οποίο αφορά τα τεχνικά και επαγγελματικά προσόντα των μελών της προτεινόμενης για την εκτέλεση της σύμβασης ομάδας, θα μπορούσε να επιτρέπεται, αφενός, στην περίπτωση κατά την οποία αυτό δικαιολογείται από την ίδια τη φύση και το αντικείμενο της σύμβασης και, αφετέρου, στην περίπτωση κατά την οποία η προτεινόμενη για την εκτέλεση της σύμβασης ομάδα, αποτελεί καθοριστική παράμετρο της οικονομικής αξίας που η αναθέτουσα αρχή αποδίδει σε καθεμία εκ των προσφορών που υποβλήθηκαν.

Ωστόσο, το ΔΕΕ⁵⁶⁸ απέκλεισε τη δημιουργία ενός οριζόντιου και γενικά εφαρμοζόμενου κανόνα, κατά τον οποίο θα γινόταν γενικά δεκτό ως αξιολογητέο και βαθμολογητέο στοιχείο για την εξεύρεση της πλέον συμφέρουσας οικονομικά προσφοράς, βάσει του κριτηρίου ανάθεσης, σύμφωνα με τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, η «*εκτίμηση της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση*». Συναφώς, σε συνέχεια των ανωτέρω παραδοχών, το Δικαστήριο⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ Απόφαση ΔΕΕ της 24.01.2008, C-532/06, *Εμμ. Γ. Λιανάκης Α.Ε. κλπ. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης κλπ.*, ECLI:EU:C:2008:40 (σκέψη 30) και από ελληνικής πλευράς, ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος, 7μελούς Σύνοψης 992/2011, 514/2012, 610/2012, 393/2013, 3212/2013, 866/2018, ΕλΣυν Τμήμα VI 482/2018, 1359/2020 και ΕλΣυν Τμήμα VII 1306/2021, υπό την έννοια ότι είναι επιτρεπτή η συνεκτίμηση στοιχείων που άπτονται των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και ως κριτηρίων ανάθεσης, στον βαθμό που δικαιολογείται, μόνο όταν πράγματι συντελεί στην ανάδειξη χαρακτηριστικών και ιδιοτήτων της προσφοράς και όχι της ικανότητας του προσφέροντος εν γένει.

⁵⁶⁹ Απόφαση ΔΕΕ της 20.12.1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV*, ECLI:EU:C:1988:422 (σκέψεις 15 και 16), Απόφαση ΔΕΕ της 24.01.2008, C-532/06, *Εμμ. Γ. Λιανάκης Α.Ε. κλπ. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης κλπ.*, ECLI:EU:C:2008:40 (σκέψη 26), καθώς και Απόφαση ΔΕΕ της 12.11.2009, C-

αποφάνθηκε ότι δεν προκύπτει ότι συγκεκριμένη προτεινόμενη τεχνική ομάδα που προορίζεται για την εκτέλεση ορισμένης σύμβασης μπορεί και να αξιολογηθεί ελευθέρως σε επιγενόμενο διαγωνιστικό στάδιο και συγκεκριμένα, στο πλαίσιο της αξιολόγησης των προσφορών, με βάση το επίμαχο κριτήριο ανάθεσης. Αντιθέτως, από τις εν λόγω αποφάσεις, όπως επεξεργάστηκαν τους ανωτέρω κανόνες, προκύπτει απλώς ότι η ανάθεση της σύμβασης δεν δύναται κατ' αρχήν να στηρίζεται σε κριτήριο σχετικό με την τεκμηρίωση της καταλληλότητας του προσφέροντος προς εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, ήτοι καταλληλότητα, αναγόμενη στην αφηρημένη τεχνική και επαγγελματική ικανότητά του⁵⁷⁰.

Με βάση λοιπόν την ανάλυση που προηγήθηκε⁵⁷¹ και την όλως εξαιρετική δυνατότητα μιας αναθέτουσας αρχής να λάβει υπόψη της κατά την αξιολόγηση και βαθμολόγηση μιας τεχνικής προσφοράς, στοιχείο, το οποίο ήδη είχε ελεγχθεί ως προς την πλήρωση του αντίστοιχου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, ανακύπτει το ακόλουθο οξύμωρο σχήμα. Όπως ήδη κατέστη σαφές, η επίκληση των δυνάμεων τρίτου φορέα, υπό το πρίσμα του άρθρου 78 του νόμου, αφορά αποκλειστικά και μόνο την παροχή οικονομικής επάρκειας ή τεχνικής εμπειρίας σε προσφέροντα, όπως στην τελευταία αυτή περίπτωση εμπίπτει και η προτεινόμενη εκ μέρους του ομάδα έργου. Συνεπώς, πρόκειται για την κάλυψη μέσω πόρων τρίτης οντότητας, αποκλειστικά των κριτηρίων

199/07, *Επιτροπή κατά Ελλάδα*, ECLI:EU:C:2009:693 (σκέψη 51). Πρβλ. και σημεία 43-64 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα *Melchior Wathelet* της 18^{ης} Δεκεμβρίου 2014, ECLI:EU:C:2014:2474 στην υπόθεση C-601/13.

⁵⁷⁰ Έτσι και ΑΕΠΠ 1218/2019 και ΑΕΠΠ 1284/2020, αναφορικά με τη διάκριση των κριτηρίων επιλογής από τα κριτήρια ανάθεσης. Στην ίδια γραμμή και η ΑΕΠΠ 164/2019, σκέψη 41, διαφοροποιούμενη όμως ως προς τη δυνατότητα ταυτόχρονης χρήσης και εκτίμησης των αυτών στοιχείων ενός οικονομικού φορέα, τόσο στο στάδιο αξιολόγησης των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής όσο και στο στάδιο βαθμολόγησης της προσφοράς βάσει του κριτηρίου ανάθεσης της σύμβασης, αντλώντας επιχείρημα από τα οριζόμενα στο Παράρτημα XII της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, με τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» και ειδικότερα το «Μέρος II: Τεχνική Ικανότητα», αναφορικά με τα αποδεικτικά στοιχεία τεκμηρίωσης των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, σύμφωνα με το άρθρο 58, όπου στην περίπτωση στ) προβλέπεται ότι μπορεί να ζητούνται μεταξύ άλλων: «αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολάβου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης». Ωστόσο, αυτή η ερμηνεία δεν φαίνεται να είναι σε ακολουθία με τη θέση του ΔΕΕ, ούτε και με τη ρητή πρόβλεψη του νομοθέτη, αφού από κανένα σημείο αμφοτέρων, δεν μπορεί να συναχθεί ότι αποκλείεται η ταυτόχρονη αξιολόγηση της ποιότητας της προτεινόμενης ομάδας έργου, υπό τους όρους που αναλύθηκαν στην παρούσα ενότητα. Έτσι και σημείο 63 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα *Melchior Wathelet* της 18^{ης} Δεκεμβρίου 2014, ECLI:EU:C:2014:2474 στην υπόθεση C-601/13, αλλά και σκέψεις 83-95 στην Απόφαση ΔΕΕ της 07.09.2021, C-927/19, *Klaidos regiono atlieku tvarkymo entras*, ECLI:EU:C:2021:700, την οποία επικαλείται και η ΕΑΔΗΣΥ 4/2022, στη σκέψη 30 αυτής (πρβλ. και σκέψη 33 της ίδιας απόφασης). Κατά την εκτίμηση του γράφοντος, η περίπτωση στ) του Παραρτήματος XII της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απλώς θέτει τον βασικό κανόνα που διακρίνει μεταξύ των αξιολογητέων στοιχείων κατά τον έλεγχο της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ενός υποψηφίου αναδόχου και των αντίστοιχων που θα βαθμολογηθούν σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την επιλογή πράγματι της συμφερότερης για την αναθέτουσα αρχή προσφοράς. Ουδόλως όμως μπορεί να συναχθεί ότι επηρεάζεται η όλως εξαιρετική περίπτωση που αφορά την εκτίμηση της στελέχωσης και της εν γένει ποιότητας της δηλωθείσας ομάδας έργου ως κριτηρίου ποιοτικής επιλογής ή/και ως κριτηρίου ανάθεσης, όπως αναλύθηκε εν προκειμένω. Πρβλ. σχετικά και ΕΑ ΣτΕ 660/2022, σκέψη 6.

⁵⁷¹ Η ανάλυση αυτή στηρίζεται σε μεγάλο βαθμό στη μελέτη *Μ. Σειραδάκη*, Λόγοι αποκλεισμού και κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, Η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και η κάλυψή τους μέσω της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, ΘΠΔΔ, Τεύχος 12/2022, σελ. 23-33.

ποιοτικής επιλογής που δεν διαθέτει αυτοτελώς ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος και μόνο. Ωστόσο, με την υιοθέτηση της ανωτέρω ερμηνευτικής εκδοχής, είναι εν τέλει δυνατόν, η δάνεια εμπειρία τρίτου για τη στελέχωση της προτεινόμενης ομάδας έργου να καταλήγει, στην εξαιρετική περίπτωση της επιτρεπτής αξιολόγησης ως κριτηρίου ανάθεσης, ενός και του αυτού επιμέρους στοιχείου των κριτηρίων επιλογής (*project team*), να αξιολογείται για την εξεύρεση της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής και άρα να βαθμολογείται ως στοιχείο της τεχνικής προσφοράς του συμμετέχοντος⁵⁷². Με τον έμμεσο αυτό τρόπο δηλαδή, δύναται όχι μόνο ένα στοιχείο που άπτεται τεχνικού ποιοτικού κριτηρίου της προσφοράς του τελευταίου, να αξιολογείται και να βαθμολογείται σε επιγενόμενο στάδιο, σύμφωνα με το επιλεγέν κριτήριο ανάθεσης, αλλά και τα μέσα τρίτου, όπως διατίθενται στον προσφέροντα για την κάλυψη του ίδιου ποιοτικού κριτηρίου, να αποτελέσουν αντικείμενο βαθμολόγησης της προσφοράς του, με τους όρους που εκτέθηκαν αμέσως παραπάνω.

iv. Η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου για την κάλυψη συγκεκριμένων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

Εκκινώντας λοιπόν από την ίδια τη δομή του άρθρου του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση της παρ. 1 αυτού⁵⁷³, είναι πασιδήλο ότι η στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα δύναται να αφορά, αποκλειστικά και μόνο τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας⁵⁷⁴ ή/και τα κριτήρια, τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα⁵⁷⁵ του υποψηφίου αναδόχου,

⁵⁷² *Ad hoc* για το ζήτημα αυτό, ΑΕΠΠ 807/2019 (σκέψη 26). Στην ίδια κατεύθυνση και με απολύτως ορθή προσέγγιση η ΔΕφΑθ 721/2023 στις σκέψεις 15 και 16 αυτής, όπου έκρινε ότι είναι διάφορο ζήτημα η νομιμότητα του δανεισμού τεχνικής ικανότητας από οικονομικό φορέα και άλλο η δικαιολογημένα κατώτερη βαθμολόγηση της συνοχής της ομάδας, που αποτελεί συνέπεια της χρήσης της νόμιμης δυνατότητας δανεισμού, διατηρώντας ως προς αυτόν τον ισχυρισμό την κρίση της ΕΑΔΗΣΥ 1544/2022.

⁵⁷³ Έτσι και η παρ. 2 του άρθρου 307 του νόμου, κατά μεταφορά της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

⁵⁷⁴ Μέσω της οποίας, διασφαλίζεται ότι οι υποψήφιοι διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Συνδέεται με ορισμένο ελάχιστο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση (ειδικός κύκλος εργασιών), ενώ μπορούν οι αναθέτουσες αρχές να απαιτούν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς και τις ετήσιες οικονομικές καταστάσεις για κάθε οικονομικό φορέα, ανάλογα και με τη νομική του φύση, οι οποίες θα πρέπει να παρουσιάζουν ιδίως, την αναλογία στοιχείων ενεργητικού και παθητικού και άρα την οικονομική ευρωστία και φερεγγυότητά του. Επιπλέον, ορίζεται ο μέγιστος ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών, ο οποίος δεν μπορεί να υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από περιπτώσεις δεόντως αιτιολογημένες που συνδέονται με το αντικείμενο και τη φύση της προκηρυσσόμενης σύμβασης, με παράλληλη αναγνώριση υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να αναφέρει τους σχετικούς λόγους στα έγγραφα της σύμβασης ή σε χωριστή έκθεση κατά το άρθρο 341 του νόμου. Επιπλέον, οι ίδιοι κανόνες εκτίμησης των οικονομικών και χρηματοοικονομικών μέσων των οικονομικών φορέων εφαρμόζονται και όταν προβλέπεται η διαίρεση της προς ανάθεση σύμβασης σε επιμέρους τμήματα (παρ. 3 του άρθρου 75).

⁵⁷⁵ Όπως αυτή σκοπεύει στο να διασφαλίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους, αλλά και την εμπειρία να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Προς τεκμηρίωση της εν λόγω ικανότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ικανοποιητικό επίπεδο προηγούμενης εμπειρίας, όπως αποδεικνύεται με συστάσεις (βεβαιώσεις καλή εκτέλεσης) από αντίστοιχες συμβάσεις που έχουν εκτελέσει κατά το (πρόσφατο) παρελθόν. Ειδική μέριμνα λαμβάνεται για τις μεικτές συμβάσεις προμηθειών που περιλαμβάνουν και εργασίες

όπως καθορίζονται κάθε φορά από την αναθέτουσα αρχή εντός των εγγράφων της σύμβασης τα ελάχιστα απαιτούμενα ποιοτικά επίπεδα και πάντοτε σε συμφωνία με την αρχή της αναλογικότητας. Συνεπώς, εξ ορισμού, δεν είναι δυνατή η επίκληση δάνειας εμπειρίας για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής που αφορούν την επαγγελματική καταλληλότητα του υποψηφίου, βάσει της παρ. 2 του άρθρου 75⁵⁷⁶. Την επαγγελματική καταλληλότητα, όπως αυτή δύναται κάθε φορά να τεκμηριωθεί επαρκώς, στο πλαίσιο της εκάστοτε δημοπρατούμενης σύμβασης, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας είτε τη διαθέτει αυτοτελώς είτε όχι. Δεν μπορεί να τύχει δανεισμού εκ μέρους τρίτου φορέα⁵⁷⁷.

τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, οπότε σε αυτή την περίπτωση η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να ανταποκριθούν στην παροχή της συγκεκριμένης υπηρεσίας ή την εγκατάσταση ή την εκτέλεση του έργου, μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους στο ειδικό αυτό αντικείμενο της σύνθετης σύμβασης (παρ. 4 του άρθρου 75).

⁵⁷⁶ Έτσι και ενδεικτικά ΕλΣυν Τμήμα VII 55/2019 και ΑΕΠΠ 408-409/2020.

⁵⁷⁷ Για το γεγονός ότι δεν είναι δυνατή η επίκληση της δάνειας εμπειρίας για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής που αφορούν την επαγγελματική καταλληλότητα του υποψηφίου, βάσει της παρ. 2 του άρθρου 75 βλ. σχετικά ΑΕΠΠ 608/2020 σκέψη 25, με την οποία κρίθηκε συναφώς ότι: «[...] Η ανωτέρω κρίση της αναθέτουσας αρχής, σε αντίθεση με όσα εσφαλμένα ισχυρίζεται ο προσφεύγων είναι ορθή, καθώς οι αιτιάσεις που περιλαμβάνει η φερόμενη προς κρίση ενόπιον του οικείου Κλιμακίου προσφυγή, εκκινεί από εσφαλμένη αφετηρία, θεωρώντας ότι η στήριξη του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και δη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, όπως πράγματι συμβαίνει εν προκειμένω, ταυτίζεται εννοιολογικά με τις προϋποθέσεις και τους όρους συμμετοχής εκάστου υποψηφίου, υπό την έννοια των κριτηρίων καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, όπως αποτυπώνονται στο άρθρο 21 και στο άρθρο 22.Β της διακήρυξης. Ωστόσο, είναι σαφής η διάκριση, στην οποία προβαίνει ο ίδιος ο Ν. 4412/2016 (βλ. τον συνδυασμό των άρθρων 75 παρ. 1, 2, 3 και 4 και 78 παρ. 1) και αντίστοιχα και η διακήρυξη της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια κατά το άρθρο 22.Γ και τεχνική και επαγγελματική ικανότητα κατά το άρθρο 22.Δ της διακήρυξης), για την κάλυψη των οποίων πράγματι προβλέπεται ρητά η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων (κατά το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης) και των κριτηρίων καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας εκάστου υποψηφίου οικονομικού φορέα, για την κάλυψη των οποίων, βάσει του συνδυασμού των άρθρων 21 και 22.Β της διακήρυξης, ρητά απαιτείται να συντρέχουν συγκεκριμένες προϋποθέσεις αυτοτελώς στο πρόσωπο του ίδιου του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ήτοι η εγγραφή στο Μ.Ε.Ε.Π. ή στο ΜΗ.Ε.Δ.Α.Ε. για αμφότερες τις κατηγορίες έργων (Οικοδομικών και Ηλεκτρομηχανολογικών), χωρίς να αναγνωρίζεται για αυτές, η δυνατότητα επίκλησης δάνειας εμπειρίας τρίτου φορέα. Υπό αυτή την έννοια, είναι απολύτως σύμφωνος και ορθός ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, ότι η κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου καταλληλότητας, θα μπορούσε να καλυφθεί εκ μέρους ενός οικονομικού φορέα, όπως ο προσφεύγων, ο οποίος δεν διαθέτει αυτοτελώς τα τιθέμενα από τη διακήρυξη κριτήρια καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας σε αμφότερες τις κατηγορίες έργων, μόνο μέσω της συμμετοχής στον διαγωνισμό πλειόνων οικονομικών φορέων, με τη μορφή της ένωσης (πρβλ. και άρθρο 21 παρ. 21.1 της διακήρυξης). [...]. Προσέτι, σαφής και απολύτως ορθή δικαιοπολιτικά με βάση τα οριζόμενα στις επίμαχες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης παραμένει και η διάκριση που επιχειρεί η αναθέτουσα αρχή, επισημαίνοντας ότι η προσφορά του προσφεύγοντος, όπως έχει διατυπωθεί, σύμφωνα με τα ανωτέρω, καλύπτει μεν τα κριτήρια των άρθρων 22.Γ και 22.Δ της διακήρυξης, αλλά όχι τις απαιτήσεις που απορρέουν από τα άρθρα 21 και 22.Β της διακήρυξης. [...]. Η ανωτέρω παραδοχή άλλωστε, είναι προφανής και για τον λόγο ότι σε κάθε περίπτωση, το θεσμικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων και δη το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, όπως μεταφέρθηκε στο κείμενο της διακήρυξης με το άρθρο 22.ΣΤ αυτής, δεν προβλέπει τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα για την πλήρωση των κριτηρίων καταλληλότητας που σχετίζονται με την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, αφού κατά τη ρητή διατύπωση της παρ. 1, ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας επιφυλάσσεται μόνο για τις περιπτώσεις της παρ. 3 και 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, οι οποίες όμως αφορούν την οικονομική χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική καταλληλότητα αντίστοιχα. Ασχέτως του γεγονότος, ότι εν τέλει βάσει του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης, απαιτείται να καλύπτονται τα ίδια εχέγγυα εκτέλεσης του εν λόγω έργου, ήτοι η δυνατότητα εκτέλεσης Οικοδομικών και Ηλεκτρομηχανολογικών έργων, τα οποία

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να γίνει μία μικρή παρέκβαση με ειδική αναφορά στις πιστοποιήσεις με βάση Διεθνή Πρότυπα Διασφάλισης Ποιότητας και Περιβαλλοντικής Διαχείρισης⁵⁷⁸ (κατά *ISO*) που ενδεχομένως απαιτείται να διαθέτει ο οικονομικός φορέας, προκειμένου να υποβάλλει νομότυπη προσφορά σε έναν διαγωνισμό. Παρά το γεγονός ότι εκ της φύσεώς τους, τέτοιου είδους πιστοποιήσεις καθορίζουν την καταλληλότητα άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας μιας επιχείρησης και συνεπώς, αφορούν αμιγώς «προσωποπαγή» επαγγελματικά προσόντα αυτής, χωρίς να μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο δάνειας εμπειρίας, δεδομένου ότι όταν κάποιος οικονομικός φορέας έχει πιστοποιηθεί, η πιστοποίηση αυτονοήτως αφορά αποκλειστικά τον ίδιο ή την επιχείρηση, τις εγκαταστάσεις, το προσωπικό του κλπ. και όχι κάποιον τρίτο – και άρα εκ προοιμίου, δεν συμβιβάζεται με τη λογική της πιστοποίησης, ο δανεισμός της σε άλλο οικονομικό φορέα – εντούτοις, παρατηρείται πολλές φορές, το εξής παράδοξο. Η απαίτηση για υποβολή *ISO* αναφέρεται στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται να πληρούν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, σαν κριτήριο ποιοτικής επιλογής τους σε έναν διαγωνισμό. Έτσι, κατά παραπομπή από τον οικείο όρο που αναφέρεται στη δάνεια εμπειρία, γίνεται συλλήβδην αναφορά στις διατάξεις που αφορούν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αδιακρίτως, χωρίς να εξαιρούνται τα *ISO*. Για τον λόγο αυτό δεν είναι άγνωστο το φαινόμενο σε κάποιες περιπτώσεις, να στηρίζεται ένας οικονομικός φορέας σε ικανότητα (*ISO*) τρίτου. Ωστόσο, *lege artis* και βάσει της γραμματικής, αλλά και τελλογικής ερμηνείας των υπό κρίση ρυθμίσεων, δεν προβλέπεται δυνατότητα δανεισμού εμπειρίας για πιστοποιήσεις *ISO*⁵⁷⁹.

σαφώς και απολύτως σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης, καλύπτονται από τον προσφεύγοντα, αθροιστικά με τη στήριξη του στις ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα. [...]», ΑΕΠΠ 738/2020 σκέψη 27 και για την ίδια διαγωνιστική διαδικασία την ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 703/2020. Ομοίως, ΑΕΠΠ 588/2021 σκέψεις 22-23. Πρβλ. και ΕλΣυν Τμήμα VI 17/2019 και ΕΑ ΣτΕ 718/2012 σκέψη 5.

⁵⁷⁸ Πρόκειται για τα πρότυπα που προβλέπονται στα άρθρα 82 και 309 του Ν. 4412/2016 κατά μεταφορά των αντίστοιχων άρθρων 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 81 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. <https://www.iso.org/home.html>.

⁵⁷⁹ Έτσι ορθά και η ΔΕφΑθ 41/2022, σκέψη 10. Πρβλ. ΔΕφΘεσσαλ (Αναστ.) 143/2021 σκέψεις 13-15, αν και στο σκεπτικό της απόφασης εμπλέκονται ετερόκλητες διατάξεις και κρίσεις για διάφορα συναφή ζητήματα, με συνέπεια να αμφισβητείται η ορθότητα του διατακτικού της και ΔΕφΑθ 1939/2021, σκέψη 9, όπως επικύρωσε την ορθότητα της κρίσης της ΑΕΠΠ 1424/2021, χωρίς πάντως καμία από τις δύο αποφάσεις να περιέχει ρητή αρνητική κρίση περί της δυνατότητας δανεισμού *ISO*. Στο ίδιο μήκος κύματος η ΔΕφΑθ 699/2023, αλλά με αμφισβητούμενη αιτιολόγηση περί της κάλυψης των απαιτούμενων από τη διακήρυξη πιστοποιήσεων κατά *ISO* μέσω στήριξης σε τρίτο φορέα που κατά το σκεπτικό της απόφασης, μάλλον φαίνεται να ταυτίζεται με τον υπεργολάβο, απορρίφθηκε αίτηση ακύρωσης κατά της ΕΑΔΗΣΥ 1189/2022, η οποία όμως περιέχει εξίσου αντιφατικές κρίσεις και αμφιβόλου ορθότητας διατακτικό για ένα τόσο σύνθετο ζήτημα. Επίσης, για την προσκόμιση και αξιολόγηση των υποβληθέντων από δανείζουσα εμπειρία εταιρεία, *ISO*, βλ. ΔΕφΑθ (Αναστ.) 425/2014 σκέψη 16, η οποία όμως έκρινε ότι η αιτιολογία αποδοχής τους, η οποία στηρίζεται στην ανέλεγκτη δικαστικός τεχνική κρίση των αρμόδιων προς αξιολόγηση οργάνων της αναθέτουσας αρχής, με βάση τα στοιχεία, τα οποία προσκομίσθηκαν από την παρεμβαίνουσα και αφορούν την ίδια, αλλά και την υπεργολάβο αυτής εταιρεία (δανείζουσα εταιρεία με βάση το πραγματικό της επίμαχης υπόθεσης), παρίσταται νόμιμη και επαρκής, απορρίπτοντας τους περί του αντιθέτου προβαλλόμενους ισχυρισμούς. Πρβλ. τη ΔΕφΑθ 53/2021, σκέψη 6, όπου γίνεται υπαινιγμός αντιδιαστολής μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, για τα οποία πράγματι παρέχεται δυνατότητα στήριξης στις δυνάμεις τρίτου φορέα και των προτύπων διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης που δεν εμπίπτουν σε αυτή

Ετέρωθεν, μία από τις πλέον αμφιλεγόμενες διατάξεις του νέου άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως ενσωματώθηκε στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, εισάγεται με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 αυτού, η οποία ορίζει ότι: «Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α'⁵⁸⁰ ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.»⁵⁸¹. Η συγκεκριμένη διατύπωση, αποτελεί κατά την εκτίμηση του γράφοντος, τη μεταφορά σε νομοθετικό κείμενο, των πορισμάτων του ΔΕΕ, κυρίως με την απόφαση στην υπόθεση C-324/14⁵⁸², βάσει των οποίων, αναγνωρίστηκε η δυνατότητα να τεθούν θεμιτοί περιορισμοί ως προς τον τρόπο επίκλησης των μέσων τρίτου, συνδεδόμενοι όμως, με τη φύση και το αντικείμενο μιας συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης.

Με το ανωτέρω εδάφιο, προβλέφθηκε ότι για την ανάληψη ορισμένων υπηρεσιών ή εργασιών, για τις οποίες απαιτούνται ιδιαίτερα τυπικά προσόντα ή προηγούμενη εμπειρία και προκειμένου να καλυφθούν τα επίμαχα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, όπως αυτά τεκμηριώνονται μέσω αντίστοιχων τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων, κατά την περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του νόμου, τα υπό κρίση προσόντα ή η εμπειρία αυτή να μην μπορούν ελευθέρως και απεριορίστως να τύχουν δανεισμού προς τον προσφέροντα οικονομικό φορέα. Σε αυτή την περίπτωση, προκειμένου να θεωρηθεί έγκυρη η προσφυγή στις δυνάμεις του τρίτου, θα πρέπει ο τελευταίος να εκτελέσει ο ίδιος και τις αντίστοιχες εργασίες ή να παράσχει τις σχετικές υπηρεσίες, για την τεκμηρίωση των οποίων θέτει στη διάθεση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα τους αντίστοιχους τίτλους σπουδών ή τα κατάλληλα προσόντα.

Εντούτοις, η διατύπωση της επίμαχης ρύθμισης, εγείρει περαιτέρω ερωτήματα αναφορικά με τον ορθό τρόπο εφαρμογής της⁵⁸³. Η όλη προβληματική γύρω από τη

την κατηγορία. Περισσότερο ξεκάθαρη και ορθή η θέση που λαμβάνει η ΔΕφαθ (Αναστ.) 226/2021, σκέψη 12.

⁵⁸⁰ Κατά δε τη ρητή μνεία που γίνεται σε αυτό, η περίπτωση αυτή αφορά: «(στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης».

⁵⁸¹ Σχεδόν πανομοιότυπη και η αντίστοιχη διατύπωση του δεύτερου εδαφίου της παρ. 2 του άρθρου 307 του Ν. 4412/2016, ακολουθώντας κατά βάση τη διατύπωση της παρ. 2 εδάφιο δεύτερο του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

⁵⁸² Βλ. ανωτέρω ανάλυση στον οικείο τόπο και υποσημείωση 444.

⁵⁸³ Σαφή ένδειξη προς αυτή την κατεύθυνση αποτελεί η κρίση στην Απόφαση ΔΕΕ της 30.09.2022, C-592/21, *ĒDIENS & KM.LV PS*, ECLI:EU:C:2022:746, στην οποία μάλιστα έγινε χρήση του άρθρου 99 του Κανονισμού του Δικαστηρίου, καθώς θεωρήθηκε ότι η απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα, συνάγεται σαφώς από την προηγούμενη νομολογία του Δικαστηρίου (σκέψεις 18-19). Με το ερώτημα του εθνικού λετονικού δικαστηρίου, όπως αναδιατυπώθηκε από το ΔΕΕ στη σκέψη 20 της εν λόγω απόφασης, τέθηκε το ζήτημα εάν το άρθρο 63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι, όταν αποδεικνύεται, σε περίπτωση ανάθεσης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών σε όμιλο οικονομικών φορέων (ένωση εν προκειμένω), ότι οι συγκεκριμένες δραστηριότητες, για τις οποίες απαιτείται η απόδειξη προηγούμενης τεχνικής εμπειρίας, σύμφωνα με το άρθρο 58 παρ. 4 της οδηγίας, θα εκτελεστούν από ένα μόνο μέλος του ομίλου (όπως στηριζόταν για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής σε τρίτους φορείς), η ζητούμενη πείρα θα πρέπει να τεκμηριώνεται υποχρεωτικά στο πρόσωπο του εν λόγω μέλους αυτού του ομίλου, ακόμη και αν τα έγγραφα της σύμβασης δεν

θέσπιση θεμιτών περιορισμών ως προς τον τρόπο άσκησης του δικαιώματος στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, αναπτύχθηκε στις οικείες αποφάσεις του ΔΕΕ, με σκοπό να δώσει την ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή, όπου το κρίνει σκόπιμο να θέσει συγκεκριμένα όρια στη χρήση της, συνδεδεμένα όμως με την ίδια τη φύση του προς ανάθεση αντικειμένου του διαγωνισμού. Εάν όμως, βάσει της γραμματικής διατύπωσης της εν λόγω διάταξης, η τελευταία δεν παραμείνει σε επίπεδο απλής ευχέρειας⁵⁸⁴, αλλά πλέον επιβάλλεται ως οριζόντια υποχρέωση στις αναθέτουσες αρχές, τίθεται εύλογα το ερώτημα κατά πόσο αυτή η νομοθετική επιλογή υπερακοντίζει τον ίδιο τον σκοπό εισαγωγής θεμιτών περιορισμών στην άσκηση του δικαιώματος επίκλησης μέσων τρίτων σε βάρος της αναθέτουσας αρχής. Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, αυτονόητο είναι ότι η απαίτηση και μάλιστα κατά *jus cogens* να αναλάβει ο ίδιος ο τρίτος την εκτέλεση των προβλεπόμενων εργασιών ή την παροχή των αντίστοιχων υπηρεσιών, εν τέλει οδηγεί σε ασφυκτική περιστολή της ίδιας της δυνατότητας επίκλησης των μέσων τρίτων και καταληκτικά σε σημαντικό περιορισμό του ανταγωνισμού. Το συμπέρασμα αυτό παρίσταται απολύτως εύλογο, λαμβάνοντας υπόψη ότι είναι λίγες, αν όχι ελάχιστες, οι περιπτώσεις που ένας τρίτος φορέας θα θελήσει να εμπλακεί κατά τέτοιο τρόπο σε μία δημόσια διαγωνιστική διαδικασία.

Εξάλλου, είναι εξίσου σαφές ότι υπό την ανωτέρω προσέγγιση, αμφισβητείται η όλη αναγκαιότητα μιας τέτοιας κατασκευής, ειδικά σε περιπτώσεις όπου, πχ. μία

προβλέπουν ρητά ότι τα μέλη μιας ομάδας οικονομικών φορέων πρέπει να πληρούν μεμονωμένα αυτήν την προϋπόθεση. Σε αντίθεση δηλαδή με τη γενική αρχή που καθιερώνει το άρθρο 19 παρ. 2 της οδηγίας, ότι η προηγούμενη τεχνική και επαγγελματική εμπειρία μιας ένωσης, εφόσον δεν ορίζεται κάτι άλλο στα έγγραφα της σύμβασης, ελέγχεται και διαπιστώνεται αθροιστικά στο πρόσωπο των μελών της ένωσης και άρα δεν απαιτείται να συντρέχει αυτοτελώς στο πρόσωπο ενός εκάστου εξ αυτών. Το Δικαστήριο εν τέλει απεφάνθη ότι, υπό το πρίσμα των εξειδικευμένων πραγματικών περιστατικών της υπό κρίση υπόθεσης (για το πραγματικό της υπόθεσης βλ. σκέψεις 9-16), όπως συντίθεντο από τις γενικές αρχές εφαρμογής της δάνειας εμπειρίας, τον κανόνα του άρθρου 19 παρ. 2 αναφορικά με τις ενώσεις οικονομικών φορέων, τη δήλωση της ίδιας της ένωσης προς την αναθέτουσα αρχή, ότι τις επίμαχες υπηρεσίες πράγματι θα τις παρείχε συγκεκριμένος τρίτος φορέας, στις δυνάμεις του οποίου στηριζόταν το μέλος της ένωσης, για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, κατ' αποκλεισμό και χωρίς συμμετοχή όχι μόνο των υπολοίπων μελών του συμμετοχικού σχήματος, αλλά και της έτερης υποστηρικτικής οντότητας και ασφαλώς την όλως εξαιρετική πρόβλεψη της παρ. 1 του άρθρου 63, εδάφιο πρώτο, δεύτερη και τρίτη περίοδος (βλ. σχετικά σκέψεις 15 και 27-30), το εξεταζόμενο πλέγμα διατάξεων θα έπρεπε να ερμηνευθεί υπό την ακόλουθη έννοια (βλ. σκέψη 34). Εφόσον διαπιστωθεί ότι σε περίπτωση, όπως η κρινόμενη, η ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσίας σε όμιλο οικονομικών φορέων, απαιτεί να αποδεικνύεται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής η εκτέλεση προηγούμενης συναφούς δραστηριότητας, η οποία στο πλαίσιο μιας διεκδικούμενης σύμβασης πρόκειται να ανατεθεί σε ένα και μοναδικό μέλος του ομίλου (κατά δήλωση μάλιστα του τελευταίου), τότε, ο προσφέρων όμιλος επιχειρήσεων μπορεί, προκειμένου να αποδείξει ότι πληροί μια προϋπόθεση σχετικά με την πείρα που έχει επιβάλει η αναθέτουσα αρχή, βάσει του άρθρου 58 παρ. 4 της ως άνω οδηγίας, να βασιστεί μόνο στην επικαλούμενη προηγούμενη εμπειρία του εν λόγω μέλους αυτού του ομίλου, ακόμη και αν τα έγγραφα της σύμβασης δεν προβλέπουν ρητά ότι τα υποβάλλοντα από κοινού προσφορά, μέλη μιας ομάδας οικονομικών φορέων, πρέπει να πληρούν μεμονωμένα αυτήν την προϋπόθεση. Η απάντηση πάντως του Δικαστηρίου, έστω και μέσα από τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά της ανωτέρω υπόθεσης, αφενός ελέγχεται ως προς την ορθότητά της και υπόκειται σε περαιτέρω σχολιασμό, αφετέρου, απέφυγε να εφαρμόσει ρητά το άρθρο 63 παρ. 1, εδάφιο δεύτερο της οδηγίας και περιορίστηκε να διαπιστώσει εξαίρεση στον κανόνα άλλης διάταξης, καταφεύγοντας στη λύση της περισσότερο «βατής» ρύθμισης του άρθρου 19 παρ. 2. Ανεξαρτήτως των τελευταίων παραδοχών, η ευρεία εφαρμογή των πορισμάτων του ΔΕΕ στην αναλυθείσα απόφαση σε απροσδιόριστο αριθμό αντίστοιχων υποθέσεων, εγκυμονεί τον κίνδυνο καταστρατήγησης της εφαρμογής των άρθρων 19 παρ. 2 και 63 παρ. 1, εδάφιο δεύτερο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

⁵⁸⁴ Μάλλον ερμηνευτικά και τεολογικά συναγόμενης.

μικρομεσαία επιχείρηση, προκειμένου να συμμετάσχει σε έναν διαγωνισμό μικρού ή μεσαίου προϋπολογισμού, επικαλείται την εμπειρία μιας συνεργαζόμενης με αυτήν, επιχείρησης, ελληνικών συμφερόντων, ή πολύ περισσότερο, αλλοδαπής προελεύσεως. Η τελευταία μάλλον πρόθυμα και με αρκετή ευχέρεια θα μπορούσε να παράσχει τη στήριξή της στην ενδιαφερόμενη ΜΜΕ, ώστε να καλύψει τις τεχνικές απαιτήσεις του διαγωνισμού. Αντιθέτως, η υποχρεωτικότητα να αναλάβει η ίδια να φέρει εις πέρας και τις σχετικές εργασίες ή υπηρεσίες, μεταβάλλει άρδην τα δεδομένα, καθιστώντας σαφώς λιγότερο ελκυστικό το όλο εγχείρημα σε βάρος της συμμετοχής του μικρομεσαίου οικονομικού φορέα. Συνεπακόλουθα δε ανακύπτει το εξής ζήτημα. Όπως ήδη εκτέθηκε και στην εισαγωγή του παρόντος κεφαλαίου, ο τρίτος φορέας, ως βασική δομική παραδοχή της αρχέτυπης μορφής του θεσμού της «*δάνειας εμπειρίας*», κατ' ουδένα τρόπο δεν συμβάλλεται με την αναθέτουσα αρχή, δεν καθίσταται παράγοντας διαμόρφωσης και εξέλιξης του προσυμβατικού σταδίου, δεν υπογράφει μαζί της τη σύμβαση ανάθεσης ως ανάδοχος⁵⁸⁵, δεν υποκαθιστά τον τελευταίο, ούτε αναλαμβάνει την εκτέλεση αυτής⁵⁸⁶. Θα μπορούσε να ειπωθεί ότι ο τρίτος φορέας τηρεί μία «*απόσταση ασφαλείας*» από την όλη διαγωνιστική διαδικασία, επιλέγοντας να παράσχει μεν στήριξη, με τη μικρότερη όμως δυνατή ανάληψη ευθυνών και συνολικής εμπλοκής σε αυτήν εκ μέρους του, παρακολουθώντας σχεδόν αμέτοχος την πορεία της προσφοράς του οικονομικού φορέα που συνδράμει. Με ποιο ακριβώς τρόπο θα αντιμετωπιστεί εύσημα και αποτελεσματικά, λαμβάνοντας υπόψη και τις συναφείς απορρέουσες νομικές δεσμεύσεις μία τέτοια υποχρεωτική από κοινού συμμετοχή προσφέροντος και τρίτου φορέα;

Από την προηγηθείσα ανάλυση έχει καταστεί πλέον σαφές ότι ο θεσμός της «*δάνειας εμπειρίας*» αποσκοπεί πράγματι στη δημιουργία μιας εναλλακτικής δυνατότητας για έναν διαγωνιζόμενο να προσφύγει στις δυνάμεις τρίτου, ξένου με τον διαγωνισμό φορέα, του οποίου η μοναδική εμπλοκή στον διαγωνισμό, σχετίζεται απλώς με την παροχή εγγυήσεων ότι πράγματι θα συνδράμει τον προσφέροντα και θα τον στηρίξει τεχνικά ή/και χρηματοοικονομικά, εφόσον ανακηρυχθεί ανάδοχος, προκειμένου αυτός να ανταποκριθεί στην έντεχνη, προσήκουσα, άρτια και εμπρόθεσμη εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης που θα αναλάβει. Η έμμεση και μόνο δηλαδή

⁵⁸⁵ Σε αυτή τη λογική, βλ. και ΕΑ ΣτΕ 717/2012, σκέψη 4, η οποία έκρινε απερίφραστα ότι ο τρίτος, δανείζων εμπειρία φορέας, δεν εμπίπτει στο σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας που θεσπίζεται υπό το νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε κατά την έκδοση της απόφασης, βάσει του Ν. 3886/2010. Συνεπώς, στερείται εννόμου συμφέροντος να ασκήσει τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα, οικονομικός φορέας που δεν ενδιαφέρεται να μετάσχει ο ίδιος σε διαγωνισμό για την ανάθεση σε αυτόν συγκεκριμένης σύμβασης, αλλά απλώς παρέχει την εμπειρία του σε ενδιαφερόμενο να υποβάλλει προσφορά για την ανάληψη και εκτέλεση αυτής.

⁵⁸⁶ Πρβλ. και *Ι. Μαθιουδάκη*, ό.π., σελ. 198-211, παρ. 5.1-5.7, με μεγάλο σκεπτικισμό όμως απέναντι στον χαρακτηρισμό της ενοχικής σχέσης που συνδέει τον διαγωνιζόμενο με τον τρίτο φορέα που παρέχει τα αναγκαία μέσα προς αυτόν, ως «*υπο-σύμβασης*» της κύριας δημόσιας σύμβασης που συνάπτει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, ως τελικός ανάδοχος με την αναθέτουσα αρχή και επίσης ως προς την υποστηριζόμενη άποψη ότι με τη στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα, συντρέχει περίπτωση, έστω και οιοσδήποτε, διεύρυνσης των υποκειμενικών ορίων του διαγωνισμού. Την ίδια έννοια της «*υπο-σύμβασης*» αναπαράγει και φαίνεται να υιοθετεί και ο *Α. Γέροντας*, Η δάνεια εμπειρία, υπεργολαβία και η συμπλήρωση ή διευκρίνιση των προσφορών-Ανατροπές και αδιέξοδα, ΘΠΔΔ, Τεύχος 1/2023, σελ. 4, θεωρώντας περαιτέρω ότι η δάνεια εμπειρία, όπως και η υπεργολαβία συνιστούν αμφοτέρως εξαίρεση στον κανόνα της αυτοπρόσωπης εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Ο ανωτέρω εκπεφρασθείς σκεπτικισμός παραμένει και μάλιστα εντονότερος ως προς αυτές τις θέσεις.

συμμετοχή του τρίτου, περιορίζεται στο να διευκολύνει τον υποψήφιο ανάδοχο, παρέχοντάς του μέσα και πόρους που ο ίδιος δεν διαθέτει αυτοτελώς. Με τη νέα διατύπωση όμως, τουλάχιστον για τις περιπτώσεις που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της επίμαχης διάταξης, είναι δεδομένο ότι φαλκιδεύεται τόσο ο όρος «δάνεια» εμπειρία, όσο και η έννοια του «τρίτου» φορέα, αφού ο τελευταίος δεν θέτει απλώς στη διάθεση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα δικά του μέσα, αλλά αναλαμβάνει και μάλιστα *de jure* υποχρεωτικά, την εκτέλεση μέρους της σύμβασης αυτοτελώς⁵⁸⁷.

Σε συνέχεια λοιπόν των ανωτέρω σκέψεων, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, δεν θα «δανείζεται» απλά από τον τρίτο την εμπειρία του, αλλά ο τελευταίος θα έχει πολύ πιο ενεργό και άμεσο ρόλο στην εκτέλεση της σύμβασης, με τη σχέση που θα δημιουργείται μεταξύ των δύο (συμμετέχοντος και τρίτου) να προσομοιάζει, αν όχι να εμπίπτει απόλυτα, στην εννοιολογικό πεδίο της υπεργολαβίας⁵⁸⁸ ή αντίστοιχα της μερικής εκτέλεσης μιας σύμβασης, με σαφή και προδιατυπωμένο επιμερισμό των τμημάτων που θα εκτελεστούν, όπως συμβαίνει μεταξύ των μελών μιας κοινοπραξίας ή ένωσης. Ομοίως, κατά λογική αναγκαιότητα και ο χαρακτηρισμός του δανειζόντος φορέα ως «τρίτου», πρακτικά καταργείται, αφού κατ' εφαρμογή της υπό κρίση διάταξης, η επίκληση των προσόντων του υποστηρικτικού φορέα, θα γίνεται δεκτή από την αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού, μόνο εφόσον αυτός θα αναλάβει να εκτελέσει ο ίδιος, τμήμα της υπό ανάθεση σύμβασης. Το οξύμωρο σχήμα που δημιουργείται είναι παραπάνω από έκδηλο, ενώ προς επίρρωση του εξαχθέντος συμπεράσματος, αξίζει να αναφερθεί ότι σε μία τέτοια περίπτωση, ο αλλότριος αυτός φορέας, μόνο «τρίτος» δεν θα μπορεί να χαρακτηριστεί, αφού δεν είναι λίγες οι φορές που το τμήμα μιας σύμβασης, για το οποίο ο υποψήφιος ανάδοχος επικαλείται την τεχνική ικανότητα τρίτου, είναι και το μεγαλύτερο ή το σημαντικότερο για την εκτέλεση της σχετικής σύμβασης⁵⁸⁹.

Στην ίδια πάντα συλλογιστική, ανακύπτει επιπλέον το ακόλουθο ερώτημα. Κατά πόσο πλέον στο συγκεκριμένο σημείο και με βάση τη γραμματική ερμηνεία της διάταξης, διαπιστώνεται επικάλυψη του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» με τον αντίστοιχο της «υπεργολαβίας», όπως ο δεύτερος θα αναλυθεί στο επόμενο και τελευταίο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης. Ειδικά στις περιπτώσεις που η υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ. είναι υποχρεωτική για τον υπεργολάβο και παρά την ύπαρξη διαφορετικών εννοτήτων για τη δήλωση της δάνειας εμπειρίας σε σχέση με την υπεργολαβική ανάθεση

⁵⁸⁷ Έτσι και Θ. Ροζής, Παρατηρήσεις στη ΣτΕ 1553/2022-Ο πάροχος δάνειας εμπειρίας ως υπεργολάβος στις δημόσιες συμβάσεις, ΘΠΔΔ, Τεύχος 10/2022, σελ. 1142-1143.

⁵⁸⁸ Έτσι δέχονται μάλλον «αβασάνιστα» η ΑΕΠΠ 237/2018 και η ΑΕΠΠ 214-215/2020 σκέψη 3, όπου αναφέρει χαρακτηριστικά ότι ο τρίτος παρέχων στήριξη προς πλήρωση συγκεκριμένου κριτηρίου επιλογής θα πρέπει υποχρεωτικά να φέρει και την ιδιότητα του υπεργολάβου προκειμένου να μπορέσει σύννομα να παράσχει τις σχετικές υπηρεσίες, όπως στηρίζει επ' αυτών την προσφορά του ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος. Την ίδια λογική φαίνεται να ακολουθεί κατά βάση και η ΑΕΠΠ 362/2020, με ορθό μεν διατακτικό, αλλά με σύγχυση των ορίων μεταξύ δάνειας εμπειρίας και υπεργολαβίας, όπως άλλωστε η ΑΕΠΠ 1777/2021 και η ΕΑΔΗΣΥ 1227/2022, η οποία, ασχέτως της ορθής κρίσης της, στη σκέψη 29 απερίφραστα εξομοιώνει τον δανειζόντα εμπειρία με τον υπεργολάβο. Εξίσου εσφαλμένη η τεκμηρίωση και η τελική κρίση της ΕΑΔΗΣΥ 1322/2022 («μη νόμιμη και ανεπαρκής» κατά τη σκέψη 8 της ΔΕΦΑθ 1208/2023, με την οποία ορθά ακυρώθηκε).

⁵⁸⁹ Για όλους τους ανωτέρω προβληματισμούς, βλ. σχετικά και Μ. Σειραδάκη, Από τη *de lege ferenda* «δάνεια εμπειρία» στη *de lege lata* υπεργολαβία, «Δημόσιο Δίκαιο» Επιστημονικό Περιοδικό της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), έτος 2016 (1), Τεύχος 4 (Οκτώβριος-Δεκέμβριος), σελ. 535 επ.

σε τρίτο της εκτέλεσης μέρους μιας σύμβασης, ποιο είναι το κριτήριο που καθορίζει το ακριβές και ασφαλές όριο διάκρισης μεταξύ των δύο μορφών έμμεσης συμμετοχικής παρουσίας, ώστε να καθίσταται αφενός, ευχερώς διαπιστώσιμη και ελέγξιμη από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής η μορφή συνεργασίας μεταξύ των μερών, από την άλλη μεριά όμως, να είναι ξεκάθαρο και σαφές και για τους ίδιους τους οικονομικούς φορείς, με τί νομική μορφή τελικά, επιδιώκουν να ενδύσουν την επιχειρηματική τους σχέση⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ Την προκαλούμενη από την εξεταζόμενη διάταξη σύγκρουση, φαίνεται να ενισχύει και η υπό διάπλαση νομολογιακή τάση (βλ. ΕΑ ΣτΕ 170/2020 σκέψη 9 και ΣτΕ 1612/2022 σκέψη 7, αντίθετη και ορθή η κατά πλειοψηφία εκδοθείσα, ΔΕΦΑΘ 1127/2022, σκέψη 12), η οποία προκειμένου να αποφύγει τις σχετικές δημιουργούμενες τριβές και καθ' υπέρβαση της συνταγματικά κατοχυρωμένης αρχής της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης (άρθρο 5 παρ. 1 Συντ.) και της ειδικότερης στο ιδιωτικό δίκαιο αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων (άρθρο 361 ΑΚ), «βαφτίζει» υποχρεωτικά, τη μεταξύ του προσφέροντος και του τρίτου φορέα συνεργασία, ως «υπεργολαβία», ανεξάρτητα και παρά την αντίθετα εκπεφρασμένη βούληση των συμβαλλομένων μερών που επιλέγουν την οδό της «δάνειας εμπειρίας». Ειδικότερα, οριακές είναι οι πρόσφατες ΣτΕ 1552-1553/2022, οι οποίες στην πανομοιότυπη σκέψη 13 τους, έστω και με εν μέρει διαφορετική αιτιολογία, επικύρωσαν την ορθότητα της κρίσης της ΕΑΔΗΣΥ 703/2022 (σκέψη 3), όπως αυτή δέχτηκε σχετικό προβληθέντα λόγο προσφυγής οικονομικού φορέα, δυνάμει του οποίου έβαλε κατά της αποδοχής της προσφοράς ανταγωνιστή του, ο οποίος καίτοι είχε δηλώσει στο Ε.Ε.Ε.Σ. του ότι για την πλήρωση συγκεκριμένου κριτηρίου τεχνικής επάρκειας θα στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου, συνυποβάλλοντας και το αντίστοιχο Ε.Ε.Ε.Σ. του τελευταίου, αλλά και τη σχετική δέσμευση αυτού για τη διάθεση των σχετικών πόρων στον υποψήφιο ανάδοχο, εντούτοις ούτε στα υποβληθέντα Ε.Ε.Ε.Σ., ούτε σε άλλο έγγραφο της προσφοράς του, δηλώθηκε ότι η τρίτη υποστηρικτική (αλλοδαπή) οντότητα θα εκτελέσει η ίδια τις απαιτούμενες εργασίες μακροχρόνιας συντήρησης ως υπεργολάβος ούτε, άλλωστε, προσδιορίστηκε το τμήμα της σύμβασης που επρόκειτο να εκτελεσθεί υπεργολαβικά. Στην προκειμένη βέβαια περίπτωση, είναι γεγονός ότι αμφότερες οι κρίσεις της Ε.Α.Δ.Η.Σ.Υ., αλλά και του ΣτΕ ήταν σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας «ορθές», καθώς την εξίσωση του δανείζοντος εμπειρία που καλείται να εκτελέσει και τις εργασίες, για τις ικανότητες που θα παρείχε στον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, βάσει των οριζόμενων στο δεύτερο της παρ. 1 του άρθρου 307 του νόμου, πρόβλεπε ως υποχρεωτική, σχετικός όρος της διακήρυξης, ο οποίος ουδέποτε προσβλήθηκε από τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό και ως εκ τούτου, τον αποδέχθηκαν ανεπιφύλακτα με την κατάθεση της προσφοράς τους. Το περιεχόμενο αυτού του απίθανου όρου όριζε μεταξύ άλλων ότι: «Αποσαφηνίζεται ότι εάν ο διαγωνιζόμενος επικαλείται την ικανότητα υπεργολάβων του για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, οι υπεργολάβοι αυτοί θεωρούνται τρίτοι και ισχύουν τα παραπάνω.», ενεργοποιώντας τοιούτο τρόπο και για την επίκληση των τεχνικών δυνατοτήτων του τρίτου, όλες τις σχετικές προβλέψεις της διακήρυξης για την ορθή και σύννομη δήλωση του υπεργολάβου, με τις οποίες όμως η παρεμβαίνουσα επί της προδικαστικής προσφυγής και εν συνεχεία αιτούσα στην ανοιγείσα δίκη με την αίτηση ακύρωσης και αναστολής της, παρέλειψε να συμμορφωθεί και έτσι απορρίφθηκαν οι προβληθέντες ισχυρισμοί της. Αντίθετα, η ΕΑ ΣτΕ 170/2020, αντλώντας εσφαλμένα την αιτιολογία της από προηγούμενες αποφάσεις (πρβλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 196/2006 και ΑΠ 570/2007 και ΑΠ 119/2013) και κάνοντας χρήση του αντίστροφου νομολογιακού κανόνα ότι ο αληθής χαρακτήρας μίας έννομης σχέσης και η αναγνώριση του τύπου της εκάστοτε σύμβασης, επιφυλάσσεται πρωτοτύπως στο δικαστήριο, ακόμα και αν έχει χαρακτηριστεί από τα συμβαλλόμενα μέρη ως «υπεργολαβία», δέχτηκε, με αφετηρία τη διατύπωση του δεύτερου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 και προβαίνοντας σε διασταλτική ερμηνεία του επίμαχου όρου της διακήρυξης, ότι η ανάθεση της εκτέλεσης τμήματος της σύμβασης σε τρίτο δανείζοντα εμπειρία, συνιστά ουσιαστικά ανάθεση εκτέλεσης τμήματος υπό τη μορφή υπεργολαβίας, ανεξαρτήτως της ειδικότερης νομικής φύσης της σχέσης, βάσει της οποίας, ο τρίτος θα αναλάβει έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των σχετικών εργασιών. Έτσι, δέχτηκε συνεπακόλουθα ότι το τμήμα αυτό της σύμβασης θα πρέπει αναγκαστικά να προσδιορίζεται αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό (%) στην προσφορά του υποψηφίου αναδόχου κατά τον χρόνο κατάθεσής της. Στο ίδιο πλαίσιο ερμηνευτικών προβληματισμών βλ. και την Απόφαση ΔΕΕ της 26.01.2023, C-403/21, SC NV Construct SRL, ECLI:EU:C:2023:47 (σκέψεις 70-75), η οποία όχι μόνο έκανε σαφή διάστιξη μεταξύ δάνειας εμπειρίας και υπεργολαβίας, αλλά αναγνώρισε την ασυμβατότητα με το ενωσιακό δίκαιο, εθνικού κανόνα δικαίου που επιβάλλει τον αποκλεισμό συμμετέχοντος οικονομικού φορέα από διαγωνισμό, όταν ο τελευταίος δεν έχει ορίσει υπεργολάβο για την εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών, διευκρινίζοντας παράλληλα στην προσφορά του ότι οι επίμαχες εργασίες θα εκτελεστούν από έτερο φορέα, στις δυνάμεις του οποίου στηρίζεται με

Τονίζεται ότι η πράξη έχει αποδείξει ότι ήδη τα όρια μεταξύ δάνειας εμπειρίας και υπεργολαβίας παραμένουν δυσδιάκριτα και μάλλον θολά τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και τους υποψηφίους αναδόχους. Μια τέτοια νομοθετική πρόβλεψη λοιπόν, φαίνεται να επιτείνει την αβεβαιότητα γύρω από τα συναφή θέματα⁵⁹¹.

ν. *Περαιτέρω προϋποθέσεις προσφυγής στη δάνεια εμπειρία.*

Το τρίτο εδάφιο του εξεταζόμενου άρθρου, επίσης αποτυπώνει θεμελιακές και εμπειρωμένες εδώ και χρόνια αρχές για την εφαρμογή της δυνατότητας επίκλησης μέσων και πόρων, ξένων προς τον διαγωνιζόμενο, φορέων. Επιπλέον, η πρόβλεψη που εμπεριέχεται στο εδάφιο αυτό είναι διατυπωμένη κατά τρόπο που επιβεβαιώνει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται με αυτό, δεδομένου του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα, τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της πλήρωσης των ποιοτικών προϋποθέσεων του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης σύμβασης. Αναμφισβήτητα δε, η γενική διατύπωση του εν λόγω εδαφίου, σε συνδυασμό με την υπόλοιπη δομή που ακολουθεί το άρθρο 63 της οδηγίας (άρθρο 78 του νόμου)⁵⁹², επιβεβαιώνει τον διαμορφωθέντα κανόνα ότι δικαίωμα για την υποβολή προσφοράς ή την κατάθεση αίτησης συμμετοχής έχει κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης, απευθείας ή μέσω τρίτου, ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος – δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου – που τον διέπει και ανεξαρτήτως του εάν δραστηριοποιείται στην αγορά επί συστηματικής βάσεως ή μόνο ευκαιριακά, ή εάν επιδοτείται από κρατικούς πόρους ή όχι⁵⁹³. Σε κάθε περίπτωση, αυτό που πρέπει να αποδείξει και μόνο, στην αναθέτουσα

τη μορφή της δάνειας εμπειρίας, χωρίς όμως να συνδέεται με αυτόν με σύμβαση υπεργολαβίας. Προς τη σωστή κατεύθυνση μερίδα της θεωρίας, η οποία υιοθετώντας τα πορίσματα της εν λόγω απόφασης του ΔΕΕ υποστηρίζει ότι δεν μπορεί να επιβληθεί στις συνεργαζόμενες επιχειρήσεις, η σύναψη «υποχρεωτικής υπεργολαβίας», παραβιάζοντας την εκπεφρασμένη αντίθετη βούληση των μερών, *B. Πισμύρη*, Το ζήτημα της «υποχρεωτικής υπεργολαβίας» υπό τη σκοπιά της απόφασης ΔΕΕ της 26ης Ιανουαρίου 2023 επί της υπόθεσης C-403/21 (SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș), ΘΠΔΔ 7/2023, σελ. 818 και *B. Γιαννακού-Μ. Πανταλού*, Ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβίας υπό το πρίσμα των πρόσφατων νομολογιακών εξελίξεων, ΘΠΔΔ, Τεύχος 11/2023, σελ. 1166. Το ίδιο φαινόμενο πάντως, «δημιουργικής» ερμηνευτικής παρέμβασης στον χαρακτηρισμό μιας συμβατικής σχέσης του προσφέροντος με τρίτη οντότητα, έχει διαπιστωθεί και στο παρελθόν (βλ. ΕΑ ΣτΕ 114-115/2019 σκέψη 15 και σκέψεις 17 και 20 αντίστοιχα και ΕΑ ΣτΕ 72/2020 σκέψη 18), σε περιπτώσεις που ο εκάστοτε δικαστικός σχηματισμός δεν μπορούσε να ερμηνεύσει με άλλο τρόπο την απαίτηση πλήρωσης συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών ή κατοχής ορισμένων πιστοποιήσεων από το εργοστάσιο κατασκευής των προσφερόμενων ειδών, όταν ο συμμετέχων οικονομικός φορέας δεν ήταν ο ίδιος και κατασκευαστής και άρα δεν διέθετε ο ίδιος τέτοιο εργοστάσιο, εξομοιώνοντας περιπτώσεις που μάλλον ενέπιπταν στο εννοιολογικό πλαίσιο του απλού «προμηθευτή» του διαγωνιζόμενου με τον δανείζοντα αυτόν, εμπειρία, απαιτώντας συνεπακόλουθα, καθ' υποχρεωτικότητα την υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ. και για τον τελευταίο (έτσι εσφαλμένα και ΕΑΔΗΣΥ 375/2023 σκέψη 9). Αντίθετες και ορθές οι ΕλΣυν Τμήμα VII 886/2023, ΕλΣυν Τμήμα VII 1159/2023, ΕλΣυν Τμήμα VII 1638/2023, ΔΕΦΑθ 1002/2023 και η πολύ πρόσφατη 578/2023 Πράξη του Ε' Κλμακίου του ΕλΣυν.

⁵⁹¹ Βλ. σχετικά και ΑΕΠΠ 338/2020 σκέψη 26.

⁵⁹² Παρεμφερής, αλλά χωρίς ουσιαστικές νοηματικές αποκλίσεις και το αντίστοιχο εδάφιο του άρθρου 307 παρ. 1 του νόμου και του άρθρου 79 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

⁵⁹³ Βλ. σχετικά και Απόφαση ΔΕΕ της 23.12.2009, C-305/08, *Conorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)*, ECLI:EU:C:2009:807 (σκέψη 42).

αρχή ο ενδιαφερόμενος να κάνει χρήση των πόρων τρίτων οντοτήτων, φορέας, είναι ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα επικαλούμενα μέσα που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης.

Κατά την ίδια έννοια, τα άκρα όρια που έχει θέσει η νομολογία του Δικαστηρίου για τη νόμιμη κάλυψη των αναγκαίων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, είναι ότι η προσφυγή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων. Πράγματι, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να προβεί σε ουσιαστικό έλεγχο της καταλληλότητας και της εν γένει ικανότητας του τρίτου, μέσω της υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του, οπότε και επί τη βάση των περιεχόμενων σε αυτό δηλώσεων θα ελεγχθεί στο πρόσωπό του η πλήρωση των τεθέντων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού κατά τα άρθρα 73 και 74 του Ν. 4412/2016⁵⁹⁴. Η επαλήθευση αυτή, σκοπεί ιδίως στο να διασφαλίσει η αναθέτουσα αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά, όντως έχει στη διάθεσή του τα μέσα των τρίτων που επικαλείται και έχει πράγματι αντικειμενική δυνατότητα να κάνει χρήση αυτών για το χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης⁵⁹⁵. Στο ίδιο εδάφιο, εντάσσεται και ενσωματώνεται και η πάγια κρίση του ΔΕΕ ότι δεν είναι δυνατός ο αποκλεισμός της προσφοράς οικονομικού φορέα, ο οποίος στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων για να καλύψει τα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής για την εκτέλεση της σύμβασης, εκτός και αν ο ίδιος – με το βάρος απόδειξης, όπως έχει ήδη ειπωθεί να βαρύνει αυτόν – αδυνατεί να τεκμηριώσει έναντι της αναθέτουσας αρχής την πραγματική δυνατότητα χρήσης των επικαλούμενων πόρων⁵⁹⁶. Η αναθέτουσα αρχή από την πλευρά της, περιορίζεται να εξετάσει και να διαπιστώσει κατά πόσο τα μέσα που επικαλείται ο συμμετέχων οικονομικός φορέας είναι πρόσφορα και ικανά, ώστε να καταστήσουν αυτόν αξιόπιστο από τεχνικής και χρηματοδοτικής άποψης, να αναλάβει την εκτέλεση της σύμβασης που διεκδικεί⁵⁹⁷.

Εξακολουθώντας στο ίδιο πλαίσιο, ο έλεγχος της καταλληλότητας και της ελάχιστης ποιοτικής στάθμης του τρίτου φορέα, μέσω του Ε.Ε.Ε.Σ. που υποβάλλει, με

⁵⁹⁴ Πρβλ. για τον έλεγχο της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και στο πρόσωπο του τρίτου φορέα, ως ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη νόμιμη επίκληση των μέσων τρίτης οντότητας και μάλιστα κατά αναγκαστικό δίκαιο, ακόμα και αν δεν μνημονεύεται ρητά στο περιεχόμενο της οικείας διακήρυξης, ενδεικτικά ΕλΣυν Τμήμα VI 221/2006, 1860/2009, 2197/2011, 220/2011, 929/2013 και 1790/2016 και 1068/2018, όπως επικύρωσε την ορθότητα της κρίσης της 153/2018 Πράξης του Ζ' Κλιμακίου. Βλ. και *I. Ζαχαράκη*, Ο θεσμός «Δάνεια Εμπειρία», ΔιΔικ 5/2021, σελ. 761-767.

⁵⁹⁵ Απόφαση ΔΕΕ της 12.07.2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, ECLI:EU:C:2001:401 (σκέψεις 90-92), Απόφαση ΔΕΕ της 02.12.1999, C-176/98, *Holst Italia SpA*, ECLI:EU:C:1999:593 (σκέψεις 24-31), πρβλ. Απόφαση ΔΕΕ της 18.12.1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep NV II*, ECLI:EU:C:1997:636 (σκέψεις 13-14) και ΣτΕ 3306/1991. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 896/2009.

⁵⁹⁶ Απόφαση ΔΕΕ της 18.03.2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner*, ECLI:EU:C:2004:159, Απόφαση ΔΕΕ της 14.04.1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV*, ECLI:EU:C:1994:133 (σκέψη 15), αλλά και ΕΑ ΣτΕ 226/2013, 284/2013, 409/2013.

⁵⁹⁷ Πρβλ. την πολύ ενδιαφέρουσα και ορθή κατά την εκτίμηση του γράφοντος κρίση της ΔΕφΠατρ 107/2020, σκέψεις 9-10, για τη δυνατότητα προσμέτρησης της προηγούμενης εμπειρίας ατομικής επιχείρησης σε κατά μετατροπή νεοσυσταθείσα Ανώνυμη Εταιρεία (Α.Ε.), όπως η τελευταία δάνεισε την τεχνική της ικανότητα σε συμμετέχοντα σε διαγωνισμό, οικονομικό φορέα, καθώς θεωρήθηκε ότι η εισφορά του συνόλου των περιουσιακών στοιχείων της ατομικής επιχείρησης, όπως εξάλλου και κάθε άλλου στοιχείου αυτής, στο νέο νομικό πρόσωπο, ανεξαρτήτως του αν κατονομάζεται ρητά στην εκτιμητική έκθεση, καθιστά αυτήν οιονεί καθολικό διάδοχο της μετατρεπόμενης ατομικής επιχείρησης, με συνέπεια, να προσμετράται στην εμπειρία της νέας εταιρείας και η κτηθείσα προηγούμενη εμπειρία της ατομικής επιχείρησης.

τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις, όπως ελέγχεται και ο προσφέρων, τον οποίο συνδράμει, συνιστά αναγκαία συνέπεια της έμμεσης μεν συνεισφοράς του τρίτου για τη στήριξη της υποβληθείσας προσφοράς, πλην αυτοτελώς αξιολογητέας και ελεγκτέας ως ισότιμο μέσο πλήρωσης των τεθέντων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής⁵⁹⁸. Η υιοθέτηση της ερμηνευτικής αυτής εκδοχής της υπό κρίση διάταξης, ενισχύεται και από την παραδοχή ότι η στήριξη στις ικανότητες τρίτης επιχείρησης ενός οικονομικού φορέα, στο πρόσωπο του οποίου δεν συντρέχει αυτοτελώς η πλήρωση της οικονομικής- χρηματοοικονομικής επάρκειας και των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων που απαιτεί η διακήρυξη, δεν μπορεί καταληκτικά να οδηγεί σε αλλοίωση ή μερικότερο έλεγχο της διαπίστωσης της συνδρομής των εν λόγω όρων, κατά το στάδιο αξιολόγησης της εκ μέρους του κάλυψης των αντίστοιχων κριτηρίων. Σε διαφορετική περίπτωση, η χρήση της δάνειας εμπειρίας θα παρείχε σε διαγωνιζόμενο που κάνει χρήση αυτής, αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, λειτουργώντας παράνομα και σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων, διευκολύνοντας τη συμμετοχή του, καίτοι ο ίδιος μεμονωμένα δεν θα μπορούσε εξ αρχής να λάβει μέρος στον διαγωνισμό με την υποβολή νομότυπης προσφοράς. Με άλλα λόγια, είτε συμμετέχει ένας οικονομικός φορέας αυτόνομα είτε με επίκληση δάνειας εμπειρίας τρίτου φορέα, οφείλει η πλήρωση των κριτηρίων του συνολικού ποιοτικού του επιπέδου να ελέγχεται και να διαπιστώνεται με το ίδιο μέτρο κρίσης και βάσει αξιολόγησης των ίδιων μέσων τεκμηρίωσης.

vi. Η υποχρεωτική υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ. και για τον τρίτο φορέα.

Σε συνέχεια της ανωτέρω ανάλυσης, από την αδιάστικτη διατύπωση του τέταρτου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 (αντίστοιχο άρθρο 63 παρ. 1 εδάφιο τρίτο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σε συνδυασμό με τα άρθρα 59, 60 και 61 αυτής)⁵⁹⁹, καθίσταται απολύτως σαφές ότι προκειμένου να ελεγχθεί η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού για την τρίτη οντότητα που δανείζει την εμπειρία της σε προσφέροντα, με τους ίδιους όρους όπως και για τον

⁵⁹⁸ Βλ. ενδεικτικά τη ΣτΕ 1904/2020 που δέχτηκε ότι μη νόμιμα η αιτούσα ένωση οικονομικών φορέων δεν προσκόμισε για τους μηχανικούς, στις ικανότητες των οποίων στηριζόταν, πιστοποιητικό περί μη υπαγωγής τους σε διαδικασία εξυγίανσης, χωρίς να αρκούν τα πιστοποιητικά εγγραφής αυτών στα οικεία επαγγελματικά μητρώα, δεδομένου ότι η υποχρέωση προσκόμισης πιστοποιητικού περί μη υπαγωγής σε διαδικασία εξυγίανσης καταλάμβανε, βάσει των ρητών όρων της διακήρυξης που δεν διέκρινε περαιτέρω, όλους τους οικονομικούς φορείς, αλλά και τους τρίτους που παρέχουν τα μέσα τους στους υποβάλλοντες προσφορά διαγωνιζόμενους για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και μάλιστα, ανεξαρτήτως εάν έχουν ή όχι εμπορική ιδιότητα. Το ίδιο δέχτηκε η εν λόγω απόφαση ότι ισχύει και στην περίπτωση των φυσικών προσώπων που ασκούν ελευθέριο επάγγελμα, για τα οποία εκδίδεται σχετικό πιστοποιητικό του αρμόδιου πρωτοδικείου και δεν μπορεί να ανακληρωθεί με ένορκη βεβαίωση. Έτσι και ΔΕφΑθ 1685/2022, σκέψεις 8-10, όπως επικύρωσε την ορθότητα της κρίσης της ΑΕΠΠ Σ1656-1657/2021.

⁵⁹⁹ Για τις διαδικασίες ανάθεσης που εμπύπτουν στο Βιβλίο ΙΙ του Ν. 4412/2016, η σχετική υποχρέωση προκύπτει από τη συνδυαστική ανάγνωση των παρ. 1 και 2 του άρθρου 308 και των παρ. 1 και 2 του άρθρου 307 του νόμου και πάλι κατά μεταφορά των προβλέψεων της παρ. 3 του άρθρου 80 και της υποπαρ. 2 της παρ. 1, καθώς και της υποπαρ. 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

τελευταίο⁶⁰⁰, οφείλει και η ίδια να υποβάλλει υποχρεωτικά Ε.Ε.Ε.Σ.⁶⁰¹. Αυτό συνάγεται άνευ άλλου τινός από τη συνδυαστική ανάγνωση του τέταρτου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 που παραπέμπει μεταξύ άλλων, στο άρθρο 79 περί Ε.Ε.Ε.Σ.⁶⁰², το οποίο με τη σειρά του, ορίζει πέραν πάσης αμφιβολίας στην παρ. 1 αυτού ότι: «Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς.»⁶⁰³.

⁶⁰⁰ Πρβλ. και το τρίτο εδάφιο της αιτιολογικής σκέψης 84 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αλλά και την Απόφαση ΔΕΕ της 03.06.2021, C-210/20, *Rad Service Srl Unipersonale κλπ.*, ECLI:EU:C:2021:445 (σκέψη 31). Εξίσου σαφείς και ξεκάθαρες οι αναφορές σχετικά με την υποχρέωση υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. στο δέκατο έβδομο, δέκατο όγδοο και δέκατο ένατο εδάφιο του Παραρτήματος 1 με τίτλο «Οδηγίες» του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7, όπως τροποποιήθηκε με το διορθωτικό C/2018/0225, όπου ορίζεται ότι: «Ένας οικονομικός φορέας που συμμετέχει μεμονωμένα και ο οποίος δεν στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής, πρέπει να συμπληρώνει ένα ΕΕΕΣ.

Ένας οικονομικός φορέας που συμμετέχει μεμονωμένα αλλά στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων πρέπει να μεριμνά ώστε η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας να λαμβάνει το δικό του ΕΕΕΣ μαζί με χωριστό ΕΕΕΣ όπου παρατίθενται οι σχετικές πληροφορίες (14) για κάθε έναν από τους φορείς στους οποίους στηρίζεται.

Τέλος, όταν σε μια διαδικασία σύναψης σύμβασης συμμετέχουν από κοινού ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων προσωρινών συμπράξεων, πρέπει να δίδεται για καθέναν συμμετέχοντα οικονομικό φορέα χωριστό ΕΕΕΣ, στο οποίο παρατίθενται οι πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τα μέρη II έως V.». Πρβλ. και την Απόφαση ΔΕΕ της 10.11.2022, C-631/21, *Taxi Horn Tours BV*, ECLI:EU:C:2022:869 (σκέψη 42).

⁶⁰¹ Πραγματικά ακατάληπτη και ολοκληρωτικά εσφαλμένη η ΔΕφΚομ 77/2021, η οποία έκανε δεκτό ισχυρισμό αιτούσας εταιρείας κατά της υπ' αριθμ. 971/2020 απόφασης της ΑΕΙΠΠ, με την οποία είχε απορριφθεί η προσφορά της, λόγω μη προσκόμισης του Ε.Ε.Ε.Σ. για την τρίτη επιχείρηση, στις ικανότητες της οποίας προτίθετο να στηριχθεί, με το αιτιολογικό ότι οι επίμαχες διατάξεις της διακήρυξης, δεν μνημονεύουν ρητή υποχρέωση υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του τρίτου, ενώ αυτή η, κατά το δικαστήριο, ελλείπουσα στο κείμενο της διακήρυξης, υποχρέωση δεν μπορεί να αναπληρωθεί με τη γενική μνεία που γίνεται στο θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι δεν συνιστά ρητή και ειδική παραπομπή σε διάταξη, ικανή να θεμελιώσει τέτοια υποχρέωση για τον τρίτο (σκέψη 13). Έτσι η αίτηση ακύρωσης έγινε με *contra legem* ερμηνεία, δεκτή και ακυρώθηκε η σχετική απόφαση της ΑΕΙΠΠ κατά το μέρος που έκρινε άλλως. Εξίσου εσφαλμένη και η ΔΕφΤριπ 69/2022, η οποία με παντελώς πλημμελή αιτιολογία ακύρωσε την απολύτως ορθή κρίση της υπ' αριθμ. 1660/2021 Απόφασης της ΑΕΙΠΠ, δεχόμενη και αυτή ότι η υποχρέωση προσκόμισης Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του τρίτου, δεν μπορούσε να συναχθεί από ρητούς και σαφείς όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού.

⁶⁰² Βλ. αντίστοιχα και το άρθρο 59 παρ. 1 εδάφιο δεύτερο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

⁶⁰³ Διάταξη που υπήρχε ήδη από την αρχική μορφή του άρθρου, ενώ παγίως γινόταν δεκτή η σχετική υποχρέωση και από τη νομολογία. Βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 204/2019, 114-115/2019, ΕΑ ΣτΕ 42/2020, ΔΔικ 2020, 695, ΕΑ ΣτΕ 72/2020, ΕΑ ΣτΕ 15/2021, ΣτΕ 421/2020, ΣτΕ (Ολομ.) 1819/2020 και ΣτΕ 1647/2022. Πρβλ. ΔΕφΑθ 1384/2022, σκέψεις 7-9 και τη μάλλον οριακή κρίση της ΔΕφΑθ (Αναστ.) 287/2017, η οποία δέχτηκε ότι όταν ο υποψήφιος δεν είναι ιδιοκτήτης ο ίδιος των μηχανημάτων-οχημάτων που απαιτούνται για την κάλυψη του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, οφείλει να προσκομίσει μόνο τα αποδεικτικά στοιχεία της νόμιμης κατοχής αυτών και όχι και τα δικαιολογητικά που απαιτούνται ειδικώς και μόνο στην περίπτωση κατά την οποία ο υποψήφιος αποφασίζει να κάνει χρήση της ικανότητας άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης για την πλήρωση των οριζόμενων στα άρθρα 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης κριτηρίων, ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά του και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητά του. Εφόσον λοιπόν βάσει ιδιωτικών συμφωνητικών μίσθωσης, διέθετε ήδη ο ίδιος ο προσφέρων ως κάτοχος ορισμένα από τα αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης, μηχανήματα-οχήματα, τα οποία πράγματι περιέγραφε στο δικό του Ε.Ε.Ε.Σ. και στην τεχνική προσφορά που υπέβαλε, δεν ήταν υποχρεωμένος να προσκομίσει Ε.Ε.Ε.Σ. και για τον τρίτο, ιδιοκτήτη των εν λόγω μηχανημάτων-οχημάτων. Επίσης, προβληματική ήταν η ΕλΣυν Πράξη 57/2018 του ΣΤ' Κλιμακίου, η οποία παρά το γεγονός ότι αναγνώρισε κατ' αρχήν την υποχρέωση του τρίτου φορέα, να υποβάλλει ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ., εντούτοις στην κρινόμενη περίπτωση, αποφάσισε ότι κωλύεται η υπογραφή σύμβασης ανάθεσης προμήθειας, λόγω

Ωστόσο, εάν για το ζήτημα της υποχρεωτικής υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. και εκ μέρους του τρίτου δεν γεννάται αμφιβολία, ανέκυψε – παραδόξως κατά την εκτίμηση του γράφοντος – διχογνωμία στη νομολογία, σχετικά με την υποχρέωση ψηφιακής υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ. από τον δανείζοντα εμπειρία, με τις απόψεις επί του ζητήματος να δίστανται⁶⁰⁴. Οι αποφάσεις που υιοθετούν την πρώτη άποψη, η οποία απαιτεί το Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου φορέα να υπογράφεται ψηφιακά, στηρίζονται στην ακόλουθη κατά βάση αιτιολογία. Εκτιμούν ότι όταν γίνεται επίκληση των δυνατοτήτων τρίτων οντοτήτων και λαμβανομένου υπόψη ότι αυτοί υποχρεούνται να υποβάλλουν αυτοτελώς Ε.Ε.Ε.Σ., τότε για την ταυτότητα του νομικού λόγου, πρέπει το τελευταίο να φέρει ψηφιακή υπογραφή, όπως ακριβώς απαιτείται και για τον ίδιο τον συμμετέχοντα, δεδομένου ότι οι δανείζοντες εμπειρία φορείς, βρίσκονται κατ' ουσίαν, όσον αφορά την πραγμάτωση του σκοπού του προκηρυσσόμενου αντικειμένου, στην ίδια θέση με αυτή του προσφέροντος οικονομικού φορέα, αφού χωρίς τις δικές τους ικανότητες δεν θα ήταν δυνατή η συμμετοχή του στον διαγωνισμό με την υποβολή πλήρους και νομότυπης προσφοράς. Η εξίσωση της θέσης που λαμβάνει εντός του προσυμβατικού σταδίου, ο ίδιος ο υποβάλλων προσφορά οικονομικός φορέας και η τρίτη, επικουρική προς αυτόν, επιχείρηση, έρχεται σε ευθεία αντίθεση όχι μόνο με σειρά ρητών διατάξεων, αλλά και τον ίδιο τον πυρήνα της δάνειας εμπειρίας⁶⁰⁵, όπως ακριβώς στηρίζεται στη σαφή και αδιαπραγμάτευτη διάζευξη μεταξύ του ρόλου που αναλαμβάνουν ο προσφέρων και ο τρίτος και περαιτέρω, των απολύτως διακριτών έννομων συνεπειών που απορρέουν από αυτόν.

Όπως γίνεται αντιληπτό, η θέση αυτή συνιστά μία επικίνδυνη νομική ακροβασία, η οποία συνάγεται μόνο με υπερχειλή διασταλτική ερμηνεία, χωρίς να

πλημμέλειας στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα, ο οποίος είχε παραλείψει να υποβάλλει Ε.Ε.Ε.Σ. αυτοτελώς και για τον τρίτο στις δυνάμεις του οποίου δήλωνε ότι θα στηριχθεί. Το οικείο Κλιμάκιο, θεωρώντας ότι η προς ανάθεση σύμβαση ήταν αποκλειστικά προμήθειας οχημάτων και όχι μεικτή, περιλαμβάνοντας δηλαδή και παροχή υπηρεσιών τεχνικής υποστήριξης των οχημάτων, με την τελευταία σε κάθε περίπτωση να τίθεται ως κριτήριο ανάθεσης και να βαθμολογείται στο στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς, έκρινε ότι η επίμαχη παροχή υπηρεσιών δεν ενέπιπτε στα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και άρα εννοιολογικά δεν διεπόταν από το ρυθμιστικό πλαίσιο του άρθρου 78 του νόμου, με συνέπεια να μην μπορεί να τύχει δανεισμού από τρίτο και με αυτό το σκεπτικό, δέχτηκε ότι δεν ήταν αναγκαία η υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ. από τον φορέα που θα παρείχε τις εν λόγω υπηρεσίες. Για τον λόγο αυτό, ορθά ανακλήθηκε με την ΕλΣυν Τμήμα VI 844/2018.

⁶⁰⁴ *Ad hoc* επί του ζητήματος ΑΕΠΠ 96/2017, δεχόμενη ωστόσο στη σκέψη 10 αυτής και έτερες πλημμέλειες στα υποβληθέντα Τ.Ε.Υ.Δ. των τρίτων φορέων που καθιστούσαν αυτά μη νόμιμα, ανεξαρτήτως της μη ψηφιακής υπογραφής τους, όπως η απόφαση αυτή επικυρώθηκε με την ΔΕφΑθ (Αναστ.) 136/2018, ΑΕΠΠ 208/2017, ΑΕΠΠ 231/2017, ΑΕΠΠ 246/2017, ΑΕΠΠ 30/2018, ΑΕΠΠ 40/2018 και ΔΕφΠατρ (Αναστ.) 33/2021 που υποστηρίζουν ότι η ψηφιακή, ήτοι η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του Ε.Ε.Ε.Σ. είναι υποχρεωτική και για τον τρίτο δανείζοντα εμπειρία. Αντίθετες οι ΑΕΠΠ 775/2018 σκέψεις 39-42, ΑΕΠΠ 566/2019 σκέψεις 33-37, ΑΕΠΠ 701/2021 σκέψεις 25-34 και ΑΕΠΠ 845/2021 σκέψη 12, ενώ στην ίδια γραμμή κινούνται οι ΔΕφΠατρ (Αναστ.) 7/2018 και ΕλΣυν Τμήμα VI 234/2018 και 296/2018. Πρβλ. και την ορθή κρίση του ακυρωτικού σχηματισμού με τη ΣτΕ 568/2019 που σε συνέχεια της ΕΑ ΣτΕ 27/2018 (είχε εκδοθεί στο μεταξύ και η ΕΑ ΣτΕ 26/2018, η οποία απέρριπτε την ασκηθείσα αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ως απαράδεκτη λόγω του ότι στρεφόταν κατά πρακτικού που στερείτο εκτελεστότητας), ακύρωσε την προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα του διαγωνισμού, η οποία απέρριψε προσφορά οικονομικού φορέα με την αιτιολογία ότι το υποβληθέν από αυτόν Ε.Ε.Ε.Σ. δεν έφερε μονογράφες σε κάθε φύλλο αυτού.

⁶⁰⁵ Βλ. σχετικές αναφορές στην εισαγωγή του παρόντος κεφαλαίου.

βρίσκει έρεισμα ούτε σε ρητή πρόβλεψη⁶⁰⁶, ούτε στη δογματική προσέγγιση του πλέγματος των διατάξεων που διέπουν το επίμαχο ζήτημα ούτε φυσικά στην τελλολογία του σκοπού των συγκεκριμένων ρυθμίσεων. Ειδικότερα, όπως γινόταν δεκτό από τη νομολογία σχετικά με την υπογραφή υπευθύνων δηλώσεων⁶⁰⁷ που υποβάλλονται σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες και πριν την εισαγωγή του Ε.Ε.Ε.Σ., η υπεύθυνη δήλωση υφίσταται ως έγγραφο και συνεπώς, η εξ αυτής ευθύνη για την ακρίβεια των όσων δηλώνονται υπευθύνως στο κείμενό της αναλαμβάνεται από και δια της υπογραφής της⁶⁰⁸, ενώ τόσο η ημερομηνία της υπεύθυνης δήλωσης, όσο και η υπογραφή του εκδότη της αποτελούν ουσιώδη στοιχεία αυτής και επιβάλλεται να είναι συμπληρωμένα αμφότερα, ώστε η δήλωση να είναι έγκυρη⁶⁰⁹, χωρίς η ημερομηνία αυτή, η οποία αποτελεί εκ της φύσεώς της, ουσιώδες στοιχείο της υπεύθυνης δήλωσης,

⁶⁰⁶ Η εν λόγω εσφαλμένη κατά την άποψη του γράφοντος εκδοχή, αντιστρατεύεται και παραγνωρίζει τους ορισμούς που δίνει ο ίδιος ο νομοθέτης στο άρθρο 2 παρ. 1 περιπτώσεις 11)-13), αλλά και 43) του Ν. 4412/2016 που σαφώς αντιδιαστέλλουν τις διακριτές έννοιες του «οικονομικού φορέα» εν γένει, του «προσφέροντος», του «υποψηφίου» και του «αναδόχου» ή «εργολήπτη» ή «μελετητή» ή «προμηθευτή» ή «παρόχου υπηρεσιών», ενώ αγνοεί περαιτέρω το γεγονός ότι η υποχρέωση ψηφιακής υπογραφής των εγγράφων της προσφοράς, όπως προβλεπόταν στο άρθρο 15 με τίτλο «Υποβολή Προσφορών-Αιτήσεων Συμμετοχής» της υπ' αριθμ. 56902/215 Υ.Α. του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» (ΦΕΚ Β' 1924/02.06.2017) (πρβλ. και το άρθρο 12 «Υποβολή Προσφορών/Αιτήσεων συμμετοχής» της Κ.Υ.Α. 117384 των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης και Υποδομών και Μεταφορών «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» (ΦΕΚ Β' 3821/31.10.2017), με παρεμφερές περιεχόμενο), όπως αντικαταστάθηκε από την υπ' αριθμ. Κ.Υ.Α. 64233 των Υπουργών Ανάπτυξης και Επενδύσεων και Επικρατείας «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» (ΦΕΚ Β' 2453/09.06.2021) (πρβλ. και την Κ.Υ.Α. 166278 των Υπουργών Οικονομικών και Υποδομών και Μεταφορών και Επικρατείας «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» (ΦΕΚ Β' 2813/30.06.2021), όπως αντικατέστησε την Κ.Υ.Α. 117384), εντός των διατάξεων των οποίων (κυρίως άρθρα 13 και 14 για την Κ.Υ.Α. 64233 και 12 για την Κ.Υ.Α. 166278) δεν γίνεται σε κανένα σημείο αναφορά για υποχρέωση υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του τρίτου φορέα, ψηφιακά υπογεγραμμένου και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του συμμετέχοντος υποψηφίου.

⁶⁰⁷ Το Ε.Ε.Ε.Σ. πράγματι έχει τον χαρακτήρα υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 8 του Ν. 1599/1986 «Σχέσεις κράτους-πολίτη, καθιέρωση νέου τύπου δελτίου ταυτότητας και άλλες διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 75/11.06.1986), σύμφωνα και με τη ρητή διατύπωση του πρώτου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι: «...το οποίο ισodυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986...».

⁶⁰⁸ Βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 163/2010, 393/2010 και ΣτΕ 2017/2010.

⁶⁰⁹ Έτσι και ΕΑ ΣτΕ 234/2010. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 938/2007, ΕΑ ΣτΕ 736/2009. Κατά πάγια δε νομολογία, αν απαιτείται από τις οικείες διατάξεις και θεώρηση του γνησίου της υπογραφής του δηλούντος, η υπεύθυνη δήλωση πρέπει να είναι πλήρως συμπληρωμένη ήδη κατά το χρόνο της εν λόγω θεώρησης, αφού οποιαδήποτε διόρθωση, τροποποίηση, συμπλήρωση ή χρονολόγηση της υπεύθυνης δήλωσης μετά τη θεώρηση του γνησίου της υπογραφής θα αναιρούσε τον ίδιο το σκοπό της θεώρησης, που είναι η επίσημη βεβαίωση ότι η δήλωση προέρχεται στο σύνολό της από τον συγκεκριμένο συντάκτη. Ενδεικτικά ως προς το τελευταίο ζήτημα βλ. ΣτΕ 2017/2010, 1760/2011, ΕΑ ΣτΕ 234/2010, 347/2010, 393/2010 και ΕΑ ΣτΕ 198/2011, αλλά και ΔΕφΑθ 1169/2014, 355/2014.

να μπορεί να αναπληρωθεί από άλλα στοιχεία, όπως η ημερομηνία της θεώρησης του βεβαιούντος το γνήσιο της υπογραφής⁶¹⁰.

Ετέρωθεν, η ψηφιακή υπογραφή, η οποία επιτελεί κατά βάση την ίδια λειτουργία με την ιδιόχειρη, συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφοντα, είναι ικανή να καθορίσει ειδικά και αποκλειστικά την ταυτότητά του, δημιουργείται με μέσα, τα οποία ο υπογράφων μπορεί να διατηρήσει υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο και τέλος, συνδέεται με τα δεδομένα, στα οποία αναφέρεται, κατά τρόπο ώστε να μπορεί να εντοπισθεί οποιαδήποτε μεταγενέστερη αλλοίωση των εν λόγω δεδομένων⁶¹¹. Το αυτό συμπέρασμα εξάγεται και από την παρ. 2 του άρθρου 37 του νόμου, όπου στην περίπτωση β) ορίζεται ότι για την έγκυρη συμμετοχή σε διαγωνισμούς που προκηρύσσονται μέσω του Ν. 4412/2016, πρέπει να απαιτείται από τους συμμετέχοντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές, όπως ορίζονται στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014⁶¹².

Εξάλλου, όπως έχει κριθεί⁶¹³, με τον αποκλειστικό τρόπο ψηφιακής υπογραφής των εγγράφων που έχουν συνταχθεί από τον ίδιο τον υποβάλλοντα αυτά οικονομικό φορέα, αναλαμβάνεται, έναντι της αναθέτουσας αρχής, η ευθύνη για την αλήθεια και την ακρίβεια των περιεχόμενων δηλώσεων και υφίσταται βεβαιότητα ότι τα εν λόγω στοιχεία της προσφοράς προέρχονται πράγματι από το πρόσωπο που τα υπογράφει. Επομένως, δεν παρίστανται νομότυπα υποβαλλόμενα, τα έγγραφα που δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον υποψήφιο ανάδοχο και μόνο, ο οποίος σαφώς διακρίνεται από τον μη συμμετέχοντα αυτοτελώς ή από κοινού με άλλους, τρίτο φορέα που μόνο έμμεσα και μέσω απλώς της παροχής δικών του μέσων προς εκπλήρωση της σύμβασης από τον προσφέροντα, εντάσσεται στη διαγωνιστική διαδικασία χωρίς όμως άλλη εμπλοκή του. Ως εκ τούτου, μόνο τα έγγραφα που δεν υπογράφονται ψηφιακά (και μεταξύ αυτών και το Ε.Ε.Ε.Σ.) και φέρεται ότι συντάχθηκαν αποκλειστικά από τον ίδιο τον προσφέροντα, δεν δύναται να ληφθούν υπόψη προς εκπλήρωση της υποχρέωσης υποβολής τους⁶¹⁴. Έτι περαιτέρω όμως, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι είναι δυνατόν να δημιουργηθεί ασάφεια ως προς την απαίτηση ψηφιακής υπογραφής, η οποία εκτείνεται και στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υποβάλλεται κατά τον χρόνο ηλεκτρονικής κατάθεσης της προσφοράς και αφορά τρίτους οικονομικούς φορείς, η έλλειψη της τελευταίας, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι πλήττει τη νομιμότητα της συμμετοχής του οικονομικού φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία, μόνο όμως όταν δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία για την ταυτότητα και ιδιότητα των δηλούντων και το περιεχόμενο των δηλούμενων πληροφοριών⁶¹⁵.

⁶¹⁰ ΕΑ ΣτΕ 1285/2009.

⁶¹¹ Βλ. και ΔΕφΠατρ 39/2017.

⁶¹² Κανονισμός (ΕΕ) 910/2014 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23^{ης} Ιουλίου 2014 σχετικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης για τις ηλεκτρονικές συναλλαγές στην εσωτερική αγορά και την κατάργηση της οδηγίας 1999/93/ΕΚ (ΕΛ L 257/73 της 28.08.2014), σκοπός του οποίου όμως είναι απλώς να διασφαλιστεί ότι είναι δυνατή η ασφαλής ηλεκτρονική ταυτοποίηση και επαλήθευση της ταυτότητας για την πρόσβαση στις διασυνοριακές επιγραμμικές υπηρεσίες που προσφέρονται από τα κράτη μέλη.

⁶¹³ Βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 520/2019. Πρβλ. ΑΕΠΠ 118/2019 και 38/2020.

⁶¹⁴ *Ad hoc* ΔΕφΑθ (Αναστ.) 136/2018, σκέψη 15.

⁶¹⁵ Βλ. *ad hoc* ΕλΣυν Τμήμα VI 296/2018, ΑΕΠΠ 775/2018. Πρβλ. ΔΕφΠατρ (Αναστ.) 7/2018 και *a contrario* ΑΕΠΠ 679/2021.

Ειδικότερα, εφόσον το Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου δανείζοντος δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή του κατά τον νόμο υποχρεούνται να υπογράψει αυτό, αλλά φυσική (ιδιόχειρη), το γνήσιο της οποίας βεβαιώνεται από Κέντρο Εξυπηρέτησης Πολιτών (Κ.Ε.Π.) ή υπηρεσίες δημοσίου τομέα, όπως προβλέπεται στο άρθρο 11 του Ν. 2690/1999, θεωρείται ότι δεν πλήττεται η νομιμότητα της συμμετοχής του ίδιου του διαγωνιζόμενου στη διαγωνιστική διαδικασία, δεδομένου ότι δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία ούτε για το περιεχόμενο των δηλώσεων και των περιλαμβανόμενων σε αυτές πληροφοριών σχετικά με τον τρίτο οικονομικό φορέα, ούτε για την ταυτότητα και την ιδιότητα των δηλούντων. Υπό την ίδια έννοια, οι σχετικές αναφορές στο πλέγμα των διατάξεων που διέπουν το επίμαχο ζήτημα είναι σαφείς. Ένας τρίτος προς τον διαγωνισμό οικονομικός φορέας, στον οποίο δεν έχει χορηγηθεί αυτοτελώς δικαίωμα πρόσβασης, δεν δύναται να υποβάλλει και να διακινεί ο ίδιος και για λογαριασμό του, έγγραφα μέσω της «επικοινωνίας» του συστήματος και έτσι, κατά λογική και νομική αναγκαιότητα, η έννοια του οικονομικού φορέα στις διατάξεις του νόμου, αλλά και των σχετικών υπουργικών αποφάσεων (παλαιών και νέων), αναφέρεται προφανώς και αφορά αποκλειστικά τους ίδιους τους υποβάλλοντες προσφορά σε έναν διαγωνισμό οικονομικούς φορείς και όχι τις τρίτες, υποστηρικτικές αυτών, οντότητες, ανεξαρτήτως της σχέσης που τις συνδέει με τον υποψήφιο ανάδοχο. Στην ίδια λογική, ουδόλως μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι από τις ίδιες τις πραγματευόμενες διατάξεις ρυθμίζεται πράγματι αδιάστικτα και πέραν πάσης αμφιβολίας, ο τρόπος υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους ενός τρίτου, δανείζοντος εμπειρία, οικονομικού φορέα⁶¹⁶.

⁶¹⁶ Προς επίρρωση της υποστηριζόμενης εν προκειμένω άποψης, γίνεται μνεία σε πρόσφατες αποφάσεις (βλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 1745/2021 και ΔΕφΑθ 1110/2022), με τις οποίες διαπιστώνεται μία μεταστροφή ως προς την αυστηρή και *de lege lata* απαίτηση υποβολής των εγγράφων της προσφοράς του ίδιου του υποψήφιου αναδόχου, ψηφιακά υπογεγραμμένων, αφού, κατ' εξομοίωσή της με την ηλεκτρονική υπογραφή τους μέσω της πύλης www.gov.gr του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης, γίνεται δεκτό ότι καλύπτεται αυτή η υποχρέωση, δοθέντος ότι τα προσκομιζόμενα έγγραφα φέρουν την απαραίτητη ψηφιακή σήμανση (σκέψη 9 της πρώτης ως άνω απόφασης). Συναφώς, κρίθηκε με τη δεύτερη απόφαση, αν και με αντίθετη μειοψηφία, ότι ακόμα και η μη έγκυρη ψηφιακή υπογραφή των προσκομισθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής του προσφέροντος, λόγω του ότι δεν ήταν σε ισχύ κατά την ημερομηνία υπογραφής των εγγράφων, δεν συνεπάγεται άνευ άλλου τινός, απόρριψη της προσφοράς του, αλλά υπόκειται σε θεμιτή συμπλήρωσή της, θεωρούμενης της πλημμέλειας αυτής, ως τυπικής έλλειψης, υπό την έννοια του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, δυνάμει της οποίας θεμελιώνεται μάλιστα δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αιτηθεί τη σχετική διευκρίνιση και την άρση της πλημμέλειας αυτής εκ μέρους του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (σκέψεις 7-8 της δεύτερης μνημονευόμενης ανωτέρω απόφασης). Βάσει αυτών των κρίσεων και με επιχείρημα από το μείζον στο έλασσον, η αδικαιολόγητη εμμονή στην άποψη ότι είναι επί ποινή αποκλεισμού απαραίτητη η υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου φορέα, ψηφιακά υπογεγραμμένου, παρίσταται δογματικά και τελολογικά εσφαλμένη, ερμηνευτικά *contra legem* και πλέον, μέσα από τη διαφαινόμενη νομολογιακή προσέγγιση του υπό εξέταση ζητήματος, ασφαλώς υπερακοντίζουσα τον σκοπό του νομοθέτη. Σαφώς ξεκάθαρη είναι η αντιμετώπιση της περίπτωσης όπου μια τέτοια υποχρέωση εκ μέρους του τρίτου προβλέπεται ρητά από όρο της διακήρυξης (έτσι και ορθά ΔΕφΧαν 38/2023). Για την άμβλυνση της όποιας δημιουργούμενης διχογνωμίας, ενόψει του γεγονότος ότι πλέον προβλέπεται σε πανσπερμία νομοθετημάτων, σειρά μέσω ψηφιακής υπογραφής, τα οποία κατά βάση γίνονται αποδεκτά για τον έγκυρο τρόπο ηλεκτρονικής υποβολής και του Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου, διευκολύνοντας και απλοποιώντας την υπογραφή του από τον τελευταίο, βλ. *Μ. Οικονόμου*, Η «περιδίνηση» της υποχρεωτικότητας ηλεκτρονικής υποβολής ψηφιακά υπογεγραμμένων εγγράφων και προδικαστικών προσφυγών στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων υπό το φως της πρόσφατης νομολογίας και των αποφάσεων της ΑΕΠΠ, ΘΠΔΔ, Τεύχος 12/2022, σελ. 1350-1362.

Επιπρόσθετα, επισημαίνεται ότι η ιδιόχειρη υπογραφή με θεώρηση του γνησίου υπογραφής, επιτελεί κατά βάση την ίδια λειτουργία με την ψηφιακή υπογραφή, αφού, όπως η τελευταία συνδέει μονοσήμαντα το προσκομιζόμενο έγγραφο με τον υπογράφοντα αυτό, κατά τον ίδιο τρόπο η θεώρηση βεβαιώνει τα στοιχεία του υπογράφοντος, όπως αυτός θέτει την υπογραφή του επί του εν λόγω εγγράφου⁶¹⁷. Σε αμφότερες δε τις περιπτώσεις, δεν λαμβάνει χώρα κανένας έλεγχος της αλήθειας, νομιμότητας, εγκυρότητας ή ορθότητας του περιεχομένου του υπογραφόμενου εγγράφου ούτε επικυρώνεται το περιεχόμενό του. Εξάλλου, θα ήταν και συστηματικά παράδοξο, καίτοι ο θεσμός της «*δάνειας εμπειρίας*», με βάση και τα όσα εκτέθηκαν ως άνω, υπηρετεί ακριβώς τη διευκόλυνση της πρόσβασης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς, μία τυπολατρική και όλως φορμαλιστική προσέγγιση του υπό κρίση ζητήματος, η οποία άλλωστε δεν πηγάζει από καμία διάταξη, να αναιρεί την πραγματική δυνατότητα άσκησής του. Εν είδη παραδείγματος και μόνο, αναφέρεται ότι με αυτή την ερμηνευτική εκδοχή θα μπορούσε να στερηθεί ένας οικονομικός φορέας τη δυνατότητα να λάβει μέρος σε μία διαγωνιστική διαδικασία, στηριζόμενος σε μέσα που δεν κατέχει ο ίδιος, αλλά μία πχ. ακόμα μικρότερη, ατομική επιχείρηση, η οποία, είτε γιατί δεν λαμβάνει μέρος σε διαγωνιστικές διαδικασίες συστηματικά είτε γιατί απλώς ποτέ δεν χρειάστηκε να εκδώσει ψηφιακή υπογραφή, δεν μπορεί να υποβάλλει νομότυπα – κατά την ανωτέρω εκτεθείσα εσφαλμένη άποψη – αυτοτελώς Ε.Ε.Ε.Σ.

Όταν όμως από την ίδια τη νομολογία του ΔΕΕ, τη *ratio legis* των νέων ρυθμίσεων, αλλά και την ίδια την τελλολογία τους, αναδεικνύεται σε κομβικής σημασίας, η απαγόρευση εισαγωγής αθέμιτων, δυσανάλογων και άσχετων με τη φύση και το αντικείμενο του διαγωνισμού, περιορισμών στη δυνατότητα που έχει ένας οικονομικός φορέας να επικαλεστεί τα μέσα τρίτης οντότητας για την κάλυψη των απαιτούμενων κριτηρίων επιλογής και δη για λόγους ουσιαστικούς, πως είναι δυνατόν να υποστηρίζεται βάσιμα ότι η εισαγωγή ενός οριζόντιου, *a priori* τιθέμενου και ανυπέρβλητου περιορισμού, καθαρά τυπικής φύσης, συμβαδίζει με το ενωσιακό δίκαιο ή ότι επιτυγχάνει λυσιτελώς το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, λαμβάνοντας μέριμνα και για τις ΜΜΕ; Ακροτελεύτιο όριο φυσικά στην όλη συλλογιστική αποτελεί η ρητή πρόβλεψη μιας τέτοιας απαίτησης στο κείμενο της διακήρυξης ενός διαγωνισμού, η οποία προφανώς αν δεν προσβληθεί επικαίρως, αναγκαστικά δεσμεύει τους οικονομικούς φορείς που θα υποβάλλουν προσφορά και σαφώς και την ίδια την αναθέτουσα αρχή. Με τη συζήτηση πάντως της συλλήβδην αντίθεσης ενός τέτοιου όρου σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις και στο ενωσιακό δίκαιο και άρα της ακυρότητας αυτού, να παραμένει ανοιχτή.

⁶¹⁷ Στην ίδια λογική, βλ. και άρθρο 15 του Ν. 4727/2020 «Ψηφιακή Διακυβέρνηση (Ενσωμάτωση στην Ελληνική Νομοθεσία της Οδηγίας (ΕΕ) 2016/2102 και της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1024) - Ηλεκτρονικές Επικοινωνίες (Ενσωμάτωση στο Ελληνικό Δίκαιο της Οδηγίας (ΕΕ) 2018/1972) και άλλες διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 184/23.09.2020), αλλά και ΣτΕ 892/2022, 893/2022 και 898/2022, όπως επικύρωσαν την ορθότητα της κρίσης της Α.Ε.Π.Π. στις αποφάσεις 274/2022, 226/2022 και 287/2022 αντίστοιχα, κρίνοντας ότι για ιδιωτικά ηλεκτρονικά έγγραφα, τα οποία πρέπει να υπογράφονται με εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή από τους υποψηφίους φορείς, δεν απαιτείται η θέση και εγκεκριμένης ηλεκτρονικής χρονοσφραγίδας, εκτός αν αυτό προβλέπεται ειδικώς από τη διακήρυξη.

vii. *Δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου φορέα.*

Ένας από τους πλέον ρηξικέλευθους νεωτερισμούς στην αρχιτεκτονική της νέας διάταξης, διαπιστώνεται στα εδάφια 4-6 τόσο του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όσο και στην αντίστοιχη μεταφορά του στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016⁶¹⁸. Μάλιστα, η σχετική δυνατότητα αντικατάστασης αποτελεί στροφή 180 μοιρών σε σχέση με τα γενόμενα δεκτά υπό το προηγούμενο καθεστώς, όπου ελλείπει ρητής νομοθετικής ρύθμισης, το Δικαστήριο είχε σε τουλάχιστον δύο περιπτώσεις, αρνηθεί την αναγνώριση μιας τέτοιας ευχέρειας του οικονομικού φορέα, αντλώντας επιχειρήματα από τις αντίστοιχες κρίσεις του σε θέματα παροχής αθέμιτων διευκρινίσεων της προσφοράς του διαγωνιζόμενου⁶¹⁹. Σκοπός της υποβολής χωριστού Ε.Ε.Ε.Σ. από την τρίτη οντότητα, στις δυνάμεις της οποίας θα στηριχθεί ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, προκειμένου να καλύψει τις ποιοτικές απαιτήσεις συμμετοχής του στον διαγωνισμό, είναι όπως ήδη εκτέθηκε και ανωτέρω, ο έλεγχος της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και από τον ίδιο, καθώς και η διαπίστωση της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του, υπό τους αυτούς όρους και προϋποθέσεις, όπως ελέγχονται και για τον ίδιο τον προσφέροντα.

Κατά την έννοια αυτή, βάσει της γραμματικής διατύπωσης της διάταξης, η διαπίστωση ότι δεν πληρούται συγκεκριμένο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, βάσει του ελέγχου που διεξάγεται, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81 του Ν. 4412/2016, στο πρόσωπο ενός τρίτου, δανείζοντος εμπειρία, φορέα, οδηγεί αναπόδραστα σε υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, να απαιτήσει από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει τον τρίτο, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται και μάλιστα κατά δέσμια αυτής αρμοδιότητα⁶²⁰. Η επίμαχη διάταξη⁶²¹ καθιερώνει περαιτέρω, υποχρεωτικούς λόγους αντικατάστασης του τρίτου, εκτός από την περίπτωση που

⁶¹⁸ Η σχετική δυνατότητα αντικατάστασης του αρχικά δηλωθέντος τρίτου φορέα, προβλέπεται πλέον ρητά και στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 308, μετά την αντικατάσταση του εν λόγω άρθρου με το άρθρο 22 περίπτωση 58) του Ν. 4441/2016, κατ' εφαρμογή των οριζομένων στην υποπαρ. 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

⁶¹⁹ Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις του ΔΕΕ στις υποθέσεις C-387/14 και C-223/16, αλλά και τη σφοδρή κριτική που είχε ασκηθεί στην όλως φορμαλιστική αυτή κρίση του, όπως αναφέρεται και ανωτέρω στις υποσημειώσεις 488 και 489.

⁶²⁰ Έτσι ορθά ΕΑ ΣτΕ 15/2021, σκέψεις 13-14, 17 και 28, ΣτΕ 1647/2022, σκέψεις 10-11, 14 και 23 και ΔΕφΑθ 996/2022 σκέψεις 7 και 8, όλες με εφαρμογή του άρθρου 308 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι οι ένδικες περιπτώσεις αφορούσαν διαγωνισμούς που διεξήγαγαν αναθέτοντες φορείς και εφαρμοστέο ήταν το Βιβλίο ΙΙ του νόμου. Με ορθή εφαρμογή των σχετικών διατάξεων του άρθρου 78 του νόμου, η ΔΕφΑθ 209/2021 σκέψη 27, πρβλ. και ΔΕφΑθ 75/2021. Ομοίως και Απόφαση ΔΕΕ της 06.10.2021, C-316/21, *Monument Vandekerckhove NV*, ECLI:EU:C:2021:837, με την οποία αναδείχθηκε η υποχρεωτικότητα του εν λόγω κανόνα, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, ο οποίος επιτάσσει την αναθέτουσα αρχή να επιτρέψει στον προσφέροντα να αντικαταστήσει την υποστηρικτική προς αυτόν επιχείρηση, εφόσον διαπιστωθεί ότι η τελευταία δεν πληροί τις απαιτούμενες προϋποθέσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

⁶²¹ Ανακόλουθη εμφανίζεται η διατύπωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 2 του άρθρου 308 του Ν. 4412/2016, καθώς παρά τη συνολική αναφορά στους λόγους αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 που γίνεται στο πρώτο εδάφιο της ίδιας παραγράφου, ως προς τον έλεγχο της συμμόρφωσης του τρίτου περί μη συνδρομής όλων των υπό κρίση λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του, η επίμαχη διάταξη μνημονεύει στους υποχρεωτικούς και δυνατικούς λόγους αποκλεισμού μόνο τις παρ. 1, 2 και 4 του άρθρου 73 του νόμου αντίστοιχα, αγνοώντας όμως τους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 74, για τους οποίους ο νομοθέτης σιωπά (ομοίως και η αιτιολογική έκθεση του Ν. 4441/2016) ως προς το εάν δημιουργούν δέσμια αρμοδιότητα ή διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα, να απαιτήσει την αντικατάσταση του τρίτου.

αυτός δεν πληροί σχετικό κριτήριο ποιοτικής επιλογής και όταν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 του νόμου⁶²², ενώ αντιθέτως, θεμελιώνονται προαιρετικοί λόγοι αντικατάστασής του⁶²³, όταν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74⁶²⁴. Στην πρώτη περίπτωση προφανώς, η αναθέτουσα είναι υποχρεωμένη να απαιτήσει από τον προσφέροντα την αντικατάσταση του τρίτου, ενώ στη δεύτερη, εγκαθιδρύεται διακριτική της ευχέρεια, να σταθμίσει εάν τελικά θα ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου ή όχι⁶²⁵.

Εξάλλου, με το άρθρο 26 του Ν. 4782/2021, όπως τροποποίησε το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, προβλέφθηκε η δυνατότητα άπαξ χρήσης του δικαιώματος αντικατάστασης, ενώ τέθηκε ρητά και χρονικός ορίζοντας, εντός του οποίου θα πρέπει να υλοποιηθεί αυτή η εναλλακτική επιλογή εκ μέρους του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα. Συγκεκριμένα, ο τελευταίος έχει στη διάθεσή του αποκλειστική προθεσμία συμμόρφωσης εντός τριάντα (30) ημέρων από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν, μετά την εκπνοή της οποίας, η προσφορά του καθίσταται απορριπτέα⁶²⁶. Μετέωρο πάντως παρέμεινε το ζήτημα, μετά και την πρόσφατη

⁶²² Υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού και του ίδιου του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (πρβλ. και άρθρο 57 παρ. 1 έως 2 και 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

⁶²³ Διατηρήθηκε ο προαιρετικός χαρακτήρας να ζητηθεί η αντικατάσταση ως προς τους συγκεκριμένους λόγους, παρά το γεγονός ότι η διάταξη της οδηγίας έδινε τη δυνατότητα στα κράτη μέλη να προβλεφθούν και αυτοί ως υποχρεωτικοί, πρβλ. σχετικά τη σκέψη 33 της Απόφασης ΔΕΕ της 03.06.2021, C-210/20, *Rad Service Srl Unipersonale κλπ.*, ECLI:EU:C:2021:445.

⁶²⁴ Δυνητικοί ή προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού και για τον ίδιο τον υποβάλλοντα προσφορά οικονομικό φορέα, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στο άρθρο 57 παρ. 4 και 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

⁶²⁵ Εντελώς εκτός ρυθμιστικού πλαισίου της επίμαχης διάταξης και ως εκ τούτου, παντελώς εσφαλμένη η απόρριψη αίτησης αναστολής οικονομικού φορέα με τη ΔΕφΤριπ (Αναστ.) 29/2019, στον οποίο δεν επετράπη η αντικατάσταση του τρίτου δανειζόντος αυτόν, χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς ο ισχυρισμός του θεωρήθηκε ως αορίστως προβαλλόμενος, λόγω του ότι δεν επικαλέστηκε συγκεκριμένο έτερο φορέα, προς αντικατάσταση του αρχικά δηλωθέντος και επιπλέον, όπως έκρινε το δικαστήριο, την υποχρέωση αντικατάστασης την είχε ο ίδιος ο αιτών με δική του πρωτοβουλία.

⁶²⁶ Ένα ακόμα ενδιαφέρον ζήτημα που δεν έχει τύχει εισέτι νομολογιακής αντιμετώπισης και άρα προς ώρας έχει μόνο θεωρητική αξία, αφορά το (μάλλον σπάνιο, αλλά όχι απίθανο) ενδεχόμενο, τρίτος φορέας, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει κάποια πλημμέλεια, η οποία δικαιολογεί την αντικατάστασή του, είτε υποχρεωτικά είτε προαιρετικά, σύμφωνα με τους όρους του επίμαχου εδαφίου της διάταξης, να αντικαθίσταται από τον προσφέροντα, ο οποίος επικαλείται τις ικανότητες του αντικαθιστάμενου τρίτου για την απόδειξη της πλήρωσης κάποιου κριτηρίου επιλογής. Ωστόσο, εξαιτίας χρονικής καθυστέρησης στην ολοκλήρωση της αντικατάστασης, λόγω ενδιάμεσων πιθανών προδικαστικών προσφυγών ή και εξάντλησης της δικαστικής οδού εκ μέρους του θιγόμενου διαγωνιζόμενου για την ανατροπή της αρχικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής, παραμένει μία πιθανότητα, κατά τον επιγενόμενο χρόνο που θα κληθεί αυτός να υλοποιήσει πλέον την αντικατάσταση του τρίτου, να έχει ήδη αρθεί ο λόγος που έδωσε αρχικά αφορμή να αιτηθεί η αναθέτουσα αρχή την αντικατάστασή του, είτε γιατί δεν συντρέχει πλέον στο πρόσωπό του ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού είτε γιατί πληροί κριτήριο επιλογής που αρχικά δεν πληρούσε. Σε αυτή την περίπτωση, τίθεται το ερώτημα, ο υποψήφιος ανάδοχος θα μπορούσε να δηλώσει εκ νέου τον ίδιο τρίτο φορέα, με διαφορετικούς πλέον όρους, ώστε να κριθεί σύνομη και παραδεκτή η προσφορά του; Αφετηρία των όποιων παραδοχών παραμένει ότι σκοπός του νομοθέτη είναι πράγματι η αντικατάσταση του τρίτου φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού ή δεν πληροί κάποιο κριτήριο ποιοτικής επιλογής. Ωστόσο, δια του μέσου αυτού, σκοπείται η θεραπεία της πλημμελούς κατ' αρχήν προσφοράς του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, όπως παρουσιάζεται με τη στήριξη στις ικανότητες του εν λόγω τρίτου φορέα και η αντικατάστασή του από άλλον, που δεν εμφανίζει τις ίδιες πλημμέλειες, προκειμένου να συνεχίσει απρόσκοπτα η συμμετοχή του υποψηφίου αναδόχου στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Εξακολουθώντας στην ίδια συλλογιστική, εάν λοιπόν στον διαδραμόντα χρόνο που μεσολάβησε, όπως στην υποτιθέμενη περίπτωση, πράγματι

νομοθετική τροποποίηση του άρθρου 78, μέχρι ποιου σημείου της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι πράγματι επιτρεπτή και άρα πρέπει να θεωρείται θεμιτή η δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου, δανείζοντος εμπειρία, φορέα⁶²⁷. Ο εν λόγω προβληματισμός εγείρει σοβαρά ζητήματα νόμιμης εφαρμογής της δυνατότητας αντικατάστασης της δανείζουσας εμπειρία επιχείρησης, καθώς άπτεται ενδεχόμενων παραβιάσεων θεμελιωδών αρχών του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και ειδικότερα, της αρχής της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων, της διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας και καταληκτικά της ανάπτυξης συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού.

Ειδικότερα και προκειμένου να υπάρχει μια κοινή αφετηρία για την αντίληψη του κατωτέρω εκτιθέμενου συλλογισμού, πρέπει να προηγηθούν ορισμένες παραδοχές, βάσει των ρητών προβλέψεων στο κείμενο το νόμου. Ως εκ τούτου, μία αλλαγή στο πρόσωπο της τρίτης οντότητας, στις ικανότητες της οποίας πρόκειται να στηριχθεί ο

παρήλθε ικανό χρονικό διάστημα, στη διάρκεια του οποίου εξέλιπε η συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ή εν πάση περιπτώσει πληρώθηκε το κριτήριο καταλληλότητας που αρχικά έλειπε από τον τρίτο δανείζοντα εμπειρία, φορέα, για ποιο λόγο, ο προσφέρων να μην μπορεί να στηριχθεί εκ νέου στις ικανότητες αυτής της τρίτης οντότητας; Κρίνοντας ένα τέτοιο ενδεχόμενο, με βάση τα απόλυτα εξειδικευμένα πραγματικά περιστατικά μιας ανάλογης περίπτωσης, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, θα μπορεί θεμιτά να εκμεταλλευτεί μία ευνοϊκή υπέρ του συγκυρία, ένα τυχαίο, πάντως πραγματικό γεγονός, ότι η αρχική πλημμέλεια που εμφάνιζε η προσφυγή στις ικανότητες συγκεκριμένου τρίτου φορέα, ήρθη, διαρκούσης της εκκρεμοδικίας με τη συζήτηση της προσφυγής ενώπιον του αρμόδιου οργάνου εξέτασης της ενδικοφανούς προσφυγής (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) ή/και της αίτησης ακύρωσης και αναστολής ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου (Διοικητικού Εφετείου ή Συμβουλίου της Επικρατείας) και την έκδοση της απόφασης συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια, εάν αποδεδειγμένα στο εκ νέου υποβαλλόμενο Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου φορέα, εμφανίζεται να έχει εκλείψει ο δικαιολογητικός λόγος αντικατάστασής του, δεν φαίνεται να κωλύεται ο υποψήφιος ανάδοχος που στηρίχθηκε στα μέσα αυτού για να ανταποκριθεί σε κάποιο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, να μην μπορεί να προτείνει ξανά τον ίδιο φορέα ως δανείζοντα αυτόν τεχνική ή οικονομική επάρκεια. Σε αντίθετη περίπτωση δηλαδή, θα υπήρχε μία αδικαιολόγητη εμμονή στην προτέρα, μη ισχύουσα πλέον κατάσταση μη συμμόρφωσης της τρίτης επιχείρησης, καίτοι έχουν μεταβληθεί ουσιαδώς τα πραγματικά περιστατικά υπό το πρίσμα των οποίων, ελήφθη η αρχική απόφαση αντικατάστασης από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής. Το ζήτημα προφανώς δεν έχει εκ προοιμίου κατηγορηματική απάντηση, αλλά θα πρέπει να αντιμετωπίζεται υπό το πρίσμα των εξειδικευμένων πραγματικών περιστατικών της εκάστοτε κρινόμενης υπόθεσης.

⁶²⁷ Για τη συνολική προβληματική ότι το άρθρο 78 δεν ορίζει μέχρι ποιου χρονικού σημείου της διαδικασίας είναι επιτρεπτή η αντικατάσταση του τρίτου φορέα, ζήτημα που δεν επέλυσε νομοθετικά, ούτε το άρθρο 26 του Ν. 4782/2021, βλ. σχετικά ΑΕΠΠ 827/2019 σκέψεις 34-35, όπως ανεστάλη από τη ΔΕφΑθ 320/2019 και εν τέλει, επικυρώθηκε η ορθότητα της κρίσης της απόφασης της ΑΕΠΠ με τις ΔΕφΑθ 795/2020 και ΔΕφΑθ 1064/2020. Το ίδιο θέμα είχε πάντως απασχολήσει και το ΔΕΕ στην υπόθεση C-223/16, όπως η υπόθεση αναλύθηκε εκτενώς πιο πάνω στην οικεία ενότητα. Ζήτημα αντικατάστασης τρίτης υποστηρικτικής επιχείρησης αντιμετώπισε εν μέρει ορθά η ΕΑΔΗΣΥ 867-868/2022, σκέψη 15 (σε συνέχεια του διατακτικού της εκδοθείσας ΣτΕ 2095/2021 που ανέπεμψε την αρχική υπόθεση στον αναθέτοντα φορέα), αν και με οριακή κρίση περί του ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας δεν υποχρεούται σε εκ νέου υποβολή, επικαιροποιημένου Ε.Ε.Ε.Σ., στο οποίο να δηλώνεται η καινούρια δανείζουσα εμπειρία, οντότητα που εισέρχεται στον διαγωνισμό εκ των υστέρων προς αντικατάσταση έτερου, απερχόμενου και ακατάλληλου τρίτου (άποψη που δεν βρίσκει σύμφωνο τον γράφοντα, καίτοι σαφώς θα μπορούσε αρθεί η πλημμέλεια με αίτημα για παροχή διευκρινίσεων). Παρά το γεγονός ότι η ουσία της επίδικης διαφοράς, φάνηκε τελικά να κρίνεται με όρους ορθής δυνατότητας ή μη παροχής διευκρινίσεων, η απόφαση αυτή ακυρώθηκε από την ΔΕφΑθ 436/2023, θεωρώντας ορθά, ότι οι τραπεζικές βεβαιώσεις που προσκομίστηκαν από τις εταιρείες που αντικατέστησαν τον αρχικό τρίτο δανείζοντα εμπειρία, κάλυπταν το χρονικό διάστημα από την ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών και εντεύθεν, αλλά όχι το διάστημα από την αρχική ημερομηνία υποβολής προσφορών, βάσει των οριζόμενων στο άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (σκέψη 12).

συμμετέχων οικονομικός φορέας για να αποδείξει την χρηματοπιστωτική και τεχνική του επάρκεια, σύμφωνα με τα εκάστοτε τιθέμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής της διακήρυξης, δεν συνιστά αθέμιτη τροποποίηση της προσφοράς του, δεδομένου ότι η εν λόγω ευχέρεια μεταβολής του τρίτου φορέα, παρέχεται κατά ρητή νομοθετική επιταγή⁶²⁸. Εξάλλου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι με την αντικατάσταση του τρίτου, ο υποψήφιος ανάδοχος, δεν μεταβάλλει ουσιωδώς στοιχείο της προσφοράς του, το οποίο δεν συνέτρεχε κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής αυτής, οπότε και αποκρυσταλλώθηκε το περιεχόμενο και ο τρόπος συμμετοχής του στον διαγωνισμό, αφού σε κάθε περίπτωση, για την εκ μέρους του κάλυψη των κριτηρίων επιλογής, θα εξακολουθήσει να στηρίζεται στις ικανότητες έτερου φορέα⁶²⁹. Κατ' ακολουθίαν, αυτονοήτως τα διαθέσιμα τεχνικά ή οικονομικά μέσα που παρέχονται από τον τρίτο στον διαγωνιζόμενο, ως στοιχείο για την αξιολόγηση της συμμετοχής του στον διαγωνισμό, από την άποψη της πλήρωσης του εκάστοτε απαιτούμενου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, υπόκεινται σε προαπόδειξη μέσω του αυτοτελώς υποβαλλόμενου Ε.Ε.Ε.Σ. και εν τέλει αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή, κατά την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου.

Το εύλογο ερώτημα όμως που ανακύπτει εν προκειμένω, συνίσταται στο εξής. Με ποιο τρόπο θα αποτραπεί εγκαίρως και όσο το δυνατόν νωρίτερα, μία προβληματική συμμετοχή προσφέροντος, η οποία στηρίζεται σε «ελαττωματική» κάλυψη κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, μέσω επίκλησης πόρων που ανήκουν σε τρίτη οντότητα, όπως αυτή θα διαπιστωθεί πλέον, μόνο κατά το τελικό στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, ήτοι σε χρόνο που θα έχουν ενδεχομένως «εκτοπιστεί» ή ακόμα και αποκλειστεί οριστικά οι λοιποί συμμετέχοντες, έχοντας αποξενωθεί πλέον από το αντικείμενο του διαγωνισμού και άρα έχοντας καταστεί «*τρίτοι*» ως προς την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Συνεπεία τούτου, θα στερούνται εννόμου συμφέροντος, με αυτόθροη συνέπεια να μην έχουν δικαίωμα να προβάλλουν ενστάσεις κατά των πλημμελειών στα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου⁶³⁰. Πολλώ δε μάλλον οι λοιποί συνδιαγωνιζόμενοι θα

⁶²⁸ Κατ' αντιδιαστολή με την προφανώς αθέμιτη και παράνομη ενέργεια να δηλωθεί εκ των υστέρων και το πρώτον σε επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας ή κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τρίτος οικονομικός φορέας, στις δυνάμεις του οποίου ο προσφέρων δεν είχε δηλώσει ότι θα στηριχθεί κατά το αρχικό στάδιο υποβολής της προσφοράς του. Έτσι ορθά και ΔΕφΘεσσαλ 18/2021.

⁶²⁹ *A fortiori* θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι επίσης ουδεμία μεταβολή υφίσταται η προσφορά ενός υποψηφίου αναδόχου και άρα εξακολουθεί να συμμετέχει με παραδεκτή και νόμιμη προσφορά, όταν προΐσχυσε της διαγωνιστικής διαδικασίας, υποβάλλει έγκαιρη δήλωση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, υπό τους όρους του άρθρου 104 του Ν. 4412/2016, ότι πλέον δεν επικαλείται τις δυνάμεις έτερου, αλλότριου προς αυτόν, φορέα, για την κάλυψη ενός ή περισσότερων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, αλλά συμμετέχει στηριζόμενος αποκλειστικά στις δικές του τεχνικές και οικονομικές δυνάμεις (έτσι και ΔΕφΑθ (Αναστ.) 206/2021, σκέψεις 7-9).

⁶³⁰ Ενδεικτικά για το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα, βλ. Ν. Μαρκόπουλο, Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, ΝΟ.Δ.Ε.ΠΕ., 7/2018, Β. Χατζηγιαννάκη, Το έννομο συμφέρον προσφέροντος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης – Η έννοια του οριστικώς αποκλεισθέντος, ΕΔΔΔΔ, Τόμος 63, Τεύχος 1, 2019, Κ. Καλονόμο-Ρ. Παρλάτζα, Έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος υποψηφίου από τη διαγωνιστική διαδικασία δημοσίων συμβάσεων υπό το πρίσμα των σύγχρονων αποφάσεων του ΔΕΕ και του ΣτΕ, ΕφαρμΔΔ, Τεύχος Ι, 2019, σελ. 10 επ., Μ. Σειραδάκη, Ο ρόλος των αποφάσεων της ΑΕΠΠ στην αναγνώριση έννομου συμφέροντος αποκλεισθέντος οικονομικού

στερούνταν του δικαιώματος να λάβουν γνώση, να ελέγξουν και να προβάλλουν αιτιάσεις κατά του αντικαταστάτη τρίτου, σε περίπτωση που και η δική του συμμετοχή περιείχε πλημμέλειες.

Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, θεωρητικά τουλάχιστον σε μια πρώτη ανάγνωση, θα ήταν εννοιολογικά αδύνατο μια τέτοια πλημμελής προσφορά, να υπερβεί τον σκόπελο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εφόσον δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής, λόγω του ότι ο τρίτος φορέας, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο υποψήφιος ανάδοχος δεν θα μπορεί να θέσει στη διάθεση του τελευταίου, τους πόρους που αποδεικνύουν τη συμμόρφωσή του με τα κριτήρια οικονομικής επάρκειας ή/και επαγγελματικής ικανότητας που θέτει η διακήρυξη. Άρα, η ανάθεση σε ακατάλληλο, τεχνικά μη επαρκή ή αφερέγγυο οικονομικά συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, φαίνεται μάλλον, έστω και στο τελικό προσυμβατικό στάδιο, να αποτρέπεται. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή και η ίδια η διαγωνιστική διαδικασία, θα παρέμενε εκτεθειμένη σε έτι μεγαλύτερο κίνδυνο, εάν η συγκεκριμένη πλημμέλεια ακολουθούσε μία υποβληθείσα προσφορά διαγωνιζομένου σε τόσο προχωρημένο στάδιο αξιολόγησης και δεν υπήρχε η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής, να κρίνει και να αξιολογήσει ουσιαστικά τις πραγματικές προσφερόμενες ικανότητες του τρίτου φορέα, ήδη σε πρώιμο στάδιο της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών, θέτοντας μάλιστα μια τέτοια συμμετοχή στην κρίση και τον έλεγχο και των λοιπών συνυποψηφίων.

Θα αναγκαζόταν δηλαδή η αναθέτουσα αρχή, να φτάσει στο οριακό σημείο να αναμένει την αντικατάσταση του τρίτου δανείζοντος εμπειρία, λίγο πριν την υπογραφή της σύμβασης με τον ανάδοχο – με ορατό τον κίνδυνο της ματαίωσης της διαδικασίας και κήρυξης του διαγωνισμού ως άγονου – χωρίς να έχει την ευελιξία που της παρέχει η ευχέρεια ή απαίτηση αντικατάστασης του τρίτου φορέα νωρίτερα, με την ταυτόχρονη δυνατότητα αποκλεισμού του και την επιλογή άλλου προσφέροντος, η οποία θα εξυπηρετούσε και την ομαλότερη διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ως εκ περισσού, επισημαίνεται ότι και οι συνέπειες για τον ίδιο τον προσωρινό (η οριστικό) ανάδοχο, σε περίπτωση που αποτύγχανε να αντικαταστήσει επιτυχώς τον τρίτο φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, θα ήταν δυσανάλογα μεγαλύτερες, αφού στη μία περίπτωση, θα κηρυσσόταν έκπτωτος και θα κατέπιπτε η εγγυητική συμμετοχής του, ενώ στην άλλη, απλά και μόνο θα απορριπτόταν εγκαίρως η προσφορά του, με τους λιγότερους δυνατούς «κραδασμούς» για τον ίδιο, την αναθέτουσα αρχή και τη συνολική έκβαση του διαγωνισμού.

Σε κάθε περίπτωση, τα αναφερόμενα ζητήματα είναι αρκετά και κρίσιμα και καλό είναι κάποια στιγμή στο εγγύς μέλλον να αποτελέσουν ενδεχομένως αντικείμενο νέας νομοθετικής παρέμβασης για την επίλυσή τους, ώστε να εξασφαλιστεί η μέγιστη δυνατή ασφάλεια δικαίου τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς.

φορέα, ΘΠΔΔ, Τεύχος 8-9/2020, σελ. 706-723 και *Μ. Διαθεσόπουλο*, Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου προς αποκλεισμό των λοιπών μετεχόντων. Η ενωσιακή και εθνική νομολογία σε δυναμική διαδρομή, ΠειρΝομ, Τεύχος 3/2020, σελ. 196 επ., αλλά και την ΕΑ ΣτΕ (Ολομ.) 235/2019 επί της οποίας εκδόθηκε η Απόφαση ΔΕΕ της 24.03.2021, C-771/19, *NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. κλπ.*, ECLI:EU:C:2021:232.

viii. *Λοιποί, εκ του νόμου προβλεπόμενοι, περιορισμοί στη δυνατότητα επίκλησης της ικανότητας τρίτων φορέων.*

Συνεχίζοντας περαιτέρω την ανάλυση των κανόνων που διέπουν τον θεσμό της «δάνειας εμπειρίας», όπως αποτυπώνεται στις ρυθμίσεις των νέων οδηγιών και του Ν. 4412/2016 με τον τρόπο που τις ενσωμάτωσε, έχει ήδη καταστεί σαφές ότι το δικαίωμα προσφυγής στις ικανότητες τρίτου φορέα βρίσκει τα όριά του και άρα θεμιτά επιβάλλονται περιορισμοί στην άσκησή του, μέσα από το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας⁶³¹ και σχετικών σταθμίσεων που συνδέονται με τη φύση του αντικείμενου της προς ανάθεση σύμβασης, υπό την έννοια ότι, οι απαιτούμενες προϋποθέσεις επίκλησης των μέσων τρίτων, δεν πρέπει να είναι ασύνδετες με το δημοπρατούμενο αντικείμενο⁶³². Πέρα όμως από τον γενικό αυτό κανόνα, όπως απαιτείται προφανώς να εξειδικεύεται κατά περίπτωση για κάθε προκηρυσσόμενη δημόσια σύμβαση, προβλέπονται στις επιμέρους παραγράφους του άρθρου 78 και ορισμένες απευθείας εκ του νόμου, επιβαλλόμενες εναλλακτικές δυνατότητες για την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, όχι τόσο να περιορίσει, όσο να προσδιορίσει με βάση τις

⁶³¹ Πρβλ. σχετικά και την κρίση ότι ο τρόπος συμμετοχής των υποψηφίων αναδόχων σε έναν διαγωνισμό, μέσω ενός οποιουδήποτε συμμετοχικού σχήματος άμεσης ή έμμεσης μορφής και δη με επίκληση στήριξης στις ικανότητες τρίτων προς πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής δεν ασκεί νομίμως επιρροή προκειμένου να χαρακτηριστεί αναλογική μία απαίτηση της αναθέτουσας αρχής, στον βαθμό που αυτό συνιστά δικαίωμα των οικονομικών φορέων και όχι βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή απαιτήσεων που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθ' εαυτό (βλ. *ad hoc* ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 151/2018, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 226/2021, σκέψη 8, ΑΕΠΠ 25/2021, σκέψη 20 και ΕΑΔΗΣΥ 1127/2022, σκέψη 41, αλλά και ΑΕΠΠ 611/2018, ΑΕΠΠ 1033/2019, σκέψη 22, ΑΕΠΠ 772/2020, σκέψη 27).

⁶³² Βλ. ενδεικτικά, ΑΕΠΠ 827/2019 σκέψη 24, ΑΕΠΠ 416/2018 σκέψεις 23-25, όπου έγινε δεκτός προβαλλόμενος λόγος προσφυγής κατά όρου διακήρυξης, καθώς δεν αιτιολογήθηκε επαρκώς από την αναθέτουσα αρχή η πλήρης παράλειψη πρόβλεψης για τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου, συνεπεία της οποίας απαγορευόταν συλλήβδην η κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, μέσω της προσφυγής στις ικανότητες αλλότριου προς τον διαγωνιζόμενο, φορέα, επιτρέποντας τη συμμετοχή συνεργατικών σχημάτων μόνο μέσω ενώσεων ή κοινοπραξιών και έτσι, η διακήρυξη ακυρώθηκε, ΑΕΠΠ 451/2018 σκέψη 19, όπου η αναθέτουσα αρχή επιχείρησε να κάνει αυτούσια μεταφορά της νομολογίας του ΔΕΕ στις υποθέσεις C-94/12 και C-324/14 στον επίμαχο διαγωνισμό, χωρίς όμως να αιτιολογήσει τους περιορισμούς που έθεσε στο κείμενο της διακήρυξης, σχετικά με τη χρήση των μέσων τρίτων οντοτήτων, παραλείποντας να τεκμηριώσει την επιβολή τους σε σύνδεση με το αντικείμενο του διαγωνισμού ή την αρχή της αναλογικότητας και άρα κρίθηκε από την ΑΕΠΠ ότι το δικαίωμα προσφυγής στην τεχνική εμπειρία τρίτου, μπορούσε να ασκηθεί ελεύθερα και απεριόριστα. Αντιθέτως, με την ΑΕΠΠ 480/2018 σκέψεις 22-23, ορθώς κρίθηκε ότι τέθηκαν σχετικοί περιορισμοί στην άσκηση του δικαιώματος επίκλησης των πόρων τρίτων, λαμβάνοντας υπόψη ότι τελούσαν σε εύλογη αναλογία με το αντικείμενο της σύμβασης. Επί του ιδίου ζητήματος, με την ΕΑ ΣτΕ 124/2015 και ειδικότερα τις σκέψεις 9 και 11 αυτής, κρίθηκαν κατά πιθανολόγηση (και μάλλον οριακά), συμβατοί με την αρχή της αναλογικότητας και διατελούντες σε σύνδεση με το αντικείμενο των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών, οι προσβαλλόμενοι από την αιτούσα, όροι της διακήρυξης, σχετικά με τον συνολικό αποκλεισμό της δυνατότητας προσφυγής στις ικανότητες τρίτου και τη σύστοιχη απαίτηση των επίμαχων όρων τεχνικής επάρκειας, οι οποίοι πρόβλεπαν ότι ο προσφερόμενος Σταθμός Μεταφόρτωσης Απορριμμάτων (Σ.Μ.Α.) μη επικίνδυνων στερεών αποβλήτων εκ μέρους εκάστου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, έπρεπε αφενός να είναι ιδιόκτητος και αφετέρου να βρίσκεται εντός της εδαφικής αρμοδιότητας του αναθέτοντος φορέα. Οι εν λόγω τεθέντες περιορισμοί θεωρήθηκε ότι ήταν πρόσφοροι και αναγκαίοι, ενώ παράλληλα μπορούσαν να δικαιολογηθούν από λόγους δημοσίου συμφέροντος, συγκεκριμένους στην προστασία της δημόσιας υγείας, χωρίς να παραβιάζουν τους κανόνες του ανταγωνισμού, μόνο εκ του λόγου ότι η θέσπισή τους συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής της αιτούσας στον διαγωνισμό και ούτως, οι σχετικοί ισχυρισμοί της τελευταίας κρίθηκαν απορριπτέοι. Πρβλ. και ΔΕφΑθ (Αναστ.) 491/2011, σκέψη 8.

ανάγκες της, το ενδεχόμενο χρήσης των διαθέσιμων μέσων, ξένων προς τον προσφέροντα, φορέων.

Συγκεκριμένα, με το έβδομο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 78⁶³³ παρέχεται η ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση που ένας συμμετέχων οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια, να απαιτήσει ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι (τρίτοι) φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Πρόκειται σαφέστατα για ένα ελάχιστο, πρόσθετο μέτρο πρόνοιας που ο νομοθέτης δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να λάβει, προκειμένου να διασφαλίσει το αξιόχρεο και τη φερεγγυότητα του τελικού αναδόχου, καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της ανατεθείσας σε αυτόν δημόσιας σύμβασης⁶³⁴. Εξάλλου, από τη γραμματική διατύπωση της διάταξης προκύπτει πέραν

⁶³³ Διάταξη που επίσης υπάρχει και στην παρ. 2 του άρθρου 307.

⁶³⁴ Σε σχέση με την εν τοις πράγμασι τεκμηρίωση της χρηματοπιστωτικής φερεγγυότητας ενός υποψηφίου αναδόχου βλ. την ενδελεχή κρίση της ΑΕΠΠ 1404/2020, σκέψεις 24-25 και την ΑΕΠΠ 1635/2020, σκέψη 24, με την οποία κρίθηκε μεταξύ άλλων ότι: «...καθίσταται σαφές ότι σκοπός της συνδυασμένης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, είναι στην πραγματικότητα η κάλυψη της κατ' αρχήν τεχνικής ή οικονομικής αδυναμίας οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με δικά του μέσα στην εκτέλεση της σύμβασης, μέσω της στήριξης στις δυνάμεις τρίτου φορέα, διάφορης ή ευρύτερης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ή/και υπέρτερης οικονομικής ή χρηματοοικονομικής επάρκειας. Ουδόλως όμως δύναται να υποστηριχθεί βάσιμα ότι πρόθεση του νομοθέτη ήταν δια του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, να επιτρέπεται η καταστρατήγηση του θεσμικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, με την κατ' αποτέλεσμα συμμετοχή ακατάλληλων οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τα τεχνικά και οικονομικά εχέγγυα ασφαλούς εκτέλεσης της σύμβασης, μέσω της τεχνητής και προσχηματικής επίκλησης της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας ή της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας τρίτων φορέων. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία, όπως βάσιμα ισχυρίζονται αμφότερες τόσο η αναθέτουσα αρχή, όσο και η παρεμβαίνουσα, δεν επικαλέστηκε την οικονομική στήριξη της τρίτης δανειζουσας εταιρείας, προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής του επίμαχου διαγωνισμού, λόγω του ότι η ίδια δεν μπορούσε να ανταποκριθεί σε αυτά αυτοτελώς. Αντιθέτως, όπως προκύπτει από τα οικονομικά στοιχεία των δύο εταιρειών, η προσφεύγουσα, αποτελεί στην πραγματικότητα, κατά πολύ μεγαλύτερο οικονομικό μέγεθος της δανειζουσας εταιρείας, ωστόσο, στράφηκε σε αυτήν, όλως προσχηματικά και με προφανή πρόθεση την καταστρατήγηση των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, επιχειρώντας να προβάλλει έναντι της αναθέτουσας αρχής, την οικονομική ευρωστία τρίτου οικονομικού φορέα, προκειμένου να αποφύγει τον έλεγχο των υφιστάμενων ζημιών που συνέτρεχαν στο πρόσσπό της, κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, σε πλήρη αντίθεση με τον αληθή σκοπό του νομοθέτη και το πνεύμα του ίδιου του θεσμού της δάνειας εμπειρίας. Εξάλλου, όπως ήδη ειπώθηκε και υπό το πρίσμα της από κοινού ευθύνης για την εκτέλεση της σύμβασης, της προσφεύγουσας με την εταιρείας «[...]», τα οικονομικά δεδομένα των δύο εταιρειών, αθροιστικά ιδωμένα, δεν επαρκούν για να καλύψουν την απαίτηση για μη ύπαρξη ζημιών για τα κρίσιμα έτη 2016, 2017 και 2018, όπως απολύτως ορθά διαπίστωσε και η ίδια η αναθέτουσα αρχή. Τα ανωτέρω δε, κρίθηκαν ad hoc και από την υπ' αριθμ. 1404/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με εισηγήτρια Χ. Ζαράρη, όπου στη σκέψη 25, επισημάνθηκε ότι: «...δεν προκύπτει ότι πληρούται εν τοις πράγμασι το οικείο κριτήριο επιλογής, όπως ομοίως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος και τούτο διότι και μεν δεν προκύπτει απαίτηση για συγκεκριμένο ύψος κερδοφορίας των τρίτων, στους οποίους στηρίζονται οι οικονομικοί φορείς ανά χρήση (2016, 2017, 2018), ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ωστόσο εφόσον η αναθέτουσα αρχή απαιτήσει ρητά να μην υφίστανται ζημίες σε συνδυασμό με την εις ολόκληρο ευθύνη τους, καθίσταται σαφές σε οιονδήποτε μέσο επιμελή υποψήφιο ότι ο στηρίζων θα πρέπει να μπορεί να καλύψει τις εν λόγω ζημίες προς πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου, ήτοι κατόπιν συμψηφιστικής θεώρησης των οικείων ισολογισμών, κατ' αυτόν τον τρόπο και μόνο πληρούται το οικείο κριτήριο με αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων, ειδάλλως εν τοις πράγμασι οι προσφορές σαφέστατα δεν καθίστανται συγκρίσιμες ως προς την κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής κατά προφανή παραβίαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, ούτε βέβαια δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι αναθέτουσα

πάσης αμφιβολίας ότι πρόκειται πράγματι για δυνατότητα και όχι για υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, της οποίας η τελευταία μπορεί, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, να κάνει χρήση. Κατά τα λοιπά, η εν λόγω πρόβλεψη του νομοθέτη, αποτελεί μάλλον το «καθρέφτισμα» στα αντίστοιχα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, του περιορισμού που αναλύθηκε πιο πάνω υπό 7.ii του παρόντος κεφαλαίου, σχετικά με την υποχρέωση εκτέλεσης συγκεκριμένων εργασιών ή παροχής υπηρεσιών, σχετιζόμενων με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα ή την επαγγελματική εμπειρία από την ίδια την τρίτη επιχείρηση, προκειμένου να θεωρηθεί επαρκής η κάλυψη των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

Κατά συνέπεια, εγείρονται οι ίδιες επιφυλάξεις που εκφράστηκαν στην οικεία ενότητα, δεδομένου ότι εφόσον ενεργοποιηθεί μια τέτοια απαίτηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής⁶³⁵, δεν ρυθμίζεται περαιτέρω, με ποιον ακριβώς τρόπο θα καταστούν συνυπεύθυνοι έναντι της αναθέτουσας αρχής για την εκτέλεση μιας συγκεκριμένης σύμβασης, τόσο ο ίδιος ο ανάδοχος, αλλά και ο τρίτος ή οι περισσότεροι τρίτοι φορείς, στις οικονομικές δυνάμεις των οποίων θα στηρίζεται. Ο όλος σκεπτικισμός και εν προκειμένω κατατείνει στην ήδη διατυπωμένη επιφυλακτικότητα απέναντι σε αυτές τις νομοθετικές επιλογές. Συγκεκριμένα, κατ' αποτέλεσμα, μια τέτοια απαίτηση που εν τοις πράγμασι «εξαναγκάζει» έναν τρίτο φορέα, ο οποίος επιθυμεί μόνο εμμέσως να εμπλακεί στην όλη διαγωνιστική διαδικασία, να έχει εν τέλει ενεργό ρόλο σε αυτήν, είτε εκτελώντας μέρος της σύμβασης είτε ως οικονομικά υπόλογος στην αναθέτουσα αρχή, χωρίς όμως ταυτόχρονα και να ανάγεται σε συμμετέχοντα οικονομικό φορέα ή τελικό ανάδοχο, εξισωνόμενος από άποψη δικαιωμάτων και υποχρεώσεων με τον προσφέροντα που συνδράμει, φαλκιδεύει τον ίδιο τον πυρήνα του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», ακυρώνει τον σκοπό που εξυπηρετεί, όπως τον εμπνεύστηκε η πράξη και τον διάπλασε η νομολογία του ΔΕΕ, ενώ καθιστά αυτόν σαφώς λιγότερο ελκυστικό σε τρίτους φορείς, περιορίζοντας τη δυνατότητα συμμετοχής ΜΜΕ σε δημόσιους διαγωνισμούς.

Περαιτέρω, στο επόμενο εδάφιο, όπως έγινε αναφορά στην εν λόγω ρύθμιση ήδη από το πρώτο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης, ορίζεται σαφώς κατ' εφαρμογή των αυτών όρων, όπως ισχύουν και για τους λοιπούς μεμονωμένους υποψηφίους αναδόχους, μία ένωση οικονομικών φορέων, κατά την έννοια της παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των μελών του συμμετοχικού σχήματος ή άλλων οντοτήτων, ξένων προς αυτό⁶³⁶. Επίσης, με βάση αυτές τις παραδοχές, πρέπει

Αρχή στηρίζει τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος σε κριτήριο το οποίο δεν προβλέπεται από την Διακήρυξη καθόσον σε κάθε περίπτωση η μη ύπαρξη ζημίας ελέγχεται στο σύνολο της υποβληθείσας προσφοράς για το επίμαχο κριτήριο μεταξύ δανειζόντος και δανειζόμενου ως και για τον προσφέροντα ο οποίος υποβάλλει αυτοτελώς.»».

⁶³⁵ Στην προκειμένη τουλάχιστον περίπτωση, είναι σαφές ότι μια τέτοια πρόβλεψη στο κείμενο της διακήρυξης προβλέπεται απλώς ως ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, ενώ για τον περιορισμό που τίθεται σχετικά με την εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών ή την παροχή υπηρεσιών από τον τρίτο φορέα σε περίπτωση στήριξης σε δικά του μέσα για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου, μάλλον θα πρέπει να συναχθεί όπως ήδη ειπώθηκε, ερμηνευτικά.

⁶³⁶ Μπορεί δηλαδή ένα μέλος μίας συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας, να καλύπτει συγκεκριμένο απαιτούμενο ποιοτικό κριτήριο με επίκληση μέσων τρίτου φορέα, είτε αυτός είναι έτερο μέλος του ίδιου συμμετοχικού σχήματος είτε πρόκειται για εντελώς ξένη προς το σχήμα αυτό, οντότητα. Ως προς την

να γίνει δεκτό ότι στην περίπτωση ενώσεων ή – για την ταυτότητα του νομικού λόγου και – κοινοπραξιών μεταξύ οικονομικών φορέων, η επίκληση της εμπειρίας ενός και μόνο μέλους του εκάστοτε συνεργατικού σχήματος, κατά κανόνα, αρκεί για να τεκμηριώσει έναντι της αναθέτουσας αρχής την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ολόκληρης της ένωσης ή της κοινοπραξίας⁶³⁷, πλην ρητά προβλεπόμενων στις οικείες διατάξεις, εξαιρέσεων⁶³⁸. Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να ζητείται από την αναθέτουσα αρχή η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ως προς την υπό κρίση ικανότητα, εκ μέρους όλων των συμμετεχόντων ή συμπραττόντων μελών, καθώς μια τέτοια απαίτηση εγείρει ζητήματα αντίθεσης στο ενωσιακό δίκαιο και θέτει αδικαιολόγητους περιορισμούς στην ελεύθερη συμμετοχή οικονομικών φορέων σε δημόσιους διαγωνισμούς, μέσω ενώσεων ή κοινοπραξιών, παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας⁶³⁹.

πλήρωση του συγκεκριμένου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, όπως θα δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ. του μέλους της ένωσης ή στο κοινό Ε.Ε.Ε.Σ. της κοινοπραξίας, είναι σαφές ότι αυτή θα κριθεί, ανεξαρτήτως της συνύπαρξης στο ίδιο συμμετοχικό μόρφωμα δανειζόμενου και δανείζοντος εμπειρία, με τους όρους του άρθρου 78 ή 307 και 308 κατά περίπτωση. Πρβλ. ως προς αυτή τη δυνατότητα τα κριθέντα και με την απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-223/16. Για τις δυνατότητες ενώσεων χωρίς νομική προσωπικότητα να επικαλούνται προς πλήρωση των τεχνικών και οικονομικών απαιτήσεων ενός διαγωνισμού, τις ικανότητες τρίτων οντοτήτων, με τους αυτούς όρους και προϋποθέσεις, όπως και οι μεμονωμένοι προσφέροντες, βλ. ΕλΣυν Τμήμα VII 158/2021. Πρβλ. και το άρθρο 29 του ΠΔ 71/2019, με το οποίο ειδικά για την εγγραφή και κατάταξη εργολαβικών ενώσεων στα αντίστοιχα Μητρώα, προβλέπεται ότι είναι δυνατή η κάλυψη των απαιτούμενων κριτηρίων είτε οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας είτε τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, μέσω της επίκλησης πόρων που διαθέτουν τρίτες προς την ένωση οντότητες, με όρους περισσότερο μόνιμης και διαρκούς στήριξης της ένωσης στις ικανότητες των τρίτων αυτών φορέων.

⁶³⁷ Πρβλ. και το δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 83 με τίτλο «Επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων και πιστοποίηση από οργανισμούς δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου» (άρθρο 64 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ): «Αιτήσεις εγγραφής μπορούν να υποβάλλονται και από οικονομικούς φορείς, οι οποίοι ανήκουν σε ένωση και επικαλούνται πόρους, που τους διαθέτουν άλλοι συμμετέχοντες σε αυτήν, σύμφωνα με το άρθρο 78. Σε αυτές τις περιπτώσεις, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς αποδεικνύουν στην αρχή που συντάσσει τον επίσημο κατάλογο ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αυτούς τους πόρους καθ' όλη τη διάρκεια ισχύος του πιστοποιητικού, που πιστοποιεί την εγγραφή τους στον επίσημο κατάλογο και ότι οι εν λόγω συμμετέχοντες στην ένωση συνεχίζουν να πληρούν, κατά το ίδιο διάστημα, τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής, τις οποίες καλύπτει ο επίσημος κατάλογος ή το πιστοποιητικό που επικαλούνται οι φορείς αυτοί για την εγγραφή τους.».

⁶³⁸ Σε αυτή τη λογική και προς επιβεβαίωση της βασικής και θεμελιώδους αρχής ότι η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής αρκεί κατά κανόνα να ικανοποιείται από ένα μόνο εκ των μελών μιας συμμετέχουσας σε διαγωνισμό, ένωσης οικονομικών φορέων, έκρινε πρόσφατα και η Απόφαση ΔΕΕ της 28.04.2022, C-642/20, *Caruter Srl*, ECLI:EU:C:2022:308, ότι ασφαλώς, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στο άρθρο 63 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ είναι επιτρεπτό στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν, μεταξύ άλλων και όσον αφορά τις συμβάσεις υπηρεσιών, την εκτέλεση ορισμένων καθηκόντων από συγκεκριμένο συμμετέχοντα στην υποβάλλουσα προσφορά, ένωση οικονομικών φορέων, ωστόσο, είναι εξίσου σαφές ότι αντίκειται στην επίμαχη ρύθμιση της οδηγίας, εθνική διάταξη που απαιτεί την εκτέλεση των παροχών της σύμβασης κατά το μεγαλύτερο μέρος τους μόνο από την επιχείρηση που εκπροσωπεί την ένωση οικονομικών φορέων, κατ' αποκλεισμό των λοιπών οικονομικών φορέων που μετέχουν σε αυτή, όπως άλλωστε και η συναφής απαίτηση, η επιχείρηση που έχει αναλάβει την εκπροσώπηση της συμμετέχουσας ένωσης, να πληροί η ίδια υποχρεωτικά τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που τίθενται σε έναν διαγωνισμό. Τέτοιες προβλέψεις του εθνικού δικαίου υπερβαίνουν κατά το Δικαστήριο το περιεχόμενο των στοχευμένων όρων που χρησιμοποιούνται στο άρθρο 63 παρ. 2 της οδηγίας και αντιστρατεύονται τον σκοπό της τελενταίας που συνίσταται στο ευρύτερο δυνατό άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό με συνέπεια να περιορίζουν ανεπίτρεπτα την έννοια και το περιεχόμενο της επίμαχης διάταξης της οδηγίας (βλ. ιδίως σκέψεις 41-44 της απόφασης).

⁶³⁹ Όπως τα αναφερόμενα ζητήματα καλύφθηκαν διεξοδικά ήδη στις ενότητες 3.iv του πρώτου κεφαλαίου και 4.iii του δεύτερου κεφαλαίου της παρούσας μελέτης.

Έτι περαιτέρω, με την παρ. 2 του άρθρου 78 (άρθρο 63 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)⁶⁴⁰, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή μία πρόσθετη δυνατότητα, να περιορίσει/προσδιορίσει σύμφωνα με τις πραγματικές ανάγκες της και σε αντιστοιχία πάντα με τη φύση του δημοπρατούμενου αντικειμένου, τον τρόπο που θα στηρίζει ο υποψήφιος ανάδοχος την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα στα μέσα τρίτης οντότητας, διασφαλίζοντας υπέρ της τη βέλτιστη δυνατή εκτέλεση της ανατεθείσας σύμβασης. Ειδικότερα, προβλέπεται ότι στην περίπτωση που το δημοπρατούμενο αντικείμενο είναι σύμβαση έργου ή σύμβαση υπηρεσιών ή μεικτή σύμβαση προμήθειας, στο πλαίσιο της οποίας είναι απαραίτητες και πρόσθετες εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, η αναθέτουσα αρχή – και πάλι κατά απόλυτη διακριτική αυτής ευχέρεια – μπορεί να απαιτεί την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα κατ' αποκλειστικότητα. Ομοίως και σε συνάφεια με την προεκτεθείσα δυνατότητα επίκλησης των ικανοτήτων τρίτων φορέων στην περίπτωση που η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων – ή κοινοπραξία –, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19 του νόμου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει η εκτέλεση της σύμβασης έργου, η παροχή της υπηρεσίας ή οι παρεπόμενες εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, στο πλαίσιο μεικτής σύμβασης προμήθειας, να εκτελεστούν αποκλειστικά από έναν από τους συμμετέχοντες στο ευρύτερο αυτό συμμετοχικό σχήμα.

Τέλος, βάσει της ρητής διατύπωσης της, ελληνικής εμπνεύσεως, παρ. 3 του άρθρου 78⁶⁴¹, το τελευταίο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των εκάστοτε οριζόμενων ορίων του άρθρου 5 του νόμου⁶⁴².

Κλείνοντας την ανάλυση αυτή, όπως γίνεται ευχερώς αντιληπτό, η διαπίστωση της νομιμότητας της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ενός υποψηφίου αναδόχου μέσω της επίκλησης των ικανοτήτων τρίτου, πέραν των τυχόν γενικά προβλεπόμενων περιορισμών που συνδέονται με τη φύση του αντικειμένου της σύμβασης, οι οποίοι οφείλουν να συνάδουν με την αρχή της αναλογικότητας, τελεί πάντοτε υπό τον έλεγχο της τήρησης συγκεκριμένων προϋποθέσεων και διαπιστώνεται εντός των ορίων που θέτουν θεμιτοί εκ του νόμου περιορισμοί στην άσκηση του ανωτέρω δικαιώματος. Ωστόσο, το εύρος, το είδος και οι επιμέρους όροι εφαρμογής των εν λόγω περιορισμών, δύναται να εξειδικεύονται κατά περίπτωση από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, βάσει των συγκεκριμένων κάθε φορά αναγκών της, σε σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού. Συνεπώς, παρέχονται ευρεία περιθώρια στην αναθέτουσα αρχή να θέσει συγκεκριμένους κανόνες και να προσδιορίσει ρητώς στο

⁶⁴⁰ Έτσι και άρθρο 307 παρ. 3 (άρθρο 79 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ).

⁶⁴¹ Διάταξη που δεν υπάρχει στο άρθρο 307 του Βιβλίου ΙΙ του νόμου.

⁶⁴² Όπως τα ισχύοντα κάθε φορά όρια επικαιροποιούνται ανά διετία, δυνάμει του άρθρου 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Για τα ισχύοντα όρια κατά τον χρόνο σύνταξης της παρούσης μελέτης και μέχρι τις 31.12.2025, βλ. τον κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμό (ΕΕ) 2023/2495 της Επιτροπής της 15^{ης} Νοεμβρίου 2023 για την τροποποίηση της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τα κατώτατα όρια για τις συμβάσεις προμηθειών, υπηρεσιών και έργων, και τους διαγωνισμούς μελετών (ΕΛ L της 16.11.2023) και τον κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμό (ΕΕ) 2023/2496 της Επιτροπής της 15^{ης} Νοεμβρίου 2023 για την τροποποίηση της οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τα κατώτατα όρια για τις συμβάσεις προμηθειών, υπηρεσιών και έργων, και τους διαγωνισμούς μελετών (ΕΛ L της 16.11.2023).

κείμενο της διακήρυξης ενός διαγωνισμού, τον ακριβή τρόπο που αυτή επιλέγει να επιτρέψει σε συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να στηριχθεί στις δυνατότητες άλλων φορέων για την προσήκουσα εκτέλεση μιας ορισμένης σύμβασης. Προφανώς και στην περίπτωση που γίνει χρήση αυτών των εκ του νόμου προβλεπόμενων δυνατοτήτων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, εξακολουθεί να ισχύει ο βασικός κανόνας, ότι οι προϋποθέσεις, σύμφωνα με τις οποίες θα απαιτήσει να ασκείται το δικαίωμα προσφυγής στις δυνάμεις τρίτου, δεν θα πρέπει να παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας ούτε να είναι ασύνδετες με το αντικείμενο της προκηρυσσόμενης σύμβασης.

ix. *Η ειδική εξαίρεση του άρθρου 74 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 91 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.*

Μία τελευταία ειδικά προβλεπόμενη εξαίρεση ως προς την εφαρμογή και τη δυνατότητα χρήσης της δάνειας εμπειρίας τρίτου φορέα, τίθεται όσον αφορά την περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων που έχουν αντικείμενο την παροχή κοινωνικών και άλλων ειδικών υπηρεσιών, όπως αναφέρονται στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Α' κατά την παρ. 1 του άρθρου 107 και στο Παράρτημα XVII του Προσαρτήματος Β', σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 318 του Ν. 4412/2016⁶⁴³.

Συγκεκριμένα, αναφορικά με τις εν λόγω υπηρεσίες το ΔΕΕ έχει κρίνει⁶⁴⁴ ότι το σύστημα για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών που θεσπίζεται με τις οδηγίες⁶⁴⁵ δεν επιβάλλει ευθέως στα κράτη μέλη την υποχρέωση να εφαρμόζουν τη δυνατότητα στήριξης στις δυνάμεις τρίτου φορέα και στις συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο τις επίμαχες υπηρεσίες (κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες), ενώ μία τέτοια υποχρέωση, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι επιβάλλεται στα κράτη μέλη ούτε με την επίκληση των γενικών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, εφόσον πρόκειται για τις ίδιες ως άνω υπηρεσίες. Μάλιστα, το Δικαστήριο παρατηρεί ότι παρά το γεγονός ότι η γενική αρχή του «αποτελεσματικού ανταγωνισμού» συνιστά ουσιώδη σκοπό των οδηγιών, εντούτοις, όσο σημαντικός και αν θεωρείται ο σκοπός αυτός, δεν μπορεί να συνεπάγεται ερμηνεία αντίθετη προς τις διατάξεις των οδηγιών⁶⁴⁶, οι οποίες θεσπίζουν κανόνες που δεν προβλέπουν ρητή

⁶⁴³ Κατά μεταφορά του άρθρου 74 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το οποίο παραπέμπει στο Παράρτημα XIV της εν λόγω οδηγίας και του άρθρου 91 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, το οποίο και παραπέμπει στο Παράρτημα XVII της ίδιας οδηγίας, αντίστοιχα.

⁶⁴⁴ Απόφαση ΔΕΕ της 17.03.2011, C-95/10, *Strong Segurança SA κατά Município de Sintra*, ECLI:EU:C:2011:161 (σκέψεις 36 επ.).

⁶⁴⁵ Η υπό κρίση απόφαση του Δικαστηρίου εκδόθηκε κατά τον χρόνο ισχύος του νομοθετικού πλαισίου της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και του άρθρου 47 παρ. 2 αυτής.

⁶⁴⁶ Η απόφαση του ΔΕΕ αναφέρεται στο ειδικό καθεστώς που καθιερώνουν για τις επίμαχες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών τα άρθρα 22, σε συνδυασμό με τα άρθρα 23 και 35 παρ. 4 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, όπως το ειδικό αυτό νομοθετικό πλαίσιο διατηρήθηκε με τα άρθρα 91-94 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και κατέστη εθνικό δίκαιο με τα άρθρα αντίστοιχα 318 παρ. 1 και 319-321 για τις συμβάσεις άνω των ορίων του άρθρου 235 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 15 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) και τα άρθρα 318 παρ. 2 και 295, 320, 109Α, 321 και 332 για τις αντίστοιχες συμβάσεις κάτω των ορίων. Για το Βιβλίο Ι του νόμου, οι σχετικές διατάξεις του άρθρου 107 παρ. 1, σε συνδυασμό με τα άρθρα 108 έως 110 του Ν. 4412/2016 για τις συμβάσεις άνω των ορίων και 107 παρ. 2, συνδυαστικά με τα άρθρα 122 και 109, 109Α και 110

εφαρμογή τους θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» στις συμβάσεις αυτές. Η κατ' αρχήν ευχέρεια που αναγνωρίζεται στις αναθέτουσες αρχές να μπορούν να αποκλείουν το δικαίωμα στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων εκκινεί από τη σκέψη ότι οι υπηρεσίες του ανωτέρω παραρτήματος δεν παρουσιάζουν *a priori*, δεδομένης της ιδιάζουσας φύσης τους, διασυνοριακό ενδιαφέρον, ικανό να δικαιολογήσει τη σύναψή τους κατόπιν διαδικασίας διαγωνισμού, μέσω της οποίας να θεωρείται αναγκαίο να δοθεί σε επιχειρήσεις άλλων κρατών μελών η δυνατότητα να λάβουν γνώση της προκήρυξης και να υποβάλουν προσφορά⁶⁴⁷.

Μάλιστα το Δικαστήριο έκρινε ότι ακόμα και σε περιπτώσεις που τέτοιου είδους συμβάσεις πράγματι παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον και άρα υπόκεινται στις γενικές αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, όπως απορρέουν από τα άρθρα 49 ΣΛΕΕ και 56 ΣΛΕΕ⁶⁴⁸, δεν μπορούν να αλλοιώσουν το διακριτό κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τις συμβάσεις, οι οποίες συνάπτονται για υπηρεσίες με τον εξαιρετικό αυτό χαρακτήρα. Ειδικότερα, το ΔΕΕ απέκλεισε, ακόμα και στις περιπτώσεις που μία τέτοια σύμβαση σαφώς παρουσιάζει διασυνοριακό ενδιαφέρον, λόγω πχ. του ύψους του προϋπολογισμού της, την επίκληση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, προκειμένου να καταστεί εν τέλει υποχρεωτική για τις αναθέτουσες αρχές η πρόβλεψη στήριξης στην ικανότητα τρίτων φορέων, καθώς η ενδεχόμενη αδυναμία ενός προσφέροντος να επικαλεστεί τις τεχνικές ή οικονομικές δυνάμεις αλλότριου φορέα, δεν έχει σχέση με τη διαφάνεια της διαδικασίας για την ανάθεση μιας τέτοιας σύμβασης, σύμφωνα και με την ιδιάζουσα φύση τους. Τούτο θα εγκυμονούσε περαιτέρω, τον κίνδυνο να καταστεί άνευ πρακτικής αποτελεσματικότητας η διάκριση μεταξύ του τρόπου ανάθεσης των υπηρεσιών του εν λόγω παραρτήματος και συμβασιοποίησης των λοιπών αντικειμένων, καθώς και η εφαρμογή των διατάξεων των οδηγιών σε δύο επίπεδα, όπως έχει γίνει δεκτή από τη νομολογία του ΔΕΕ σε προηγούμενες αποφάσεις του⁶⁴⁹.

Κατά συνέπεια, κατέληξε το ΔΕΕ ότι, ενόψει των ανωτέρω σκέψεων, δεν μπορεί να επιβληθεί στα κράτη μέλη η υποχρέωση να επιτρέπουν τη δυνατότητα επίκλησης των μέσων τρίτων, βάσει του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» στις διεξαγόμενες διαδικασίες για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων που έχουν ως αντικείμενο τις εν λόγω υπηρεσίες. Πρωτίστως δε, η ως άνω παραδοχή πρέπει να γίνει δεκτή σε ορισμένες περιπτώσεις υπηρεσιών που έχουν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, τα οποία δικαιολογούν την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής συνεκτίμηση, σε κάθε συγκεκριμένη και μεμονωμένη περίπτωση, της προσφοράς που υποβάλλει κάθε υποψήφιος ατομικώς⁶⁵⁰. Εντούτοις, ο ανωτέρω κανόνας απλώς συνιστά ευχέρεια

για τις εν λόγω συμβάσεις κάτω των ορίων, ενσωμάτωσαν στην εθνική έννομη τάξη τις διατάξεις των άρθρων 74-77 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

⁶⁴⁷ Βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 13.11.2007, C-507/03, *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας*, ECLI:EU:C:2007:676 (σκέψη 25).

⁶⁴⁸ Βλ. συναφώς, την ανωτέρω απόφαση στην υπόθεση C-507/03, σκέψεις 26 και 29 έως 31.

⁶⁴⁹ Βλ. σχετικά Απόφαση ΔΕΕ της 14.11.2002, C-411/00, *Felix Swoboda*, ECLI:EU:C:2002:660 (σκέψη 55).

⁶⁵⁰ Βλ. σκέψη 43 της απόφασης στην υπόθεση C-95/10, όπου γίνεται και ενδεικτική παράθεση τέτοιων υπηρεσιών όπως στην περίπτωση των «νομικών υπηρεσιών», των «υπηρεσιών ευρέσεως εργασίας και διαθέσεως προσωπικού», των «υπηρεσιών εκπαιδύσεως και επαγγελματικής κατάρτισεως» αλλά και των «υπηρεσιών έρευνας και ασφαλείας».

παρεχόμενη στα κράτη μέλη και δη στις αναθέτουσες αρχές αυτών και δεν απαγορεύεται να προβλέπουν στις εθνικές νομοθεσίες ή/και στα έγγραφα της σύμβασης, όπως συνθέτουν το εκάστοτε κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής ενός διαγωνισμού, την εφαρμογή των διατάξεων για τον δανεισμό εμπειρίας τρίτης επιχείρησης και άρα πράγματι να επιτρέπουν ακόμα και στις υπό κρίση «ιδιάζουσες» δημόσιες συμβάσεις τη χρήση μέσων που δεν κατέχουν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς αυτοτελώς, αλλά θέτουν στη διάθεσή τους, τρίτες οντότητες⁶⁵¹.

8. Η πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ για την υποχρέωση αντικατάστασης του τρίτου φορέα

ι. Η υπόθεση C-210/20.

Το ΔΕΕ είχε την ευκαιρία, σε δύο πρόσφατες αποφάσεις του, να επεξεργαστεί έτι περαιτέρω τη δυνατότητα που έχει στη διάθεσή της η αναθέτουσα αρχή να αιτηθεί την αντικατάσταση τρίτου, δανείζοντας εμπειρία, φορέα, στις ικανότητες του οποίου προτίθεται να στηριχθεί ένας προσφέρων. Στην πρώτη περίπτωση⁶⁵², από τα πραγματικά περιστατικά της φερόμενης προς κρίση ενώπιον του δικαστηρίου της κύριας δίκης, υπόθεσης, πρόκυπτε ότι ο τρίτος φορέας, είχε υποβάλλει ψευδείς δηλώσεις, αναφορικά με τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του, σχετιζόμενες με την ύπαρξη ποινικών καταδικαστικών αποφάσεων σε βάρος του και μάλιστα με ισχύ δεδικασμένου, τις οποίες όμως, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, ούτε γνώριζε ούτε ήταν σε θέση να γνωρίζει. Τέθηκε λοιπόν το προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ⁶⁵³, κατά πόσο ο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ερμηνευόμενο σε

⁶⁵¹ *Ad hoc* ΑΕΠΠ 1218/2019 σκέψη 30.

⁶⁵² Απόφαση ΔΕΕ της 03.06.2021, C-210/20, *Rad Service Srl Unipersonale κλπ.*, ECLI:EU:C:2021:445. Βλ. *Laetitia Driguez*, *Marchés publics - Exclusion d'un soumissionnaire*, Europe 2021, n° 8-9 août, comm. 296 και *David McGowan*, *Questions of reliance and replacement of entities subject to grounds of exclusion: a note on Rad Service Srl Unipersonale v Del Debbio SpA (C-210/20)*, *Public Procurement Law Review*, 2021, σελ. NA173-NA175.

⁶⁵³ Το ζήτημα που απασχόλησε το δικαστήριο της κύριας δίκης συμπυκνώνεται στο κατά πόσο είναι συμβατός με το ενωσιακό δίκαιο, ο άμεσος και άνευ άλλου τινός αποκλεισμός ενός προσφέροντος από διαγωνιστική διαδικασία, εξαιτίας πλημμέλειας που εμφανίζει η προσφορά του, όπως προκύπτει από ψευδείς πληροφορίες που είχε παράσχει όχι ο ίδιος, αλλά ο φορέας, στις ικανότητες του οποίου είχε δηλώσει ότι θα στηριχθεί για την εκτέλεση της σύμβασης, καίτοι κατ' εφαρμογή των οριζομένων στο άρθρο 63 της οδηγίας, είναι επιτρεπτή η αντικατάσταση της τρίτης επιχείρησης όταν δεν πληροί κάποιο κριτήριο επιλογής ή όταν συντρέχουν σε βάρος της υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού και σε συνδυασμό βέβαια, με τη δυνατότητα εφαρμογής ή όχι εκ μέρους των κρατών μελών των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού κατά το άρθρο 57 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και μάλιστα με κυμαινόμενο βαθμό αυστηρότητας, με γνώμονα εκτιμήσεις νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσης που επικρατούν σε εθνικό επίπεδο (σκέψεις 27-28). Έτσι, το αρχικό ερώτημα διατυπώθηκε ως ακολούθως: «Πρέπει να θεωρηθεί ότι το άρθρο 63 της οδηγίας [2014/24], σε συνδυασμό με τις αρχές της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών που κατοχυρώνονται στα άρθρα 49 και 56 [ΣΔΕΕ], αντιτίθεται στην εφαρμογή της ιταλικής κανονιστικής ρυθμίσεως αφορώσας τη στήριξη στις δυνατότητες άλλου φορέα και τον αποκλεισμό από τις διαδικασίες αναθέσεως, η οποία περιέχεται στο άρθρο 89, παράγραφος 1, τέταρτο εδάφιο, του ιταλικού κώδικα δημοσίων συμβάσεων, [...] σύμφωνα με το οποίο, σε περίπτωση ψευδούς δηλώσεως εκ μέρους της βοηθητικής επιχειρήσεως σχετικά με την ύπαρξη ποινικών καταδικαστικών αποφάσεων με ισχύ δεδικασμένου, από τις οποίες ενδεχομένως μπορεί να αποδειχθεί η τέλεση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αποκλείει πάντοτε τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα, χωρίς να του επιβάλλει ή να του επιτρέπει να υποδείξει άλλη κατάλληλη βοηθητική επιχείρηση προς αντικατάσταση της πρώτης, όπως εντούτοις ορίζεται στις λοιπές περιπτώσεις

συνδυασμό με το άρθρο 57 παρ. 4, περίπτωση η)⁶⁵⁴ και κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, καθιστά ασύμβατη με το ενωσιακό δίκαιο, εθνική ρύθμιση, βάσει της οποίας η αναθέτουσα αρχή ενός διαγωνισμού, υποχρεούται να απορρίψει αυτομάτως την προσφορά ενός υποψηφίου αναδόχου σε συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης, χωρίς προηγουμένως να έχει τουλάχιστον τη δυνατότητα να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου φορέα, σε περίπτωση που ο τελευταίος έχει υποβάλλει ψευδείς δηλώσεις ως προς την ύπαρξη ποινικών καταδικαστικών αποφάσεων που έχουν αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου σε βάρος του.

Όπως απεφάνθη το ΔΕΕ, σκοπός του κανονιστικού πλαισίου που θεσπίζεται με το πλέγμα των επίμαχων διατάξεων, είναι να εξακριβώσει η αναθέτουσα αρχή ότι τόσο ο ίδιος ο προσφέρων όσο και ο τρίτος, στις δυνάμεις του οποίου πρόκειται να στηριχθεί, πληρούν τα εφαρμοστέα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, καθώς και ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό τους κάποιος από τους προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 57 της οδηγίας. Η δε προβλεπόμενη από το άρθρο 63 υποχρεωτικότητα αντικατάστασης – είτε κατ' ενάσκηση της παρεχόμενης διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής είτε καθ' υποχρεωτική επιβολή αυτής στις εθνικές αναθέτουσες αρχές από τη νομοθεσία ενός κράτους μέλος – ακόμα και στην περίπτωση που συντρέχουν μη υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού, ερμηνευόμενη γραμματικά, ασφαλώς δεν μπορεί στερεί από μία αναθέτουσα αρχή την αρχική, ελάχιστη δυνατότητα αυτής, να απαιτήσει την εν λόγω αντικατάσταση. Ένα κράτος μέλος δηλαδή, μπορεί μόνο κατά την ενσωμάτωση στο εθνικό του δίκαιο των επίμαχων διατάξεων, να τρέψει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής σε υποχρέωση να επιβάλλει μια τέτοια αντικατάσταση εκ μέρους του διαγωνιζόμενου, όχι όμως και να τη στερήσει ολοκληρωτικά, καθώς κάτι τέτοιο θα αντέβαινε στην αρχή της αναλογικότητας⁶⁵⁵, βάσει της οποίας, οι κανόνες που θεσπίζουν τα κράτη μέλη ή οι αναθέτουσες αρχές στο πλαίσιο της εφαρμογής των διατάξεων της εν λόγω οδηγίας, δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη των σκοπών που επιδιώκει η οδηγία⁶⁵⁶.

στις οποίες οι άλλοι φορείς των οποίων τις δυνατότητες επικαλείται ο οικονομικός φορέας δεν πληρούν κάποιο σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τους οποίους συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού;» και αναδιατυπώθηκε στη σκέψη 29 της απόφασης ως εξής: «...το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινιστεί αν το άρθρο 63 της οδηγίας 2014/24, ερμηνευόμενο σε συνδυασμό με το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο η', και παράγραφος 6, της οδηγίας αυτής και υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, έχει την έννοια ότι αντιτίθεται σε εθνική ρύθμιση βάσει της οποίας η αναθέτουσα αρχή οφείλει άνευ ετέρου να αποκλείσει έναν προσφέροντα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, στην περίπτωση που η βοηθητική επιχείρηση της οποίας τις δυνατότητες σκόπευε να στηριχθεί ο προσφέρων έχει υποβάλει ψευδή δήλωση ως προς την ύπαρξη ποινικών καταδικαστικών αποφάσεων που έχουν αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου, χωρίς η αρχή αυτή να δύναται, σε μια τέτοια περίπτωση, να επιβάλει ή τουλάχιστον να επιτρέψει στον προσφέροντα να προβεί στην αντικατάσταση της εν λόγω επιχείρησης, αντιθέτως προς ό,τι προβλέπεται σε σχέση με τις άλλες περιπτώσεις κατά τις οποίες οι φορείς των οποίων τις δυνατότητες επικαλείται ο προσφέρων δεν πληρούν κάποιο σχετικό κριτήριο επιλογής ή συντρέχει ως προς αυτούς υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού.»

⁶⁵⁴ Αντίστοιχη η διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4, περίπτωση ζ) του Ν. 4412/2016.

⁶⁵⁵ Πρβλ. στην ίδια κατεύθυνση και Απόφαση ΔΕΕ της 22.10.2015, C-425/14, *Impresa Edilux Srl, ως εκπρόσωπος της κοινοπραξίας, Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)*, ECLI:EU:C:2015:721 (σκέψη 36).

⁶⁵⁶ Σκέψεις 31-34 της απόφασης και εκεί περαιτέρω παραπομπές στις Αποφάσεις ΔΕΕ της 16.12.2008, C-213/07, *Μηχανική Α.Ε.*, ECLI:EU:C:2008:731 (σκέψη 48), και της 30.01.2020, C-395/18, *Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA*, ECLI:EU:C:2020:58 (σκέψη 45).

Περαιτέρω, το Δικαστήριο αιτιολόγησε την απάντησή του στο τεθέν ερώτημα, κάνοντας αναφορά και στον σκοπό που επιδιώκουν τα εφαρμοστέα άρθρα της οδηγίας και ο οποίος συνίσταται στο να παρασχεθεί στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να βεβαιωθεί για την ακεραιότητα και την αξιοπιστία εκάστου προσφέροντος και, υπό την έννοια αυτή, να μη διαρρηγνύεται η σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και αναθέτουσας αρχής⁶⁵⁷. Μάλιστα, υπό το ανωτέρω πρίσμα, το ΔΕΕ δέχτηκε ότι το άρθρο 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σε συνδυασμό με την αιτιολογική της σκέψη 102 αυτής, εγγυάται, κατ' αρχήν, το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα που εμπίπτει σε μία από τις περιπτώσεις των παρ. 1 και 4 της ίδιας διάταξης, να παράσχει στοιχεία που αποδεικνύουν ότι έλαβε επανορθωτικά μέτρα που αποκατέστησαν την αξιοπιστία του, παρά την αρχική διαπίστωση της ύπαρξης σχετικού λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό του.

Υπό τις συνθήκες αυτές, απεφάνθη επιπρόσθετα το ΔΕΕ, πριν ακόμα απαιτήσει μια αναθέτουσα αρχή από προσφέροντα την αντικατάσταση τρίτης οντότητας, τα μέσα της οποίας επικαλείται για την εκτέλεση της σύμβασης, ακριβώς λόγω του ότι αυτή η τελευταία εμπίπτει σε έναν από τους προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 57 της οδηγίας, θα πρέπει σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 63, η αναθέτουσα αρχή να δώσει τη δυνατότητα στον ίδιο τον διαγωνιζόμενο ή/και στον δανείζοντα αυτόν εμπειρία, φορέα, να παρουσιάσουν ενώπιόν της, τα διορθωτικά μέτρα που τυχόν έλαβαν για τη θεραπεία της διαπιστωθείσας πλημμέλειας και, ως εκ τούτου, την ευκαιρία να αποδείξουν ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί, εκ νέου, να θεωρηθεί αξιόπιστος⁶⁵⁸. Σε συνέχεια των ανωτέρω συλλογισμών, μόνο επικουρικός και εφόσον ο φορέας, ως προς τον οποίο συντρέχει λόγος αποκλεισμού, δεν έχει λάβει κανένα διορθωτικό μέτρο ή αν τα μέτρα που έλαβε, όπως παρουσιάστηκαν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, κρίθηκαν ανεπαρκή, τότε όντως, η τελευταία μπορεί ή – αν το εθνικό της δίκαιο την υποχρεώνει προς τούτο – οφείλει να απαιτήσει από τον προσφέροντα να προβεί σε αντικατάσταση του εν λόγω υποστηρικτικού φορέα.

Συναφώς, διευκρινίστηκε από το Δικαστήριο ότι κατά το άρθρο 57 παρ. 6, εδάφιο τέταρτο της οδηγίας, ο οικονομικός φορέας που αποκλείστηκε με τελεσίδικη δικαστική απόφαση από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης δεν έχει προφανώς, διαρκούσης της περιόδου αποκλεισμού του, όπως καθορίζεται στην εν λόγω απόφαση και στο έδαφος των κρατών μελών, όπου η απόφαση αυτή παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, το δικαίωμα να επικαλεστεί τα διορθωτικά μέτρα που έλαβε κατόπιν της έκδοσης της απόφασης αποκλεισμού και, ως εκ τούτου, να τύχει επιεικούς αντιμετώπισης, αποφεύγοντας τον αποκλεισμό του, εφόσον κριθούν επαρκή τα αποδεικτικά στοιχεία. Εντούτοις, όταν μία τέτοια τελεσίδικη δικαστική απόφαση αποκλείει από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης

⁶⁵⁷ Πρβλ. και Αποφάσεις ΔΕΕ της 19.06.2019, C-41/18, *Meca Srl*, ECLI:EU:C:2019:507 (σκέψη 29) και της 03.10.2019, C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA*, ECLI:EU:C:2019:826 (σκέψη 26). Η αρχή αυτή επιβεβαιώθηκε και στην πρόσφατη Απόφαση ΔΕΕ της 10.11.2022, C-631/21, *Taxi Horn Tours BV*, ECLI:EU:C:2022:869 (σκέψη 49).

⁶⁵⁸ Πρβλ. και την Απόφαση ΔΕΕ της 03.10.2019, C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA*, ECLI:EU:C:2019:826 (σκέψη 37). Κρίση που φαίνεται να συμβαδίζει και να κινείται προς την ίδια κατεύθυνση, με τον κατ' αρχήν θεωρητικό προβληματισμό που εκφράστηκε και στην υποσημείωση 626.

δημόσιας σύμβασης ή ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης όχι τον ίδιο τον απευθείας υποβάλλοντα προσφορά, αλλά έναν έτερο φορέα, στα μέσα του οποίου σκόπευε να στηριχθεί ο προσφέρων, πρέπει, στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή να παράσχει στον ως άνω προσφέροντα τη δυνατότητα να προβεί σε αντικατάσταση του τρίτου συνεργάτη του.

Επιπρόσθετα, το ΔΕΕ σχολίασε ότι, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας κατά την ερμηνευτική προσέγγιση της διάταξης του άρθρου 63 παρ. 1, εδάφιο δεύτερο, τρίτη περίοδος της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως συνάγεται ευχερώς και από το περιεχόμενο της αιτιολογικής σκέψης 101, τρίτο εδάφιο, κατά την οποία, όταν οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού, πρέπει να το πράττουν, δίνοντας ιδιαίτερη προσοχή στην εν λόγω αρχή, πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι όταν ο επιβαλλόμενος από την εθνική νομοθεσία λόγος αποκλεισμού, δεν πλήττει τον συμμετέχοντα για παράβαση καταλογιστέα σε αυτόν, αλλά για παράβαση διαπραχθείσα από τρίτο φορέα, ο οποίος θέτει τους πόρους του στη διάθεση του προσφέροντος, η προσοχή που απαιτείται να επιδεικνύουν οι αναθέτουσες αρχές κατά τα ανωτέρω, πρέπει να είναι ακόμη μεγαλύτερη. Το συμπέρασμα αυτό παρίσταται αυτονόητο, καθώς ο υποψήφιος ανάδοχος έχει περιορισμένη και συγκεκριμένη έκταση ελέγχου της κατάστασης του τρίτου και προφανώς ενδέχεται να υπάρχουν και πτυχές της, οι οποίες καίτοι εκφεύγουν του πεδίου ελέγχου του, δύνανται όμως να επηρεάζουν τη δική του συμμετοχή και τη νομιμότητα της υποβληθείσας προσφοράς του⁶⁵⁹.

Ενόψει δεν των ανωτέρω εξαχθέντων συμπερασμάτων, κατέληξε το Δικαστήριο ότι η αρχή της αναλογικότητας επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή να προβαίνει σε συγκεκριμένη και εξατομικευμένη εκτίμηση της στάσης του οικείου οικονομικού φορέα, βάσει όλων των στοιχείων που συγκροτούν το πραγματικό της εκάστοτε υπόθεσης και ασκούν επιρροή συναφώς⁶⁶⁰. Στην ίδια λογική, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να λαμβάνει υπόψη τα μέσα που πράγματι είχε στη διάθεσή του ο προσφέρων, προκειμένου να διαπιστώσει ότι συνέτρεχε παράβαση εκ μέρους του τρίτου φορέα, στις δυνατότητες του οποίου σκόπευε να στηριχθεί⁶⁶¹ και άρα, όταν ο λόγος αποκλεισμού που συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου, εκφεύγει της σφαίρας επιρροής και ελέγχου του ίδιου του διαγωνιζόμενου, τότε δεν θα πρέπει να λαμβάνεται σε βάρος του άνευ άλλου τινός, το αυστηρότερο μέτρο του αποκλεισμού. Αντιθέτως, θα πρέπει να μην εμποδίζεται η δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου.

Κατά συνέπεια, το ΔΕΕ έκανε δεκτό ότι στην ουσία θεσπίζεται μία επάλληλη, ιεραρχική, κλιμακωτή υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, ως προς τα μέσα που καλείται αυτή να λάβει για τη θεραπεία τέτοιων πλημμελειών της προσφοράς των υποψηφίων αναδόχων. Αρχικά δηλαδή, θα πρέπει να διαπιστώνεται, κατά πόσο η τρίτη

⁶⁵⁹ Πρβλ. την Απόφαση ΔΕΕ της 30.01.2020, C-395/18, *Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA*, ECLI:EU:C:2020:58 (σκέψη 48).

⁶⁶⁰ Βλ. σκέψη 40 της απόφασης και εκεί περαιτέρω παραπομπές, κατ' αναλογία, στις Αποφάσεις ΔΕΕ της 13.12.2012, C-465/11, *Forposta και ABC Direct Contact*, ECLI:EU:C:2012:801 (σκέψη 31) και της 03.10.2019, C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA*, ECLI:EU:C:2019:826 (σκέψη 29). Πρβλ. και ΔΕφΠατρ (Αναστ.) 47/2020, σκέψη 17 και σε συνέχεια αυτής τη ΔΕφΠατρ 97/2021 του ακυρωτικού σχηματισμού.

⁶⁶¹ Πρβλ. Απόφαση ΔΕΕ της 30.01.2020, C-395/18, *Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA*, ECLI:EU:C:2020:58 (σκέψη 52).

επιχείρηση, παρά την ενδεχόμενη, αρχική διάγνωση ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό της, έλαβε πράγματι επανορθωτικά μέτρα, προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της. Σε δεύτερο χρόνο, εάν δεν λήφθηκαν επανορθωτικά μέτρα εκ μέρους του τρίτου ή κριθεί από την αναθέτουσα αρχή ότι αυτά δεν επαρκούν, τότε θα πρέπει η τελευταία να ζητήσει την αντικατάστασή του από τον οικονομικό φορέα που λαμβάνει μέρος στον διαγωνισμό, στηριζόμενος στα μέσα του συγκεκριμένου «ακατάλληλου» τρίτου. Εάν ούτε και αυτό είναι εφικτό, τότε μοιραία, ο προσφέρων θα πρέπει να αποκλειστεί από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Τέλος, το ΔΕΕ, με την υπό κρίση απόφαση, είχε την ευκαιρία να διευκρινίσει ακόμη ότι όταν η αναθέτουσα αρχή εφαρμόζει την εκ του νόμου προβλεπόμενη δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου φορέα, οφείλει να μεριμνήσει, σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, κατά το άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24⁶⁶², ώστε η αντικατάσταση του οικείου φορέα να μην καταλήξει σε ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου. Το αίτημα δηλαδή αντικατάστασης του τρίτου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, πρέπει να τελεί υπό τους αυτούς όρους και προϋποθέσεις, βάσει των οποίων εφαρμόζεται και το αίτημα αποσαφηνίσεως μιας προσφοράς και άρα, δεν πρέπει να καταλήγει σε υποβολή, στην πραγματικότητα νέας, εξαιτίας του ότι μεταβάλλει ουσιωδώς το περιεχόμενο της αρχικά υποβληθείσας προσφοράς⁶⁶³.

ii. *Η υπόθεση C-927/19.*

Στη δεύτερη κατά σειρά εξεταζόμενη απόφαση⁶⁶⁴ του ΔΕΕ, το τελευταίο αρχικά, επιβεβαίωσε τα πορίσματα της προηγούμενης απόφασης⁶⁶⁵, παρά το γεγονός ότι στην υπό κρίση περίπτωση, το ίδιο ζήτημα ανέκυπτε εντός των κόλπων ενός κοινοπρακτικού σχήματος και άρα θεωρητικά τουλάχιστον, οι κατά τεκμήριο (όχι πάντως αμάχητο) στενότεροι δεσμοί μεταξύ των κοινοπρακτούντων μελών, θα μπορούσαν να μεταβάλλουν την αντιμετώπισή του από το Δικαστήριο. Ωστόσο, το τελευταίο παρέμεινε στην ίδια ακριβώς γραμμή που είχε ακολουθήσει και στην υπόθεση C-210/20, κρίνοντας και πάλι ότι παρά τον συνεργατικό δεσμό μεταξύ τους, πράγματι τα λοιπά μέλη μιας κοινοπραξίας, δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί *a priori* δεδομένο ότι τελούσαν σε γνώση της πλημμέλειας των δηλώσεων και δη της συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο ενός και μόνο μέλους, ώστε να καθίσταται συλλήβδην απορριπτέα η από κοινού υποβαλλόμενη προσφορά τους, χωρίς προηγουμένως να εφαρμοστεί η διαδοχική, επάλληλη σειρά των μέτρων που

⁶⁶² Άρθρο 18 του Ν. 4412/2016.

⁶⁶³ Πρβλ. Αποφάσεις ΔΕΕ της 29.03.2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. κλπ.*, ECLI:EU:C:2012:191 (σκέψη 40), της 07.04.2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, ECLI:EU:C:2016:214 (σκέψη 64) και της 11.05.2017, C-131/16, *Archus και Gama*, ECLI:EU:C:2017:358 (σκέψεις 31 και 37).

⁶⁶⁴ Απόφαση ΔΕΕ της 07.09.2021, C-927/19, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo entras*, ECLI:EU:C:2021:700. Βλ. *Jonathan Taylor*, An illustration of confidentiality rules, contract-specific turnover requirements and proportionality in applying exclusions: Klaipėdos Regiono Atliekų Tvarkymo Centras UAB (C-927/19): case comment, *Public Procurement Law Review*, 2022, σελ. NA4-NA12 και *Denys Simon*, *Marchés publics - Confidentialité des informations*, Europe 2021, n° 11 Novembre, comm. 384.

⁶⁶⁵ Σκέψεις 149-158 της απόφασης.

καθορίστηκαν με την απόφαση στην υπόθεση C-210/20 για τη θεραπεία και τη διάσωσή της.

Δευτερευόντως όμως και αυτό ήταν ένα από τα πιο ενδιαφέροντα σημεία της απόφασης αυτής⁶⁶⁶, το Δικαστήριο απεφάνθη μεταξύ άλλων, ότι όταν ένας οικονομικός φορέας στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου, προκειμένου να αποδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια για την τεκμηρίωση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής σε τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία, όπως απαιτείται από τη διακήρυξη γενικά και αόριστα, με αναφορά μόνο σε επιτευχθέντα ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, χωρίς ο ορισμένος αυτός ελάχιστος κύκλος εργασιών να αφορά το ειδικό αντικείμενο της διεκδικούμενης σύμβασης, μπορεί ελεύθερα να επικαλείται κύκλο εργασιών, όπως αυτός επετεύχθη, στο πλαίσιο προηγούμενου διαγωνισμού, στον οποίο αυτός έλαβε μέρος, όχι μεμονωμένα, αλλά ομού, με περισσότερους οικονομικούς φορείς, εντός κοινοπρακτικού σχήματος και ειδικότερα, προσωρινά συσταθείσας κοινοπραξίας. Εάν δηλαδή η αναθέτουσα αρχή επέβαλε μία και μόνη προϋπόθεση, αναφερόμενη απλώς σε ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, χωρίς την απαίτηση ο επιτευχθείς κύκλος εργασιών να αφορά τον καλυπτόμενο από τη σύμβαση τομέα, ο οικονομικός φορέας μπορεί χωρίς κανένα κώλυμα να επικαλεστεί εισοδήματα που αποκτήθηκαν από κοινοπραξία, στην οποία μετείχε, ακόμη και αν δεν συνέβαλε πράγματι, στο πλαίσιο εκτέλεσης συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης, στην υλοποίηση τμήματος που τελεί σε αντιστοιχία με το προκηρυσσόμενο αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης και για την οποία ο οικονομικός φορέας επιδιώκει σε χρόνο ενεστώτα να αποδείξει ότι διαθέτει το κριτήριο της χρηματοπιστωτικής επάρκειας, αυτοτελώς.

Αντιθέτως, εφόσον η αναθέτουσα αρχή απαιτεί ο ορισμένος αυτός ελάχιστος κύκλος εργασιών να έχει πραγματοποιηθεί από την εκτέλεση συμβατικού αντικειμένου ή τμήματος αυτού, ανάλογου με το αντικείμενο του τρέχοντος διαγωνισμού και μόνο, τότε η εν λόγω απαίτηση επιτελεί διττό σκοπό. Συγκεκριμένα, αφενός σκοπεύει να καταδείξει την οικονομική φερεγγυότητα των υποψηφίων αναδόχων, ενώ παράλληλα, συμβάλλει και στην απόδειξη του τεχνικού τους επιπέδου. Στην περίπτωση αυτή δηλαδή, η οικονομική επιφάνεια του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, όπως και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητά του, χαρακτηρίζουν αποκλειστικά τον ίδιο ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο. Διαπιστώνεται εν προκειμένω από το ΔΕΕ, μία διαπλοκή του κριτηρίου οικονομικής επάρκειας και τεχνικής πληρότητας του υποψηφίου. Επομένως, σε ένα τέτοιο ενδεχόμενο, ο οικονομικός φορέας μπορεί, προς απόδειξη της χρηματοπιστωτικής του δυνατότητας, να επικαλεστεί, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης, εισοδήματα κτηθέντα από προσωρινή κοινοπραξία επιχειρήσεων, στην οποία μετείχε κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης από το κοινοπρακτικό σχήμα, μόνο εφόσον πράγματι συνέβαλε στην υλοποίησή της ή τμήματος αυτής που τελούσε σε αναλογία με το αντικείμενο της νυν διεκδικούμενης σύμβασης, την ανάθεση της οποίας επιδιώκει και στο πλαίσιο της οποίας επικαλείται την εκ μέρους του κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής.

⁶⁶⁶ Σκέψεις 77-82 της απόφασης.

Έτσι, καταληκτικά, κρίθηκε από το Δικαστήριο ότι όταν ένας οικονομικός φορέας επικαλείται την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια κοινοπραξίας οικονομικών φορέων, στην οποία είχε μετέσχει, προκειμένου να αναγνωριστεί υπέρ του το σχετικό τεκμήριο για την κάλυψη του υπό εξέταση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, η υποστηριζόμενη εκ μέρους του επάρκεια πρέπει να εκτιμάται σε σχέση με τη συγκεκριμένη συμμετοχή του εν λόγω φορέα και, κατ' επέκταση, με αναγωγή στην πραγματική του συνεισφορά στην άσκηση μιας δραστηριότητας που ήταν απαραίτητη για την κοινοπραξία στο πλαίσιο συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης, με αντικείμενο ανάλογο με τη νυν διεκδικούμενη⁶⁶⁷.

9. Τελικές παρατηρήσεις.

Φτάνοντας λοιπόν στο τέλος και του τρίτου κεφαλαίου και έχοντας παρουσιάσει στο μέτρο του δυνατού όλες τις πτυχές του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», μένει να διευκρινιστεί εάν μπορεί να δοθεί μία κατηγορηματική απάντηση στο ερώτημα, «τελικά τι είναι η δάνεια εμπειρία;». Πριν γίνει έστω, απόπειρα να απαντηθεί επαρκώς το ανωτέρω ερώτημα, κρίνεται σκόπιμο να γίνουν ορισμένες καταληκτικές επισημάνσεις σχετικά. Αυτό που πρέπει ήδη να έχει καταστεί απολύτως σαφές μέσα από την ανάλυση που προηγήθηκε, είναι ότι η δάνεια εμπειρία ως μορφή έμμεσης παροχής αρωγής είτε σε τεχνικό είτε σε χρηματοοικονομικό επίπεδο από έναν (μη συμμετέχοντα στον διαγωνισμό) τρίτο φορέα προς έναν διαγωνιζόμενο που πράγματι λαμβάνει μέρος στον διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά, συνιστά απλώς ένα μεθοδολογικό εργαλείο πλήρωσης μέσω τρίτου, της απαιτούμενης από τη διακήρυξη ποιοτικής στάθμης για την εκτέλεσή της. Τόσο με όρους οικονομικής επάρκειας όσο και τεχνικής ικανότητας.

Ως εκ τούτου και λαμβάνοντας υπόψη ότι πρόκειται για θεσμό που γεννήθηκε στην πράξη, με σκοπό να προσδώσει την απαραίτητη ευελιξία σε μορφές συνεργασίας μεταξύ οικονομικών φορέων που δεν εμφανίζουν τη στατικότητα πιο μόνιμων συμμετοχικών σχημάτων, δεν χαρακτηρίζεται από σταθερές νόρμες, δεν έχει όρια ως προς τους πιθανούς τρόπους χρήσης της και κατά μία έννοια, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι οι κανόνες που διέπουν την εφαρμογή της, δεν ορίζονται με απολύτως καθορισμένο και συγκεκριμένο πλαίσιο που παραμένει αμετάβλητο για απροσδιόριστο αριθμό προκηρυσσόμενων διαγωνιστικών διαδικασιών. Ούτε φυσικά είναι δυνατόν να υποστηρίζεται ότι η χρήση της είναι ενιαία και οριζόντια, ανεξαρτήτως της φύσης του αντικείμενου και των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών ή των απολύτως εξειδικευμένων τεχνικών (κυρίως), αλλά και οικονομικών παραμέτρων καθ' εκάστης δημόσιας σύμβασης. Υπόκειται όμως, αυτονοήτως σε περιορισμούς, που σχετίζονται με τη φύση και το αντικείμενο του διαγωνισμού, πάντα τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας όπως διαπλάστηκαν και εξελίχθηκαν τόσο νομολογιακά όσο και με τη θέσπιση ρητών νομοθετικών κανόνων για την προσφυγή στις δυνάμεις τρίτου.

Η ορθή και σύννομη χρήση της πρέπει να κρίνεται *on a case by case basis* και εντός του αυστηρά καθορισμένου πλαισίου της εκάστοτε κρινόμενης περίπτωσης, ενώ

⁶⁶⁷ Βλ. κατ' αναλογία, Απόφαση ΔΕΕ της 04.05.2017, C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2017:338 (σκέψη 62).

η αναγωγή σε γενικεύσεις και η αναζήτηση κατ' αναλογία εφαρμοζόμενων λύσεων σε παρεμφερείς περιπτώσεις, στη λογική του *one size fits all*, παρίσταται εξόχως παρακινδυνευμένη. Εξάλλου, ακριβώς λόγω της απεριόριστης ευελιξίας και της προσαρμοστικότητας που τη χαρακτηρίζει, είναι δεκτική παραμετροποιήσεων και αναμφισβήτητα διαθέτει ευρύτατα περιθώρια εφαρμογής, ανάλογα με την επιχειρηματική φαντασία και πρωτοτυπία των ίδιων των φυσικών ή νομικών προσώπων που την επικαλούνται, σε συνάφεια πάντοτε με τη φύση του εκάστοτε δημοπρατούμενου αντικειμένου. Κατά την τελευταία αυτή έννοια, μία κομβική παρατήρηση αφορά και σχετίζεται με την ορθή χρήση της δάνειας εμπειρίας από τις ίδιες τις αναθέτουσες αρχές.

Εκκινώντας από την παραδοχή ότι η στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα δεν είναι αυτοσκοπός, αλλά συνιστά μέσο, τρόπο, μέθοδο επίτευξης του ζητούμενου που είναι η κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ενός διαγωνισμού, είναι παραπάνω από προφανές ότι καθοριστικό ρόλο στη διαμόρφωση του πλαισίου εφαρμογής της διαδραματίζουν οι ίδιες οι αναθέτουσες αρχές. Σε αυτές εναπόκειται να αναλάβουν ενεργό ρόλο και εντός των ορίων που χαράσσει ο νομοθέτης και η ερμηνευτική προσέγγιση των διατάξεων μέσα από τις δικαστικές αποφάσεις, να προσαρμόσουν ρητά και απερίφραστα τις επιμέρους παραμέτρους επίκλησης των μέσων τρίτων εντός των τευχών του εκάστοτε διαγωνισμού.

Δυστυχώς είναι συχνό το φαινόμενο, οι αναθέτουσες αρχές να επιδεικνύουν μία ατολμία ή/και αβελτηρία, υπό τον φόβο σφάλματος, να προβλέψουν εξατομικευμένα σε έναν προκηρυσσόμενο διαγωνισμό, τους ειδικούς όρους, βάσει των οποίων επιθυμούν, κρίνουν σκόπιμο ή απλώς για λόγους πρακτικούς, θεωρούν χρήσιμο, να ασκηθεί το εν λόγω δικαίωμα εκ μέρους των υποψηφίων οικονομικών φορέων. Αντ' αυτού, στα κείμενα των διακηρύξεων ή των προσκλήσεων που δημοσιεύουν, αναπαράγουν με αυτούσια μεταφορά, τις διατάξεις του ίδιου του άρθρου του νόμου, δημιουργώντας ακόμα μεγαλύτερη ασάφεια και επιτείνοντας την αβεβαιότητα γύρω από το πως τελικά θα ασκηθεί το προβλεπόμενο δικαίωμα των ενδιαφερόμενων να επικαλεστούν μέσα τρίτων επιχειρήσεων. Με την ατελέσφορη όμως αυτή επιλογή, ουσιαστικά απονευρώνουν την επιδιωκόμενη από τον νομοθέτη πρακτική αποτελεσματικότητα του θεσμού. Ιδιαίτερα ως προς τις ήδη προβληματικές διατάξεις για την, όλως έκτακτη, απαίτηση της εκτέλεσης συγκεκριμένων υπηρεσιών από τον τρίτο φορέα ή/και την προαιρετική πρόβλεψη για παράλληλη ευθύνη του δανείζοντος οικονομική επάρκεια, η πλήρης απουσία κάποιας ρητά εκπεφρασμένης στο κείμενο της διακήρυξης επιλογής της αναθέτουσας αρχής, δημιουργεί σειρά ουσιαστικών προβλημάτων, όπως εκτέθηκαν ήδη στην οικεία ενότητα του παρόντος κεφαλαίου.

Ένα δεύτερο σχόλιο, το οποίο συνδέεται άμεσα με την προηγούμενη αναφορά, έχει να κάνει με το τι πραγματικά επιθυμούν να κάνουν οι ίδιοι οι οικονομικοί φορείς, υπό την έννοια ότι σε συμμόρφωση με τους όρους που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, θα πρέπει τουλάχιστον να έχουν προκαταβολικά αποφασίσει με ποιο τρόπο θα ενδύσουν τη μεταξύ τους συνεργασία. Δεν είναι σπάνια η διαπίστωση ότι οι ίδιοι οι συμμετέχοντες τελούν σε απόλυτη σύγχυση ως προς τον τρόπο με τον οποίο τελικά (επιθυμούν να) συνεργάζονται, με την περιπτώσιολογία να καλύπτει ένα ευρύ φάσμα παραδειγμάτων, από τα πιο ακραία που συγγέουν τη δάνεια εμπειρία με εντελώς

διαφορετικούς θεσμούς συμμετοχικής παρουσίας, όπως την ένωση και την κοινοπραξία, μέχρι τις πιο συνήθεις περιπτώσεις, όπου η δάνεια εμπειρία δεν διακρίνεται από την υπεργολαβική ανάθεση σύμβασης⁶⁶⁸. Κατ' αντιστοιχία με όσα ειπώθηκαν στον επίλογο του δεύτερου κεφαλαίου, αναφορικά με την επιλογή των οικονομικών φορέων να συμμετάσχουν από κοινού σε μία διαγωνιστική διαδικασία είτε ως ένωση είτε ως κοινοπραξία, έτσι και στην προκειμένη περίπτωση, έχοντας αντιληφθεί πλήρως τις διαφορετικές παραμέτρους, τις αναληφθείσες δεσμεύσεις, τις υποχρεώσεις, αλλά και τα δικαιώματα που απορρέουν από την έμμεση αυτή μορφή συμμετοχικής παρουσίας και ασφαλώς εντός των σαφών ορίων που θέτει η ίδια η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά αμέσως προηγουμένως, καταλείπεται στους ίδιους τους οικονομικούς φορείς, βάσει της αρχής της ιδιωτικής πρωτοβουλίας, η τελική επιλογή του πως θα βελτιστοποιήσουν μέσω του συνδυασμού των δυνάμεών τους, τις προϋποθέσεις συμμετοχής τους, σκοπώντας στην ανάληψη της διεκδικούμενης σύμβασης.

Εξάλλου, καίριας σημασίας για την αντίληψη του όλου θεσμού κρίνεται η κατανόηση του βασικού πυρήνα του. Αυτός έγκειται στο να μπορεί κάθε φορά να είναι απολύτως σαφές στο πλαίσιο μιας υποβαλλόμενης προσφοράς, τόσο για την αναθέτουσα αρχή, τον ίδιο τον προσφέροντα, τους ανταγωνιστές του, αλλά και ενδεχομένως το αρμόδιο διοικητικό όργανο ή/και το δικαστήριο, ποιο από τα μέσα που τεκμηριώνουν υπέρ του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα την εν γένει καταλληλότητά του να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, ανήκει αυτοτελώς στον ίδιο και ποιο είναι προϊόν επιχειρηματικής συνεννόησης με έτερη οντότητα. Και πάλι όμως, το όριο μεταξύ των μέσων που πράγματι ανήκουν στον ίδιο τον διαγωνιζόμενο και των αντίστοιχων πόρων που τίθενται στη διάθεσή του από τρίτη επιχείρηση, ώστε να καλύπτονται οι οικονομικές, αλλά κυρίως οι τεχνικές απαιτήσεις ενός διαγωνισμού, πολλές φορές παραμένει νεφελώδες και δυσδιάκριτο. Θα μπορούσε να ειπωθεί ότι το ασφαλέστερο κριτήριο είναι να διερευνάται κάθε φορά ποιο μέσο εντάσσεται στο «οπλοστάσιο» του ίδιου του συμμετέχοντος και ποιο όχι, σε σχέση πάντοτε με την αντικειμενική δυνατότητα εξουσίαισής του και άσκησης του κυριαρχικού δικαιώματος διάθεσής του⁶⁶⁹.

Υπό την έννοια αυτή, οτιδήποτε αποτελεί κατά μία ευρύτερη έννοια «περιουσιακό στοιχείο» (*asset*) της επιχείρησης του ίδιου του διαγωνιζόμενου, πχ. υλικοτεχνική υποδομή, στελεχιακό δυναμικό⁶⁷⁰, εξοπλισμό, μηχανήματα, οχήματα,

⁶⁶⁸ Για τη σαφή διάκριση μεταξύ των δύο θεσμών *lato sensu* συμμετοχικής παρουσίας, αλλά και την εξίσου αυτονόητη δυνατότητα παράλληλης ή/και ταυτόχρονης χρήσης τους μέσω του ίδιου ή διαφορετικού τρίτου φορέα ή περισσοτέρων, θα γίνει εκτενής αναφορά στο επόμενο και τελευταίο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης.

⁶⁶⁹ Πρβλ. την κρίση στην Απόφαση ΔΕΕ της 10.11.2022, C-631/21, *Taxi Horn Tours BV*, ECLI:EU:C:2022:869 (ιδίως σκέψεις 50-60).

⁶⁷⁰ Με σχέση εξαρτημένης (μισθωτής) εργασίας, οπότε πρόκειται για εργαζόμενους στην επιχείρηση αυτή, οι οποίοι υπόκεινται στο διευθυντικό δικαίωμα του εργοδότη τους. Ωστόσο, οι εξωτερικοί συνεργάτες με σχέση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών, όσο μόνιμη και διαρκής και αν είναι αυτή η επαγγελματική συνεργασία, δεν τους κατατάσσει εξ αυτού του λόγου στο υπαλληλικό προσωπικό ενός οικονομικού φορέα, αφού η απόφαση για τη διάθεσή τους σε έναν διαγωνισμό, ενδεχομένως ως μέλη της προτεινόμενης ομάδας έργου ή ο δανεισμός τους σε τρίτο φορέα, δεν είναι στην κρίση της

τεχνογνωσία, προηγούμενη επαγγελματική εμπειρία, συμβάσεις (μίσθωσης, *leasing*, αντιπροσωπείας, κλπ.), χρηματικά όρια από συνεργαζόμενες τράπεζες, η διάθεση του οποίου εναπόκειται αποκλειστικά στον ίδιο τον εν λόγω οικονομικό φορέα και ασκείται ελευθέρως και κατά το δοκούν μόνο από αυτόν, τότε αυτή η διαπίστωση συνιστά μία αρκετά ικανοποιητική ένδειξη ότι πράγματι πρόκειται για ίδιον αυτού μέσο. Αντιθέτως, οτιδήποτε δεν μπορεί να ενταχθεί σε κάποια από τις ως άνω ενδεικτικά αναφερόμενες, περιπτώσεις και συνεπώς, δεν μπορεί να το διαθέσει για την πλήρωση των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σε έναν συγκεκριμένο διαγωνισμό ο ίδιος ο προσφέρων, αυτοβούλως, πιθανότατα θα δημιουργεί τεκμήριο ότι πρόκειται για μέσο που του παρέχεται από τρίτο φορέα⁶⁷¹. Η ενδεχόμενη μονιμότητα πάντως και η διάρκεια μιας επιχειρηματικής συνεργασίας μεταξύ δύο οικονομικών φορέων (δανειζόμενου και δανειζοντος), δεν αρκεί αφ' εαυτής για να αλλοιώσει τον χαρακτήρα της στήριξης στις δυνατότητες τρίτου, όπως ρυθμίζεται από τις διατάξεις για τη δάνεια εμπειρία, ενώ συναφώς είναι αδιάφορο, εάν η παρεχόμενη στήριξη, γίνεται επ' ευκαιρία συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας ή αφορά απροσδιόριστο αριθμό διαγωνισμών.

επιχείρησης, με την οποία συνεργάζονται, αλλά επαφίεται ατομικώς στους ίδιους. Έτσι και ΑΕΠΠ 851/2021 σκέψη 18, με την οποία έγινε δεκτή προδικαστική προσφυγή και ακυρώθηκε απόφαση της αναθέτουσας αρχής που απέρριπτε την προσφορά της προσφεύγουσας, εδράζοντας την κρίση της επί του γεγονότος ότι τα προτεινόμενα μέλη της ομάδας έργου δεν είχαν δηλωθεί ούτε ως υπεργολάβοι ούτε ως δανειζόμενοι εμπειρία από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα και δεν είχαν αντίστοιχα υποβληθεί ισάριθμα αυτοτελή Ε.Ε.Ε.Σ. για αυτά. Ωστόσο, η Α.Ε.Π.Π. με βάση τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης διαπίστωσε ότι σε αντίθεση με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής, πράγματι οι εν λόγω δηλωθέντες συνεργάτες, όπως αυτοί απαρτίζουν και στελεχώνουν την προτεινόμενη από την προσφεύγουσα, ομάδα έργου, απασχολούνταν σε αυτήν με σχέση εξαρτημένης εργασίας, με την αναγγελία της πρόσληψής τους στον Οργανισμό Απασχόλησης Εργατικού Δυναμικού (Ο.Α.Ε.Δ.), να έχει ολοκληρωθεί μία (1) ημέρα πριν την υποβολή της προσφοράς της. Στην ίδια λογική κινήθηκε ορθά η ΑΕΠΠ 886/2020 σκέψεις 8 και 9, εστιάζοντας στη σχέση εξάρτησης ή όχι, προκειμένου να διαγνωστεί η ιδιότητα του τρίτου προς τον υποβάλλοντα προσφορά οικονομικό φορέα, αλλά και αντίστοιχα οι ΑΕΠΠ 247/2017 σκέψεις 6 και 7 και ΑΕΠΠ 253/2017 σκέψη 12.

⁶⁷¹ Εν είδη παραδείγματος και με σκοπό να καταδειχθεί η πολυπλοκότητα των σχέσεων που αναπτύσσονται και η δυσκολία διάκρισης οριακών περιπτώσεων, αναφέρεται το ακόλουθο θεωρητικό σχήμα. Μία εταιρεία που για να λάβει μέρος σε προκηρυσσόμενο διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών επικαλείται τις τεχνικές ικανότητες και την εμπειρία έτερης επιχείρησης για την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης (το προσωπικό, την τεχνογνωσία, τον εξοπλισμό της κλπ.), προφανώς λαμβάνει μέρος στον υπό κρίση διαγωνισμό δανειζόμενη εμπειρία από τη δεύτερη αυτή οντότητα, η οποία θα πρέπει να υποβάλλει αυτοτελώς Ε.Ε.Ε.Σ. και ενδεχομένως θα υποχρεωθεί, εφόσον προβλέπεται από τη διακήρυξη, να εκτελέσει η ίδια τις επίμαχες υπηρεσίες. Ωστόσο, η ανωτέρω περίπτωση θα πρέπει να αντιμετωπιστεί διαφορετικά εάν η ενδιαφερόμενη να λάβει μέρος στον διαγωνισμό εταιρεία, έχει (πριν την υποβολή προσφοράς και πάντως, ανεξαρτήτως εάν γίνεται επ' ευκαιρία της συμμετοχής της στον διαγωνισμό ή όχι) μισθώσει ή αγοράσει τις εν λόγω υπηρεσίες από τον τρίτο φορέα, βάσει συμφωνητικού πχ. σύμβαση εμπορικής συνεργασίας, σύμβαση μεταπώλησης (*reseller agreement*) ή αντιπροσωπείας κλπ., με τον τελευταίο να έχει υποχρέωση, δυνάμει της αυτής σύμβασης να παράσχει τις ανωτέρω υπηρεσίες όταν και όπου του ζητηθεί από τον διαγωνιζόμενο, χωρίς δικαίωμα να αντιλέξει, ασχέτως και πάλι του γεγονότος εάν οι εν λόγω υπηρεσίες θα παρασχεθούν με μέσα και προσωπικό που διαθέτει και πάλι η τρίτη οντότητα. Στη δεύτερη αυτή περίπτωση είναι προφανές ότι η δημοπρατούμενη σύμβαση θα εκτελεστεί και πάλι από τη βοηθητική επιχείρηση, αλλά για λογαριασμό της συμμετέχουσας στον διαγωνισμό εταιρείας, η οποία μέσω της προαναφερθείσας σύμβασης, έχει αποκτήσει τις σχετικές υπηρεσίες, τις έχει εντάξει στα δικά της μέσα και μπορεί να τις διαθέτει ελεύθερα και ακώλυτα, μεταξύ άλλων και στην αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού, διεκδικώντας την ανάθεση σχετικών συμβάσεων σε αυτήν. Εν προκειμένω λοιπόν, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι θα πρόκειται για περίπτωση δανεισμού εμπειρίας.

Αναμφισβήτητα και τα εθνικά δικαστήρια και το ΔΕΕ καλούνται να εξακολουθήσουν να διαδραματίζουν έναν σημαίνοντα ρόλο στην αποσαφήνιση της έννοιας των υπό κρίση διατάξεων και να συμβάλλουν στην αποκωδικοποίηση και την ορθολογική εφαρμογή τους, μακριά από δογματικές και όλως φορμαλιστικές προσεγγίσεις που υπηρετούν και διαιωνίζουν μία στείρα τυπολατρική ερμηνεία, αγνοώντας την αληθή έννοια των διατάξεων και το πνεύμα και τους σκοπούς του νομοθέτη. Κατά την εκτίμηση του γράφοντος, θα πρέπει κάθε φορά να αναζητείται η προφανής και εύλογη ή αλλιώς, αναμενόμενη πρακτική αποτελεσματικότητα της εξεταζόμενης ρύθμισης, προκειμένου να κριθεί η σύννομη ή μη χρήση των ικανοτήτων τρίτων φορέων σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Πρόκειται για μία έννοια που εκκινεί από την ίδια δογματική αφετηρία της *ratio legis*⁶⁷², όπως αποτυπώνεται στην αιτία θέσπισης ενός κανόνα δικαίου, αλλά την υπερβαίνει, διατρέχοντας τόσο τον δικαιοπολιτικό σκοπό θέσπισής της, τη γραμματική διατύπωσή της όσο και την εν τέλει, επιζητούμενη πρακτική σκοπιμότητά της, καταλήγοντας να επηρεάζει την ίδια την τελολογική ερμηνεία της, όπως αναμένεται να διαμορφωθεί στην πράξη και να τύχει νομολογιακής επεξεργασίας, μέσα από τις υποθέσεις που θα κριθούν ενώπιον των δικαστηρίων.

Κλείνοντας, ένα τελευταίο σχόλιο αφορά το αυτονόητο ερώτημα, σχετικά με την απόκλιση που παρατηρείται στη γραμματική διατύπωση των διατάξεων των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ για τη δάνεια εμπειρία, όπως ενσωματώθηκαν στα αντίστοιχα άρθρα του Ν. 4412/2016, σε σχέση με τις αντίστοιχες διατάξεις σε σειρά άλλων νομοθετημάτων, προγενέστερων ή και σύγχρονων των ως άνω οδηγιών, όπως εξακολουθούν να ισχύουν, τα οποία επίσης αφορούν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Ο εδώ εκφραζόμενος σκεπτικισμός έχει σαν αφετηρία το γεγονός ότι το ίδιο το ΔΕΕ απεφάνθη κατηγορηματικά ότι ενόψει των ουσιωδών διαφοροποιήσεων που παρουσιάζει η αρχιτεκτονική του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ σε σχέση με τα αντιστοίχως οριζόμενα στα άρθρα 47 παρ. 2 και 3 και 48 παρ. 3 και 4 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η νέα διάταξη, δεν μπορεί να θεωρηθεί εννοιολογική και νομική συνέχεια των προβλέψεων της παλαιάς οδηγίας, αλλά θα πρέπει να αντιμετωπίζεται ως εξ ολοκλήρου νέο νομικό καθεστώς⁶⁷³. Σε συνέχεια λοιπόν των ανωτέρω παραδοχών, με το ίδιο το Δικαστήριο να ομολογεί την εμφανή διάσταση στη διατύπωση μεταξύ των δύο διατάξεων, διαχωρίζοντας σαφέστατα τις απορρέουσες από αυτές έννομες συνέπειες για τους οικονομικούς φορείς, τίθεται το ζήτημα κατά πόσο, η διατήρηση της παλαιάς, σαφώς πιο περιορισμένης, αλλά και γενικής διατύπωσης στις επίμαχες

⁶⁷² Μπορεί να ακούγεται οξύμωρο, ωστόσο, στην πραγματικότητα η *ratio legis* για τη νομοθετική αναγνώριση της δάνειας εμπειρίας, στηριζόταν κατά βάση στο γεγονός ότι είχε ήδη αναπτυχθεί και εφαρμοστεί στην πράξη, συνιστούσε μία υπαρκτή πραγματικότητα και δεν μπορούσε να αγνοηθεί αρχικά από τα δικαστήρια στις ένδικες υποθέσεις που αφορούσαν τη χρήση της και αργότερα από τον ίδιο τον νομοθέτη.

⁶⁷³ Βλ. ανωτέρω ανάλυση των αποφάσεων του ΔΕΕ στις υποθέσεις C-324/14, C-387/14 και C-223/16 στην οικεία ενότητα.

διατάξεις⁶⁷⁴, καθιερώνει άμεσα ή έμμεσα, ένα δυαδικό σύστημα εφαρμογής του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας».

Κατά συνέπεια, εγείρεται το ζήτημα πώς θα αντιμετωπιστεί και θα ερμηνευθεί από την αναθέτουσα αρχή και κατ' επέκταση, ενδεχομένως από τα δικαστήρια, μία περίπτωση δανεισμού τεχνικής ικανότητας ή οικονομικής επάρκειας τρίτου, σε διαγωνισμό διεξαγόμενο υπό το ρυθμιστικό πλαίσιο του Ν. 3978/2011 ή του Ν. 4413/2016 ή προφανώς της εκάστοτε εθνικής νομοθεσίας των κρατών μελών που ενσωματώνει τις αντίστοιχες οδηγίες; Υπό το πρίσμα της «ελευθεριότητας» που χαρακτήριζε την επίκληση μέσων τρίτου πριν την εισαγωγή των διατάξεων των τελευταίων οδηγιών και άρα αγνοώντας το νομολογιακό και νομοθετικό κεκτημένο από την εφαρμογή των τελευταίων για μία περίπου δεκαετία, ή η στάση του κρίνοντος δικαστηρίου θα πρέπει να είναι πλέον διαφορετική από εκείνη που ακολούθησε το ΔΕΕ κατά το μεταβατικό στάδιο εναρμόνισης των εθνικών νομοθεσιών, υιοθετώντας μία περισσότερο *de lege ferenda* εκδοχή για τις προαναφερθείσες διατάξεις, κατ' αναλογία και διασταλτικά ερμηνευόμενων, υπό το φως των ρητών προβλέψεων των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ;

Επί του παρόντος, δεν υπάρχει νομολογιακό προηγούμενο που να δίνει απάντηση στο ζήτημα, οπότε το ενδεχόμενο αυτό παραμένει για την ώρα ανοιχτό σε επίπεδο θεωρητικής ανάλυσης και μόνο. Πάντως, κατά την εκτίμηση του γράφοντος και ενόψει μίας πιθανής – και ίσως αναγκαίας – μελλοντικής, ενωσιακής νομοθετικής πρωτοβουλίας για την εναρμόνιση των εθνικών εννόμων τάξεων, μάλλον θα πρέπει να προκριθεί η δεύτερη άποψη, τόσο για λόγους ασφάλειας δικαίου, αλλά και για λόγους ομοιόμορφης και ενιαίας αντιμετώπισης ίδιων κατά βάση βιοτικών σχέσεων. Διαφορετική αντιμετώπιση του ίδιου θεσμού έμμεσης συμμετοχής τρίτου φορέα, πάντοτε εντός του πλαισίου του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αλλά κατ' εφαρμογή διαφορετικής νομοθετικής βάσης κάθε φορά, θα μπορούσε αναμφισβήτητα να προκαλέσει αφόρητη αρρυθμία και περιττή ανακολουθία στην υποδοχή που θα τύγχαναν πανομοιότυπες έννομες σχέσεις και καταστάσεις, οδηγώντας αχρείαστα σε διαμόρφωση δικαιώματος στήριξης σε ικανότητες τρίτων «*δύο ταχυτήτων*».

⁶⁷⁴ Πχ. άρθρα 59 παρ. 2 και 3 και 60 παρ. 3 και 4 του Ν. 3978/2011 κατ' εφαρμογή των άρθρων 41 παρ. 2 και 3 και άρθρα 42 παρ. 2 και 3 της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ, αλλά και παρ. 2 και 3 του άρθρου 39 του Ν. 4413/2016 όπως ενσωμάτωσε τις παρ. 2 και 3 του άρθρου 38 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ (βλ. αναλυτικά για τη διατύπωση των διατάξεων αυτών ανωτέρω υπό 2.ii του παρόντος κεφαλαίου).

ΚΕΦΑΛΑΙΟ IV

«Υπεργολαβία»

1. Εισαγωγικά.

Στο τέταρτο και τελευταίο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης, θα μας απασχολήσει ο δεύτερος κατά σειρά *lato sensu* θεσμός συμμετοχικής παρουσίας περισσοτέρων φορέων σε μία δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, η «υπεργολαβία». Ανοίγοντας το δεύτερο μέρος της ενότητας που αφορά τις μορφές έμμεσης συμμετοχής και παροχής συνδρομής εκ μέρους τρίτων επιχειρήσεων σε υποψηφίους αναδόχους, θα πρέπει να διευκρινιστεί το εξής. Σε αντίθεση με όσα εκτέθηκαν στο αμέσως προηγούμενο κεφάλαιο αναφορικά με τη δάνεια εμπειρία και τη διαδρομή που έπρεπε να καλύψει τα τελευταία τριάντα και πλέον έτη, πριν την οριστική, διαμορφωμένη και προσδιορισμένη αποτύπωση της φύσης και της λειτουργίας της εντός ρητών νομοθετικών ρυθμίσεων, η δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης της εκτέλεσης μέρους μιας δημόσιας σύμβασης σε τρίτο, ανεξάρτητο του αναδόχου φορέα, όχι μόνο δεν αμφισβητήθηκε ποτέ, αλλά ήταν παρούσα ήδη από τις πρώτες νομοθετικές απόπειρες εναρμόνισης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων σε ενωσιακό επίπεδο⁶⁷⁵. Εκ της φύσεώς της βέβαια, αλλά και του εννοιολογικού της περιεχομένου, η υπεργολαβία, έχει τις πρωταρχικές ρίζες της στον τομέα της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων⁶⁷⁶.

Από εκεί και έπειτα, η ευχέρεια αυτή που διέθετε ένας υποβάλλον προσφορά οικονομικός φορέας, να αναθέσει κάποιο ποσοστό της διεκδικούμενης εκ μέρους του

⁶⁷⁵ Βλ. ενδεικτικά το προοίμιο της Οδηγίας 71/304/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 26^{ης} Ιουλίου 1971 περί της καταργήσεως των περιορισμών στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και στην ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων (ΕΕ L 185/1 της 16.08.1971), όπου μεταξύ άλλων αναφέρεται ότι: «...*σύμφωνα προς τις ανωτέρω οδηγίες οι αναθέτουσες αρχές δεν δύνανται να επιβάλλουν στα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου με τα όποια έχουν συνάψει σύμβαση καμία διάκριση που να βασίζεται στην υπηκοότητα των υπεργολάβων.*».

⁶⁷⁶ Ρητή και ξεκάθαρη πλέον η δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης με τις τροποποιήσεις που επέφερε στην Οδηγία 71/305/ΕΟΚ η Οδηγία 89/440/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 18^{ης} Ιουλίου 1989 για την τροποποίηση της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 210/1 της 21.07.1989), μέσω των προβλέψεων που περιέχονται αφενός στο προοίμιο αυτής: «*ότι, για να εξασφαλίζεται η διαφάνεια των όρων εκτέλεσης της οικείας σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν πληροφορίες σχετικά με το τμήμα του έργου που ενδεχομένως μπορεί να ανατεθεί από τους αναδόχους σε υπεργολάβους*», αλλά και στα προστιθέμενα στην Οδηγία 71/305 ΕΟΚ άρθρα, 5α παρ. 3: «*Για κάθε ανατιθέμενη σύμβαση οι αναθέτουσες αρχές καταρτίζουν ένα πρακτικό, το οποίο περιλαμβάνει τουλάχιστον:*

- [...],
- *την επωνυμία του αναδόχου και την αιτιολόγηση της επιλογής της προσφοράς του, καθώς και, εφόσον συντρέχει λόγος, το τμήμα της σύμβασης που ο ανάδοχος προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους,*»

και 20β: «*Στη συγγραφή υποχρεώσεων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει από τον προσφέροντα να της ανακοινώσει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που ενδεχομένως προτίθεται να αναθέσει υπεργοληπτικά σε τρίτους.*

Η ανακοίνωση αυτή δεν προδικάζει το ζήτημα της ευθύνης του κύριου εργολήπτη.», ενώ στο Παράρτημα IV της εν λόγω οδηγίας, όπου παρατίθενται σχετικά «ΥΠΟΔΕΙΓΜΑΤΑ ΠΡΟΚΗΡΥΞΕΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΤΗΣΗΣ ΕΡΓΩΝ», υπό «Ε. Συναφθείσες συμβάσεις» και αποτυπώνεται ενδεικτικά το ελάχιστο περιεχόμενο που θα πρέπει να περιλαμβάνουν αυτές, στον α/α 9, γίνεται μνεία σχετικά με τη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της σύμβασης σε τρίτο φορέα: «*Ενδεχομένως, αξία και τμήμα της σύμβασης που ενδέχεται να δοθεί ως υπεργολαβία σε τρίτους.*».

σύμβασης σε έναν ή περισσότερους, ξένους προς αυτόν, φορείς, βρήκε τη νομοθετική της έκφραση τόσο στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών⁶⁷⁷, των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών⁶⁷⁸, όσο και εκ νέου σε νομοθετικά κείμενα που αφορούσαν τον συντονισμό των διαδικασιών σε πανευρωπαϊκό επίπεδο για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργων⁶⁷⁹, αλλά και την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων στους πρώην εξαιρούμενους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών⁶⁸⁰. Έτσι, χωρίς ουσιαστικές διαφοροποιήσεις, αλλά και με απόλυτα εμπεδωμένο τον τρόπο και τις διαδικασίες περαιτέρω ανάθεσης ενός τμήματος της σύμβασης σε υπεργολάβο, ο δεύτερος αυτός θεσμός «εν ευρεία εννοία» συμμετοχικής παρουσίας, περιλήφθηκε τα επόμενα χρόνια αφενός στη δέσμη οδηγιών του 2004⁶⁸¹ και εν συνεχεία στις πρόσφατες μεταρρυθμίσεις του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων όπως εισήχθησαν με τη νομοθετική πρωτοβουλία που αναλήφθηκε στους κόλπους της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δέκα περίπου χρόνια αργότερα, με την έκδοση των τριών οδηγιών του 2014⁶⁸².

⁶⁷⁷ Άρθρο 12 παρ. 3, άρθρο 25, άρθρο 32 παρ. 2 περίπτωση η) και Παράρτημα III με τίτλο «Υποδείγματα προκηρύξεων συμβάσεων», υπό «Ε. Σύναψη συμβάσεων», α/α 9 της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ.

⁶⁷⁸ Άρθρο 7 παρ. 3 και άρθρο 17 της Οδηγίας 93/36/ΕΟΚ.

⁶⁷⁹ Άρθρο 8 παρ. 3, άρθρο 20 και Παράρτημα IV με τίτλο «ΥΠΟΔΕΙΓΜΑΤΑ ΠΡΟΚΗΡΥΞΕΩΝ ΚΑΙ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΕΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΤΗΣΗΣ ΕΡΓΩΝ», υπό «Ε. Συναφθείσες συμβάσεις», α/α 9 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ.

⁶⁸⁰ Άρθρο 27 και Παράρτημα XV με τίτλο «ΠΡΟΚΗΡΥΞΗ ΓΙΑ ΤΙΣ ΣΥΝΑΦΘΕΙΣΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ», υπό «Ι. Πληροφορίες για τη δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων», α/α 10 της Οδηγίας 93/38/ΕΟΚ.

⁶⁸¹ Άρθρο 37 και Παράρτημα XVI με τίτλο «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ ΣΤΗ ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», υπό «Ι. Πληροφορίες που δημοσιεύονται στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης», α/α 10 και 13 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ και αιτιολογική σκέψη 32, άρθρα 25, 43 περίπτωση ε), 48 παρ. 2 περίπτωση θ), 60 για τις δημόσιες συμβάσεις παραχώρησης και ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VII με τίτλο «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ ΣΤΙΣ ΠΡΟΚΗΡΥΞΕΙΣ», ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VII Α με τίτλο «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ ΣΤΙΣ ΠΡΟΚΗΡΥΞΕΙΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», υπό «ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΝΑΦΘΕΙΣΕΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», α/α 10 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

⁶⁸² Αναλυτικότερες αναφορές στις αιτιολογικές σκέψεις 78 εδάφιο τρίτο, 105 και ιδιαίτερα στα άρθρα 71, 72 παρ. 1, περίπτωση δ), υπό iii), 84 παρ. 1 περίπτωση δ), αλλά και Παράρτημα V με τίτλο «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ ΣΤΙΣ ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΕΙΣ», υπό «ΜΕΡΟΣ Δ – Πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις γνωστοποιήσεις ανάθεσης σύμβασης (όπως αναφέρεται στο άρθρο 50)», α/α 14 και στο Παράρτημα XII με τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ», υπό «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα», περίπτωση ι), της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Επίσης, αιτιολογικές σκέψεις 87 εδάφιο δεύτερο, 110 και ιδίως άρθρα 88, 89 παρ. 1, περίπτωση δ), υπό iii) και Παράρτημα XII με τίτλο «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ ΣΤΙΣ ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΣΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ (όπως αναφέρεται στο άρθρο 70)», υπό «Ι. Πληροφορίες για τη δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης», α/α 11 και 14 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Ομοίως, διατάξεις για την υπεργολαβία περιλήφθηκαν και στις αιτιολογικές σκέψεις 64, 72 και στα άρθρα 42, 43 παρ. 1, περίπτωση δ), υπό iii) του πρώτου νομοθετικού κειμένου που ρυθμίζει αυτοτελώς την ανάθεση των συμβάσεων παραχώρησης και συγκεκριμένα στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ. Στο πνεύμα της εποχής που εκδόθηκε και με διεξοδική ρύθμιση του θεσμού της «υπεργολαβίας», οι αιτιολογικές σκέψεις 40, 43 και τα άρθρα 1, παρ. (22), 7, 20, 21, 22 περιπτώσεις α)-δ), 37 παρ. 1, περίπτωση θ), αλλά και ο ΤΙΤΛΟΣ III με τίτλο «ΚΑΝΟΝΕΣ ΠΟΥ ΕΦΑΡΜΟΖΟΝΤΑΙ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑ», «ΚΕΦΑΛΑΙΟ I – Υπεργολαβίες που ανατίθενται από αναδόχους οι οποίοι δεν είναι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς», άρθρα 50 έως 53, «ΚΕΦΑΛΑΙΟ II – Υπεργολαβίες που ανατίθενται από αναδόχους οι οποίοι είναι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς», άρθρο 54 της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ. Αντίστοιχες αναφορές στην αντιμετώπιση της υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της σύμβασης υπάρχουν και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV με τίτλο «Πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις προκηρύξεις που αναφέρονται στο άρθρο

Στην ίδια λογική κινήθηκε σταθερά τις τελευταίες δεκαετίες και ο Έλληνας νομοθέτης, περιλαμβάνοντας χωρίς κανέναν ενδοιασμό τη ρητή δυνατότητα ανάθεσης σε τρίτο φορέα μέρους της εκτελούμενης σύμβασης, με τη μορφή της υπεργολαβίας, σε όλο το φάσμα των νομοθετικών κειμένων που ρυθμίζουν ζητήματα ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αρχικά δε εκείνων που αφορούσαν την εκτέλεση έργων⁶⁸³, αλλά επιγενόμενα και εκείνων που διέπουν την ανάθεση συμβάσεων προμηθειών και παροχής υπηρεσιών⁶⁸⁴. Επιπρόσθετα, πρέπει να αναφερθεί ότι οι υπό κρίση διατάξεις του ισχύοντος κανονιστικού πλαισίου για τις συμβάσεις έργων, προμηθειών και

30», υπό «ΠΡΟΚΗΡΥΞΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ», α/α 9 και 10, υπό «ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΝΑΦΘΕΙΣΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», α/α 10, καθώς και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V με τίτλο «Πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις προκηρύξεις υπεργολαβίας που αναφέρονται στο άρθρο 52», α/α 7 της ίδιας ως άνω οδηγίας.

⁶⁸³ Ο Χ. Μητκίδης, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009, σελ. 441-443 υποστηρίζει ότι, ελλείπει ρητής ρύθμισης στην αρχική μορφή του άρθρου 5 του Ν. 1418/1984, η παρ. 6 αυτού ερμηνευόταν ως συλλήβδην απαγορευτική για την υπεργολαβική ανάθεση της εκτέλεσης οποιουδήποτε τμήματος του έργου, αφού εξισωνόταν με ανεπίτρεπτη έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου, ενώ η ευχέρεια του αναδόχου να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτο ποσοστό της σύμβασης που ανέλαβε έναντι της αναθέτουσας αρχής να εκτελέσει, αναγνωρίστηκε με την τροποποίηση που επέφερε στην επίμαχη διάταξη το άρθρο 1 του Ν. 2940/2001. Ωστόσο, αυτό δεν φαίνεται να είναι ακριβές αφού και πριν την τροποποίηση που επέφερε ο Ν. 2940/2001, υπήρχαν δικαστικές αποφάσεις που διέκριναν σαφώς τις έννοιες της «υποκατάστασης» και «εκχώρησης» του έργου και τις ανεπίτρεπτες περιπτώσεις αυτών (βλ. ενδεικτικά ως προς αυτό ΑΠ 427/1994, Δ/νη 1995, 147, ΑΠ 464/1995, Δ/νη 1996, 328, ΔΕΝ 1995, 1261, ΕΕΝ 1996, 381, ΕΕργΔ 1996, 834, ΝοΒ 1996, 973), από την επιτρεπτή «υπεργολαβία» και μάλιστα με πλήρη ανάλυση των επιμέρους τυπολογικών χαρακτηριστικών του θεσμού. Άρα δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ούτε ότι η υπεργολαβική ανάθεση σε τρίτο υπεργολάβο ήταν άγνωστη στο δίκαιο των δημοσίων έργων ούτε πολύ περισσότερο ότι απαγορευόταν ολοκληρωτικά. Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1468/2000, ΧρΙΔ 2001, 336, σκέψη 2, ΕφΠατρ 822/2004, ΑχαΝομ 2005, 580 και ΕφΠατρ 882/2004, ΑχαΝομ 2005, 581. Το αυτό πάντως, περί απαγορευμένης, τουλάχιστον μέχρι και την εισαγωγή του άρθρου 1 του Ν. 2940/2001 υπεργολαβίας, αναφέρει και η Γνμδ. ΝΣΚ 677/2002, καταλήγοντας να δώσει απάντηση σε σχετικό ερώτημα ότι: «...η εμπειρία στελέχους εργοληπτικής επιχείρησης, η οποία εκτελεί εγκεκριμένη υπεργολαβία, λαμβάνεται κανονικά υπόψη για την εγγραφή, κατάταξη και εξέλιξη του στελέχους αυτού στο Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών (ΜΕΚ).», όχι όμως για να καταστήσει τον υπεργολάβο συμβαλλόμενο μέρος στη σχέση αναδόχου-αναθέτουσας αρχής, αλλά μόνο για την αναγνώριση αυτής της κτηθείσας εμπειρίας εκ μέρους του υπεργολάβου, την οποία αποκομίζει από την εκτέλεση του επίμαχου τμήματος που ανατέθηκε σε αυτόν και τη χρησιμοποιεί για την κατάταξή του στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) και για την ελάφρυνση του ανεκτέλεστο μέρους εργολαβιών εκ μέρους του αναδόχου. Υπό την έννοια αυτή, το τμήμα του έργου που ανέλαβε να εκτελέσει ο υπεργολάβος, αφαιρείται από τον ανάδοχο και προστίθεται στο ανεκτέλεστο υπόλοιπο του υπεργολάβου του (βλ. σχετικά Χ. Μητκίδη, ό.π.).

⁶⁸⁴ Ενδεικτικά αναφέρονται σχετικές διατάξεις, όπως τα άρθρα 5, 8 και 16 του Ν. 1418/1984, άρθρα 20, ιδίως 68 και 69, αλλά και 79, 92, 99, 179, καθώς και τα διάφορα προσαρτήματα του Ν. 3669/2008, το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ XVI με τίτλο «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ ΣΤΗ ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΝΑΦΗΣ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», υπό «Ι. Πληροφορίες που δημοσιεύονται στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης», α/α 10 και 13 του ΠΔ 59/2007, τα άρθρα 37, ιδίως 41 και 46 παρ. 2, περίπτωση θ), όπως επίσης το άρθρο 71 για τις συμβάσεις παραχώρησης και το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VIIA με τίτλο «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΝΤΑΙ ΣΤΙΣ ΠΡΟΚΗΡΥΞΕΙΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», υπό «ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΝΑΦΘΕΙΣΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», α/α 10 του ΠΔ 60/2007, τις διάφορες αναφορές στα άρθρα 10, 15, 23, 29, 33, ιδίως την αναλυτική ρύθμιση της υπεργολαβίας στα άρθρα 34-35, 36, 55, τους ειδικούς κανόνες που αφορούν την υπεργολαβία των άρθρων 69-72, 77, 78 και 80 και το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV, υπό «ΠΡΟΚΗΡΥΞΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ», α/α 10, υπό «ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΝΑΦΘΕΙΣΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», α/α 10 και ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V, υπό «Πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις προκηρύξεις Υπεργολαβίας που αναφέρονται στο άρθρο 70», α/α 7 του Ν. 3978/2011.

υπηρεσιών⁶⁸⁵ και τις αντίστοιχες συμβάσεις παραχώρησης⁶⁸⁶, καλύπτουν με αναλυτικές προβλέψεις τον τρόπο, τη διαδικασία, αλλά και τους τιθέμενους περιορισμούς για τη σύννομη και πρόσφορη χρήση του δικαιώματος υπεργολαβικής ανάθεσης ενός τμήματος μιας δημόσιας σύμβασης σε τρίτο φορέα, με σκοπό την άρτια, έντεχνη και εμπρόθεσμη εκτέλεσή του από τον τελευταίο, εκτεινόμενες τόσο στο προσυμβατικό στάδιο όσο και σε εκείνο που έπεται της υπογραφής της.

Τέλος, ως προς τον πρωταρχικό σκοπό που υπηρετεί η πρόβλεψη στο ρυθμιστικό πεδίο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, σχετικής δυνατότητας για τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να αναθέσουν υπεργολαβικά σε κάποια τρίτη, ξένη προς αυτούς επιχείρηση, ένα μέρος (ποσοστό) της σύμβασης που επιδιώκουν να τους κατακυρωθεί, είναι κατά γενική ομολογία⁶⁸⁷, κοινός με αυτόν του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» και σχετίζεται με την ενίσχυση της επιχειρηματικότητας των ΜΜΕ στην πανευρωπαϊκή αγορά δημοσίων συμβάσεων⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Διατάξεις για την υπεργολαβία υπάρχουν διάσπαρτες στα άρθρα του Ν. 4412/2016 (πχ. άρθρα 21 παρ. 2, 24 παρ. 4, 257 παρ. 2, 262 παρ. 4 και 341 παρ. 1, περίπτωση δ) κλπ.), ωστόσο οι βασικότερες που πράγματι ρυθμίζουν εξονυχιστικά τη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης ποσοστού μιας δημόσιας σύμβασης είναι τα άρθρα 58 και 131 του Βιβλίου Ι και τα άρθρα 287 και 336 του Βιβλίου ΙΙ, τα οποία περιέχουν προβλέψεις αφενός για το προσυμβατικό στάδιο και αφετέρου για το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης αντίστοιχα. Επίσης, αναλυτική είναι η αντίστοιχη ρύθμιση του θεσμού της «υπεργολαβίας» στο πλαίσιο των άρθρων που διέπουν την εκτέλεση των συμβάσεων δημοσίων έργων (βλ. ενδεικτικά, άρθρα 152 παρ. 11, 154 παρ. 8, 177 παρ. 4, 187 παρ. 8, κλπ. και κυρίως τα άρθρα 165-167).

⁶⁸⁶ Άρθρο 35 παρ. 5, 36 παρ. 5, περίπτωση γ), ιδίως το άρθρο 50, 51 παρ. 1, περίπτωση δ), υποπερίπτωση γγ) του Ν. 4413/2016. Για τις συμβάσεις παραχώρησης βλ. αναλυτικά *Ε. Τροβά-Π. Σκουρή*, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2009, σελ. 442 επ. και *Σπηλιωτόπουλο Επαμεινώνδα-Κονδύλη Βασίλειο*, ό.π., σελ. 531 επ.

⁶⁸⁷ Η σκοπιμότητα της υπεργολαβικής ανάθεσης ενός τμήματος της σύμβασης σε τρίτη οντότητα, προκειμένου να ενισχυθεί η συμμετοχή ΜΜΕ, όπως αποτυπωνόταν και στην αιτιολογική σκέψη 32 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, δεν είχε κατά τον *Χ. Μητκίδη*, ό.π. σελ. 442, ιδιαίτερη πρακτική χρησιμότητα στην ελληνική έννομη τάξη τουλάχιστον σε ό,τι αφορά τις δημόσιες συμβάσεις έργων, υπό το προϋσχόσαν νομοθετικό καθεστώς του Ν. 3669/2008, δεδομένης της κατάταξης των εργοληπτικών επιχειρήσεων σε τάξεις και ως εκ τούτου, λόγω της ύπαρξης κατώτατων ορίων ανά τάξη, δεν ήταν επιτρεπτό σε επιχειρήσεις μεγαλύτερων τάξεων να διεκδικούν έργα μικρότερα του κατώτατου ορίου τους. Ωστόσο, ενόψει και των πρόσφατων νομοθετικών εξελίξεων αναφορικά με την απαίτηση εγγραφής σε τάξεις των εργοληπτικών επιχειρήσεων, για τις οποίες βλ. αναλυτικά Κεφάλαιο Ι, υπό 3.ιν της παρούσας, η διατυπωθείσα επιφύλαξη μάλλον έχει καμφθεί. Την ίδια πάντως αναγκαιότητα ενίσχυσης του ρόλου των ΜΜΕ δέχεται ανεπιφύλακτα και ο *Ι. Βενιέρης*, ό.π., σελ. 425, όπως άλλωστε την αναγνωρίζει και ο *Κ. Γιαννακόπουλος*, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σελ. 41 επ. και 148, ενώ έχει διατυπωθεί και στο κείμενο αποφάσεων, όπως ενδεικτικά η ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύθεσης 1434/2012. Πρβλ. για παρεμφερείς επιδιώξεις σε άλλα δικαϊκά συστήματα, *Marion Justin*, Sourcing from the Enemy: Horizontal Subcontracting in Highway Procurement, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 63, Issue 1, 2015, σελ. 100-128.

⁶⁸⁸ Αναλυτικά για τη σημασία της υπεργολαβίας, βλ. αιτιολογική σκέψη 105 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αιτιολογική σκέψη 110 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, καθώς και το Έγγραφο εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής με τίτλο «*Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*», 25.06.2008, SEC(2008) 2193, σελ. 11, παρ. 1.4, σχετικά με την αναγκαιότητα παροχής μεγαλύτερης προβολής των ευκαιριών υπεργολαβίας και διασφάλισης ίσων όρων για τους υπεργολάβους, όπως επίσης και στη σελ. 23, παρ. 8 του ίδιου εγγράφου, όπου επισημαίνεται ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν επίσης να περιλαμβάνουν συγκεκριμένες ρήτρες στα συμβατικά έγγραφα, ώστε να διασφαλίζουν ότι οι ανάδοχοι που συμβάλλονται μαζί τους, θα καταβάλλουν τις οφειλόμενες υπεργολαβικές αμοιβές στους υπεργολάβους τους εμπρόθεσμα και ότι οι σχετικές πληρωμές θα μετακυλιούνται στην αλυσίδα εφοδιασμού, ενώ σύντομη μνεία στη χρησιμότητα του θεσμού της «υπεργολαβίας» ως μέσο διευκόλυνσης της πρόσβασης των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις, γίνεται και στην Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, στο Συμβούλιο, στην

Συνεπώς, όπως και ο έτερος θεσμός *lato sensu* συμμετοχικής παρουσίας ενός οικονομικού φορέα, συνεπικουρούμενου από ξένη προς αυτόν οντότητα σε μια διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία, έτσι και η υπεργολαβία, βρίσκει τη δικαιολογητική της βάση στον πολλαπλασιασμό των εγγενώς περιορισμένων δυνατοτήτων πρόσβασης ΜΜΕ στη διεκδίκηση ανάληψης μιας δημόσιας σύμβασης προμήθειας, υπηρεσίας ή έργου⁶⁸⁹.

2. Η έννοια και η νομική φύση της υπεργολαβίας.

Εν προκειμένω, είναι σαφές και πρέπει να διευκρινιστεί ευθύς εξ αρχής ότι έχουμε αυτούσια μεταφορά στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, μίας κατ' εξοχήν έννοιας του ιδιωτικού και δη του αστικού δικαίου, όπως προβλέπεται και ρυθμίζεται στα άρθρα 681 επ. ΑΚ⁶⁹⁰ και έχει περαιτέρω διαπλαστεί ως προς επιμέρους τυπολογικά στοιχεία της από τη νομολογία⁶⁹¹. Με βάση τις εν λόγω διατάξεις, ως υπεργολαβία ορίζεται η ενοχική, αμφοτεροβαρής σύμβαση μίσθωσης έργου, η οποία προβλέπεται κατ' αρχήν άτυπη, εκτός και αν η υπεργολαβική συμφωνία συνδέεται με άλλη σύμβαση, για την κατάρτιση της οποίας απαιτείται ορισμένος τύπος⁶⁹². Ενόψει αυτής της παραδοχής και με δεδομένο ότι οι δημόσιες συμβάσεις συνάπτονται πάντοτε

Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και στην Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «Προτεραιότητα στις μικρές επιχειρήσεις-Μια "Small Business Act" για την Ευρώπη», 25.06.2008, COM(2008) 394 τελικό.

⁶⁸⁹ Βλ. σχετικά *Christopher Bovis*, Introduction, σελ. 19 επ., *του ιδίου*, Public contracts in public procurement regulation, σελ. 102, *Martin Trybus*, The new EU defense procurement regime, σελ. 523 και ειδικά 539 επ., ενώ για τη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης στις συμβάσεις παραχώρησης, βλ. *Steven van Garsse*, Concessions and public procurement, σελ. 593 επ., όλα in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016 και *S. Panagopoulos*, ό.π., σελ. 273 επ. Για την υπεργολαβία στις Σ.Δ.Ι.Τ. βλ. *I. Βενιέρη*, ό.π., σελ. 425 επ.

⁶⁹⁰ Για την έννοια της υπεργολαβίας βλ. *Ο. Συμεωνίδου, Θ. Πανάγο, Β. Σπηλιοπούλου*, σε *Δημόσιες Συμβάσεις, Διεύθυνση Έκδοσης Θ. Πανάγος-Β. Σπηλιοπούλου*, 2021, σελ. 227, 434, 880 και 953 αντίστοιχα, *Ε. Βλάχου*, Η στήριξη του οικονομικού φορέα από τρίτους στις δημόσιες συμβάσεις: οι νέες ενωσιακές ρυθμίσεις και οι διαχρονικοί προβληματισμοί, *ΕΔΔΔΔ 2020*, σελ. 5 και *Α. Σφυρή*, Υπεργολαβία & δημιουργούμενες σχέσεις-Ανώμαλη εξέλιξη στη σύμβαση υπεργολαβίας (πλην καθυστερήσεων), *Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α' Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών*, 2005, σελ. 6 επ. Επίσης, αναλυτικά τη με αριθμό πρωτοκόλλου 3709/03.09.2015, Κατευθυντήρια Οδηγία 10 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 139/2015, με θέμα: «*Θέματα που ανακύπτουν κατά τη χρήση της υπεργολαβίας και όροι εφαρμογής της*») και ΑΕΙΠΠ 1205/2019, σκέψη 26.

⁶⁹¹ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 570/2007, όπως επικύρωσε την ορθότητα της ΕφΘράκης 570/2002, ΑΠ 119/2013, ΑΠ 139/2014, ΑΠ 2146/2014, ΑΠ 572/2019, ΕΑ ΣτΕ 170/2020, ιδίως σκέψη 9, ΕφΛαρ 379/2013, ΕφΛαρ (Μον.) 218/2015, αλλά και ΕλΣυν Τμήμα Ι 1413/2017, η οποία μεταξύ άλλων απεφάνθη ότι δεν επιτρέπεται η κατάρτιση άτυπης υπεργολαβίας στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ώστε να καθίσταται ευχερής η απόδειξη τόσο της διάθεσης των μέσων του υπεργολάβου όσο και της μη εκχώρησης της εκτέλεσης μέρους της σύμβασης σε τρίτο πρόσωπο, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 196/2006, ΣτΕ 3112/2007 και ΠΠρΑθ 4583/2011. Για το ενδεχόμενο στρεβλώσεων του ανταγωνισμού μέσω της υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους μίας δημόσιας σύμβασης βλ. *Κ. Γιαννακόπουλο*, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2003, αριθμ. 114 και *του ιδίου*, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σελ. 148 επ. και εκεί περαιτέρω παραπομπές, όπως και σελ. 284.

⁶⁹² Πρβλ. ΠΠρΘεσσαλ 7627/1996, Αρμ 50, 689.

γραπτώς⁶⁹³, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η σύναψη υπεργολαβικής σχέσης μεταξύ υποψηφίου αναδόχου και τρίτου υπεργολάβου, θα πρέπει να περιβληθεί τον έγγραφο τύπο. Επιπλέον, εννοιολογικό και ταυτόχρονα ουσιώδες στοιχείο της περαιτέρω ανάθεσης της εκτέλεσης μέρους της κατακυρωθείσας δημόσιας σύμβασης από τον ανάδοχο σε τρίτο υπεργολάβο, συνιστά η πρόβλεψη αμοιβής για αυτήν και ως εκ τούτου, πρόκειται περί σύμβασης που συνάπτεται εξ επαχθούς αιτίας⁶⁹⁴.

Μέσω δε της κατάρτισης του υπεργολαβικού συμφώνου, ο ανάδοχος δημόσιας σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, τα οποία δεν συνδέονται με τον εργοδότη με κάποιο άμεσο ή έμμεσο νομικό ή άλλο συμβατικό δεσμό. Αναγκαία δε προϋπόθεση, έχει κριθεί ότι συνιστά και η νομική, οικονομική και διοικητική αυτοτέλεια του υπεργολάβου σε σχέση με τον εργολάβο-ανάδοχο, τουλάχιστον σε ό,τι αφορά την ύπαρξη χωριστής νομικής προσωπικότητας⁶⁹⁵. Σε κάθε περίπτωση, μοναδικός σκοπός της σύναψης της

⁶⁹³ Έτσι και *Ε. Σπηλιωτόπουλος-Β. Κονδύλης*, *ό.π.*, σελ. 269-272. Παρά το γεγονός ότι δεν αμφισβητείται η αναγκαιότητα η εκάστοτε δημόσια σύμβαση να συναφθεί εγγράφως, το άρθρο 105 παρ. 5 πρώτο εδάφιο του Ν. 4412/2016, ήδη και πριν την τελευταία τροποποίησή του με το άρθρο 45 του Ν. 4782/2021, ρητά πρόβλεπε τον αποδεικτικό και όχι συστατικό χαρακτήρα του συμφωνητικού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης στον οριστικό ανάδοχο, με τη νέα διατύπωση της επίμαχης διάταξης να επιβεβαιώνει πανηγυρικά ότι η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της πρόσκλησης της παρ. 4 στον ανάδοχο, αποσυνδέοντας πλέον την κατάρτιση της σύμβασης ανάθεσης, από την υπογραφή σχετικού συμφωνητικού. Για τον έγγραφο τύπο που απαιτείται για τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων βλ. άρθρο 2 παρ. 1, περίπτωση 5) του Ν. 4412/2016, κατά μεταφορά της αντίστοιχης περίπτωσης 5) της παρ. 1 του άρθρου 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και της περίπτωσης 1) του άρθρου 25 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, όλως ενδεικτικά δε από τη νομολογία, ΕΑ ΣτΕ 52/2018, ΣτΕ 780/2019, ΔΔικ 2019, 635, με σημείωση *Κ. Σαμαρτζή*, ΣτΕ 884/2021, ΣτΕ 553/2022, 554/2022 και ΕλΣυν Τμήμα VII 1896/2021.

⁶⁹⁴ Ενδεικτικά ΑΠ 940/2002, Δ/νη 2003, 1360, ΑΠ 977/2003, Δ/νη 2004, 1656, ΑΠ 543/2007, ΝοΒ 2007, 2065, ΧρΙΔ 2007, 787, Δ/νη 2008, 1079, ΑΠ 1142/2019, ΧρΙΔ 2020, 119 και ΑΠ 381/2021. Πρβλ. και την παρ. 4 του άρθρου 177 του Ν. 4412/2016, βάσει της οποίας προκύπτει ότι από τις διατιθέμενες για το έργο πιστώσεις στις δημόσιες συμβάσεις έργων, καταβάλλεται και το αντάλλαγμα για την υπεργολαβική εκτέλεση εργασιών.

⁶⁹⁵ Ως προς το όχι και τόσο αυτονόητο αυτό ζήτημα, βλ. την περιπτώσιολογική του αντιμετώπιση με τη ΣτΕ 1086/2015 που αφορούσε στην εκδίκαση της ασκηθείσας αίτησης ακύρωσης της υπόθεσης επί της οποίας είχε εκδοθεί η ΕΑ ΣτΕ 317/2013. Αμφότερες ορθά δέχτηκαν ότι από την έννοια του «*τρίτου*», προκειμένου να στοιχειοθετηθεί η έννομη σχέση της υπεργολαβίας με τον ανάδοχο της σύμβασης, δεν αποκλείονται ρητώς οι συνδεδεμένες, ως ανήκουσες στον ίδιο όμιλο εταιριών, με τον διαγωνιζόμενο, εταιρείες, δοθέντος ότι τέτοιος ρητός αποκλεισμός δεν προβλέπεται από κάποια διάταξη του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, όπως συντίθεται από τους όρους της διακήρυξης και τις διατάξεις του νόμου (στο πλαίσιο του καταργηθέντος Ν. 3669/2008 και ιδίως τα άρθρα 68 και 69 αυτού, με τις εν λόγω παραδοχές ωστόσο να παραμένουν απολύτως επίκαιρες και ορθές και υπό το πρίσμα του ισχύοντος νομοθετικού καθεστώτος). Αντιθέτως, πολύ ενδιαφέρουσα, αλλά απολύτως ελεγχόμενη ως τουλάχιστον οριακή η κρίση της ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνοψης 1434/2012. Η εν λόγω απόφαση με την οποία αναθεωρήθηκε προσβαλλόμενη απόφαση του VI Τμήματος του ΕλΣυν, δέχτηκε ότι δεν είναι νόμιμη η υπεργολαβική ανάθεση της εκτέλεσης μέρους της σύμβασης από την ανάδοχο εταιρεία σε τρίτο φορέα, καθώς δεν υφίσταται η απαιτούμενη εκ του νόμου μεταξύ τους ανεξαρτησία. Όλως περιέργως πάντως και παρά την τελική κρίση της απόφασης αυτής, από τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης πρόκυψε σαφέστατα ότι οι όποιες σχέσεις μεταξύ των συμβαλλομένων στην υπεργολαβική σύμβαση μερών, ήταν τυπικές και όχι σχέσεις οικονομικής και επιχειρηματικής εξάρτησης, δοθέντος ότι όπως άλλωστε είχε διευκρινιστεί και ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, «...α) η πρώτη μειοδότη και η υποδειχθείσα από αυτήν ως υπεργολάβος ατομική επιχείρηση είναι ανεξάρτητες η μία από την άλλη από διοικητική και οικονομική άποψη και δεν υφίσταται μεταξύ τους νομικός δεσμός, καθώς διαθέτουν διαφορετικό αριθμό Μ.Ε.ΕΠ., διαφορετική έδρα και διαφορετικό κεφάλαιο, β) η υπεργολάβος επιχείρηση είναι ανεξάρτητη (τρίτη) κατά την έννοια του νόμου, καθώς είναι αυτοτελές

υπεργολαβικής σύμβασης μεταξύ του αναδόχου και του τρίτου φορέα, παραμένει πάντοτε η εκτέλεση από τον τελευταίο, μέρους της αναληφθείσας δημόσιας σύμβασης, από το οποίο ο ανάδοχος αποξενώνεται πλήρως και δεν το εκτελεί ο ίδιος με δικά του μέσα⁶⁹⁶. Ωστόσο, αναμφισβήτητα ο ανάδοχος παραμένει ο μοναδικός υπόλογος και ευθύνεται αποκλειστικά ο ίδιος έναντι της αναθέτουσας αρχής για την εν γένει προσήκουσα εκτέλεση από τον υπεργολάβο τμήματος του αντικειμένου της σύμβασης⁶⁹⁷.

Παράλληλα, εξίσου σημαντικό τυπολογικό στοιχείο της υπεργολαβίας κρίνεται το γεγονός ότι ο τρίτος υπεργολάβος, στον οποίο ανατίθενται ρητά προσδιορισμένες εργασίες, λειτουργεί ως βοηθός εκπλήρωσης του αρχικού αναδόχου, έναντι του οποίου και μόνο υπέχει ευθύνη, με βάση τη σύμβαση υπεργολαβίας και δεν συνδέεται με κάποιο νομικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή⁶⁹⁸. Εξάλλου, καίτοι είναι σαφές όπως ήδη ειπώθηκε, ότι η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου-αναδόχου

υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, γ) η υπεργολάβος επιχείρηση δεν είναι μέτοχος της πρώτης μειοδότητριας, δ) η σχέση μεταξύ της πρώτης μειοδότητριας και της υπεργολάβου της επιχείρησης δεν είναι ανταγωνιστική και κατά συνέπεια δεν παραβιάζεται η υποχρέωση πίστης των μελών του Δ.Σ. της πρώτης και ε) από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει η άσκηση κυριαρχικής επιρροής του φυσικού προσώπου επί της πρώτης μειοδότητριας...» και παρεμβαίνουσας στην επίδικη υπόθεση. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η κρινόμενη απόφαση κατέληξε στο ως άνω διατακτικό, καίτοι αναγνώρισε τη νομική και τυπική αυτοτέλεια της υπεργολάβου ατομικής επιχείρησης, αποφαινόμενη εντούτοις στο αιτιολογικό της ότι δεν καλύπτει την έννοια του «τρίτου», όπως απαιτεί ο νομοθέτης, αλλά υπερακοντίζει αυτήν ως προς το αληθές περιεχόμενό της (υπαινισσόμενη προφανώς καταστρατήγηση των σχετικών διατάξεων του νόμου για την υπεργολαβία), δοθέντος ότι η συμμετοχή του φορέα της ατομικής επιχείρησης ως φυσικού προσώπου στο Δ.Σ. της μειοδότητριας εταιρείας, αφαιρεί από αυτόν τη δυνατότητα να δηλωθεί ως υπεργολάβος της τελευταίας, αφού δεν διατελεί σε σχέση ανεξαρτησίας ως προς αυτήν, αλλά ανήκει στο δυναμικό της, με την ενεργό συμμετοχή του σε κάθε είδους αποφάσεις του Δ.Σ. αυτής, ως αποφασίζοντας οργάνου για τον σχηματισμό της βούλησής της. Δεν είναι τυχαίο πάντως, ότι διατυπώθηκε ισχυρή μειοψηφία τριών Συμβούλων, η οποία επανέλαβε το αυτονόητο, ήτοι ότι μεταξύ άλλων, εκτός του αδιαμφισβήτητου γεγονότος υφιστάμενης διοικητικής και οικονομικής αυτοτέλειας μεταξύ των δύο επιχειρήσεων, αποδείχθηκε επιπρόσθετα τόσο η απουσία άσκησης κυριαρχικής επιρροής της μίας επιχείρησης επί της άλλης, μέσω της δυνατότητας διορισμού περισσότερων από τα μισά των μελών της διοίκησης ή της κατοχής της πλειονότητας των ψήφων στο Δ.Σ., όσο και η ανεξάρτητη ανάπτυξη των οικονομικών τους δραστηριοτήτων. Αντίθετη με την κρίση της πλειοψηφίας στην προηγούμενη απόφαση (και ορθότερη) ήταν η ΕλΣυν Τμήμα VI 676/2012, αλλά και η ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 433/2010, με την οποία επίσης κρίθηκε ότι η συμμετοχή τριών μελών του Δ.Σ. του αναδόχου στο Δ.Σ. του υποδεικνυόμενου από αυτόν υπεργολάβου, δεν αναιρεί την αυτοτέλεια αυτού έναντι του νομικού προσώπου του πρώτου και δεν πλήττει τις αρχές της διαφάνειας και του ανταγωνισμού, ενόψει και του ότι οι δύο εταιρείες δεν συμμετείχαν στο διαγωνισμό ως ανταγωνίστριες, αλλά ως συνεργαζόμενες, στο πλαίσιο υπεργολαβίας, επιχειρήσεις. Βλ. σχετικά Γ. Μαραγκού, Β. Πέππα, Πρακτικός Οδηγός για τον έλεγχο από το Ελεγκτικό Συνέδριο των Δημοσίων Συμβάσεων, 2011, σελ. 34 και Ε. Κουλουμπίνη, ό.π., σελ. 15.

⁶⁹⁶ Πρβλ. και την ΕλΣυν Τμήμα VI 1906/2013, η οποία επ' ευκαιρία της κρίσης περίπτωσης που συνεπάγεται την πραγματική μεταβολή του προσώπου του αναδόχου που δεν εμπίπτει στις περιπτώσεις εσωτερικής αναδιοργάνωσης του αρχικού μελετητικού σχήματος με διατήρηση της νομικής του ταυτότητας ούτε σχετίζεται με την επιτρεπόμενη αξιοποίηση υπεργολάβων εκ μέρους του αρχικού αναδόχου, επισήμανε ότι η περίπτωση της υπεργολαβίας διαφοροποιείται ουσιωδώς από την κρινόμενη περίπτωση, καθώς ο υπεργολάβος αφενός μεν αναλαμβάνει τμήμα των υποχρεώσεων του αναδόχου και όχι ένα νέο αυτοτελές αντικείμενο, αφετέρου δε δεν καθίσταται αντισυμβαλλόμενος της αναθέτουσας αρχής.

⁶⁹⁷ Έτσι και ΑΠ 570/2007, ΕλΣυν Τμήμα I 1413/2017 και ΑΕΙΠΠ 1205/2019, σκέψη 26.

⁶⁹⁸ Θ. Παπαεναγγέλου, Δημόσια Έργα και Μελέτες, Β΄ Έκδοση, 2012, λήμμα 2364, ΑΠ 1468/2000, ΧρΙΔ 2001, 336, ΑΠ 570/2007, ΑΠ 119/2013, ΑΠ 2146/2014, ΕφΛαρ 379/2013, ΕλΣυν Τμήμα VI 235/2013, ΕλΣυν Τμήμα VI 2118/2013 και ΕΑ ΣτΕ 15/2021.

της δημόσιας σύμβασης διέπεται από τα άρθρα 681 επ. ΑΚ, εντούτοις έχει κριθεί⁶⁹⁹ ότι ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού μιας συμβατικής σχέσης από τα ίδια τα μετέχοντα σε αυτήν μέρη, ως «υπεργολαβίας» δεν αναιρείται ο αληθής χαρακτήρας της έννομης αυτής σχέσης και η αναγνώρισή της πρωτοτύπως από το δικαστήριο ως διαφορετικού τύπου σύμβασης, σε περίπτωση κατά την οποία η δημιουργούμενη ενοχική σχέση δεν πληροί τα τυπολογικά στοιχεία της υπεργολαβίας.

Συναφώς, από τις ανωτέρω εισαγωγικές παρατηρήσεις συνάγεται ότι τα βασικά διακριτικά γνωρίσματα που προσδιορίζουν μία έννομη σχέση και την κατατάσσουν στο εννοιολογικό και ρυθμιστικό φάσμα της υπεργολαβικής ανάθεσης για την εκτέλεση ενός επιμέρους τμήματος μιας σύμβασης, μπορούν να σταχυολογηθούν ως ακολούθως⁷⁰⁰. Εν πρώτοις, η ιδιότητα του υπεργολάβου – όπως και στην περίπτωση της δάνειας εμπειρίας – ως «τρίτου» έναντι της αναθέτουσας αρχής διατηρείται σε όλη τη διάρκεια τόσο του προσυμβατικού σταδίου όσο και του σταδίου που ακολουθεί την ανάδειξη του τελικού μειοδότη και την κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν. Ως εκ τούτου ισχύουν *mutatis mutandis* όσα εκτέθηκαν στο προηγούμενο κεφάλαιο αναφορικά με τις απορρέουσες έννομες συνέπειες ως προς τα συμβαλλόμενα μέρη, ενώ οι όποιες διαφοροποιήσεις μεταξύ τους θα αναλυθούν εκτενώς σε επόμενη ενότητα του παρόντος κεφαλαίου⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ Πρβλ. την ΑΠ 570/2007. Αντιστροφή αυτού του κανόνα παρατηρείται στο σκεπτικό της ΔΕΦΑθ 1791/2023 όπου το Διοικητικό Εφετείο απέρριψε ως αλυσιτελείς ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας περί του ότι η ενοχικοί δεσμοί που τη συνέδεαν με τρίτες υποστηρικτικές επιχειρήσεις διέπονταν από τα άρθρα 664 και 922 ΑΚ περί πρόσθησης και βοηθών εκπλήρωσης, χαρακτηρίζοντας εν τέλει τη συμβατική σχέση «υπεργολαβία», θεωρώντας ότι οι ανωτέρω διατάξεις «...ρυθμίζουν θέματα αστικής ευθύνης προς τρίτους και όχι ζητήματα που άπτονται του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και ρυθμίζονται από τις ειδικές διατάξεις περί υπεργολαβίας του νόμου 4412/2016 σε συνδυασμό με τις προβλέψεις της οικείας διακήρυξης, ...». Μάλιστα, η εν λόγω απόφαση θεώρησε ορθό το σκεπτικό της ακυρωθείσας υπ' αριθμ. 296/2023 απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως προς το ζήτημα αυτό, αν και με εν μέρει διαφορετική αιτιολογία.

⁷⁰⁰ Προβληματική εμφανίζεται η κρίση της ΕΑ ΣτΕ 199/2008, η οποία ερμηνεύοντας όρο του επίδικου διαγωνισμού που απαιτούσε να υποβληθεί εκ μέρους του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα δήλωση με «αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο παρέχων υπηρεσίες προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας» έκρινε ότι από τις επίμαχες διατάξεις, οι οποίες απαιτούν ειδικώς για την ανάθεση έργου, διαπίστωση της τεχνικής επάρκειας των ενδιαφερομένων για την ανάληψη του συγκεκριμένου έργου, συνάγεται ότι η προϋπόθεση αυτή θα πρέπει να συντρέχει και να ελέγχεται κατά κύριο λόγο στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου, στον οποίο ανήκει και το κύριο μέρος του έργου, όχι δε στο πρόσωπο των τυχόν υπεργολάβων στους οποίους μέρος μόνο, και δη μη ουσιώδες, του όλου έργου μπορεί να ανατίθεται. Με αυτή την αιτιολογία, η οποία καταφανώς εισήγαγε πρόσθετα στοιχεία στην επιτρεπτή υπεργολαβική ανάληψη τμήματος της σύμβασης από τρίτο φορέα που όμως σχετιζόταν με την τεχνική ικανότητα του ίδιου του αναδόχου, αλλά και με αμφίβολης συμβατότητας με το ενωσιακό δίκαιο, αξιολογικές διακρίσεις επί του τμήματος (κύριου και μη ουσιώδους) που μπορεί να ανατεθεί σε τρίτο υπεργολάβο και οι οποίες, ουδόλως συνάγονται από τη γραμματική ή την τελεολογική ερμηνεία των σχετικών διατάξεων ούτε φαίνεται να απέβλεπε σε αυτά ο νομοθέτης, απέρριψε την ασκηθείσα αίτηση και επικύρωσε τον αποκλεισμό της αιτούσας. Πρβλ. και *Π. Δέγλερη*, Δίκαιο Προμηθειών και Υπηρεσιών Δημοσίου, Τόμος II, 2009, σελ. 332.

⁷⁰¹ Ενόψει της επικείμενης ανάληψης αυτού του τεράστιου πρακτικής σημασίας, πολύ κρίσιμου και συχνά δαιδαλώδους ζητήματος της διάκρισης των δύο εξεταζόμενων θεσμών έμμεσης συμμετοχικής παρουσίας, αξίζει να σημειωθεί προκαταρκτικά ότι, σε αντίθεση με το θεμελιώδες, εννοιολογικό υπόβαθρο του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», βάσει του οποίου, ο δανείζων εμπειρία, απλώς υποστηρίζει τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, χωρίς να εμπλέκεται ο ίδιος άμεσα στην εκτέλεση της σύμβασης, ο υπεργολάβος πράγματι εκτελεί και μάλιστα «κατ' αποκλεισμό» του αναδόχου, με δικά του και μόνο μέσα το τμήμα της σύμβασης που του ανατίθεται. Ως προς τη σύγκριση μεταξύ των δύο θεσμών

Δευτερευόντως, στην περίπτωση της υπεργολαβίας, εγκαθιδρύεται μία κάθετη συμβατική αλυσιδωτή ενότητα διμερών ενοχικών σχέσεων, αφενός μεταξύ αναθέτουσας αρχής-αναδόχου και αφετέρου μεταξύ αναδόχου-υπεργολάβου αντίστοιχα. Πρόκειται ωστόσο, για δύο ολοκληρωτικά αυτόνομες, αυτοτελείς, αλλά και ταυτόσημες από πλευράς περιεχομένου έννομες σχέσεις, αφού ο υπεργολάβος αναλαμβάνει *back-to-back* έναντι του αντισυμβαλλομένου του και αναδόχου-εργολάβου, να εκτελέσει μέρος της σύμβασης που κατακυρώθηκε σε αυτόν, ευθυνόμενος απέναντι στον τελευταίο με τους αυτούς ακριβώς όρους, όπως δεσμεύεται και ο ίδιος έναντι της αναθέτουσας αρχής από τη μεταξύ τους συναφθείσα δημόσια σύμβαση. Αυτονόητη συνέπεια αυτής της αυτονομίας είναι ότι ο υπεργολάβος δεν συνδέεται συμβατικά σε καμία περίπτωση με την αναθέτουσα αρχή, παρά το γεγονός ότι η υπεργολαβική σύμβαση, αρύεται το περιεχόμενό της και την ίδια τη νομική της θεμελίωση, ως προς την έκταση, τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των εκατέρωθεν μερών από την υπογραφείσα σύμβαση ανάθεσης. Ο παρακολουθηματικός αυτός χαρακτήρας του υπεργολαβικού συμφώνου σε σχέση με την κατακυρωτική σύμβαση καταδεικνύεται μεταξύ άλλων και από το γεγονός ότι αυτή δεν μπορεί να έχει αυθύπαρκτη υπόσταση, υπό την έννοια ότι η λήξη, η λύση ή η κατάργηση της συμβατικής σχέσης αναδόχου και αναθέτουσας αρχής, αυτοδικαίως καθιστά άνευ αντικειμένου και τη συνέχιση της υπεργολαβικής σύμβασης, με την επιφύλαξη βέβαια των αμοιβαίων εκκρεμών υποχρεώσεων μεταξύ αναδόχου και υπεργολάβου για το μέχρι τη στιγμή της υπαναχώρησης, καταγγελίας ή της κήρυξης εκπτώτου του αναδόχου, ήδη εκτελεσθέν τμήμα της σύμβασης⁷⁰².

Αντιστρόφως ιδωμένο το ίδιο ζήτημα, ο ανάδοχος ουδόλως εμπλέκεται στην ολοκλήρωση του εκτελούμενου από τον υπεργολάβο τμήματος, τις εργασίες του οποίου αυτός εκτελεί στο πλαίσιο των δικών του συμβατικών υποχρεώσεων, όπως δεσμεύεται, δυνάμει της συμφωνίας που έχει συνάψει με τον ανάδοχο⁷⁰³. Αναμφίβολα όμως, ο τελευταίος εξακολουθεί να ευθύνεται απέναντι στην αναθέτουσα αρχή και για τις εργασίες που εκτελεί ο υπεργολάβος του και επομένως, με τη σειρά του παραμένει αποκλειστικά υπεύθυνος έναντι αυτής για την παράδοση του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου και του υπεργολαβικά εκτελεσθέντος τμήματος⁷⁰⁴. Ομοίως, ο υπεργολάβος ευθύνεται με το ίδιο μέτρο ευθύνης και είναι

και την αναφορά που γίνεται αδιακρίτως σε αυτούς ή πολλές φορές ταυτίζοντάς τους, βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 1190/2009, σκέψη 4.

⁷⁰² Πρβλ. ενδεικτικά άρθρα 686 επ. και 700 ΑΚ.

⁷⁰³ Και μάλιστα ανεξαρτήτως της ειδικότερης νομικής φύσης και μορφής που έχει λάβει η υπεργολαβική σύμβαση, βάσει της οποίας ο υπεργολάβος αναλαμβάνει έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των σχετικών εργασιών (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 196/2006, ΕΑ ΣτΕ 170/2020, ΕΑ ΣτΕ 205/2021 και ΣτΕ 1612/2022 και ΣτΕ 1792/2022). Πρβλ. και Δ. Τομαρά, ό.π., σελ. 104 επ.

⁷⁰⁴ Πρβλ. ενδεικτικά, για την αποκλειστική ευθύνη του αναδόχου και τα οριζόμενα στα άρθρα 131 παρ. 3 και 336 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, όπου σε αμφοτέρα ορίζεται ότι: «Οι παράγραφοι 1 και 2 και το άρθρο 58 [άρθρο 287 για την παρ. 3 του άρθρου 336] δεν αίρουν την ευθύνη του κύριου [η λέξη «κύριου» παραλείπεται στην αντίστοιχη παρ. 3 του άρθρου 336, παρά το γεγονός ότι αναφέρεται τόσο στην παρ. 4 του άρθρου 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ όσο και στην παρ. 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, χωρίς όμως προφανώς να αλλοιώνεται στο ελάχιστο το νόημα της διάταξης] αναδόχου». Το ίδιο σαφές και απερίφραστη η διατύπωση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 3 του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016 (τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ) σχετικά με την ευθύνη του παραχωρησιούχου. Επίσης, από τη νομολογία ενδεικτικά ΕλΣυν Τμήμα VI 2118/2013.

υπόλογος μόνο απέναντι στον εργολάβο και ανάδοχο, οι δε υποχρεώσεις αυτού απέναντι στον τρίτο που αναλαμβάνει υπεργολαβικά το ανατεθέν σε αυτόν τμήμα, διέπονται και ρυθμίζονται αποκλειστικά από τη μεταξύ τους σύμβαση⁷⁰⁵.

Απότοκος του ανωτέρω σχήματος είναι και το γεγονός ότι το οφειλόμενο τμήμα καταβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή αποκλειστικά στον ανάδοχο και ο ίδιος ακολούθως ενέχεται για την εξόφληση του υπεργολαβικού ανταλλάγματος προς τον υπεργολάβο του⁷⁰⁶. Ακόμα δε και στην εξαιρετική περίπτωση που είναι δυνατή η εξόφληση των οικονομικών υποχρεώσεων του αναδόχου από την αναθέτουσα αρχή απευθείας προς τον υπεργολάβο⁷⁰⁷, δεν αμφισβητείται, ότι ούτως αποσβέννυται η δική της οφειλή έναντι του αναδόχου και ως εκ τούτου, καταβάλλει μεν αυτή για λογαριασμό τρίτου, αλλά αντί καταβολής σε αυτόν⁷⁰⁸. Επομένως, σε καμία περίπτωση δεν δημιουργείται μια αυτοτελής και νέα ενοχή μεταξύ αναθέτουσας αρχής και υπεργολάβου⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ Αντίθετη η ΕφΘεσσαλ 1201/2006, Αρμ 2008, 1332, με παρατηρήσεις Σ. Κουμάνη, η οποία με επίκληση των διατάξεων σχετικά με την ευθύνη από την πρόστιση κατά ΑΚ 922, έκανε δεκτό ότι σε σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου που εκτελείται σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 1418/1984 και του ΠΔ 609/1985, ο υπεργολάβος ευθύνεται εις ολόκληρον από κοινού με τον εργολάβο απέναντι στον κύριο του έργου ή τρίτο.

⁷⁰⁶ Πρβλ. και τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 3 του Ν. 4694/1930 «Ακατάσχετο αποδοχών εργατών-ιδιωτικών υπαλλήλων κλπ.» της 10^{ης}/12^{ης} Μαΐου 1930, η οποία ορίζει ότι δεν είναι επιτρεπτή η κατάσχεση του εργολαβικού ανταλλάγματος από τον υπεργολάβο αυτού, σε αντίθεση με τους προμηθευτές, τους τεχνίτες και του υπαλλήλους που χρησιμοποίησε για την εκτέλεση της σύμβασης σε συνδυασμό με τα προβλεπόμενα στην παρ. 11 του άρθρου 52 του καταργηθέντος πλέον Ν. 3669/2008, όπως όμως η τελευταία διάταξη επαναλαμβάνεται σχεδόν αυτούσια στην ισχύουσα παρ. 11 του άρθρου 152 του Ν. 4412/2016, ενώ στην ίδια λογική κινείται και η ρύθμιση της παρ. 8 του άρθρου 187 που αφορά τις δημόσιες συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών. Ενδεικτικά για το ίδιο ζήτημα βλ. ΑΠ 41/2003, ΑΠ 1949/2011 και ΑΠ 1948/2014, αλλά και τη Γνμδ. ΝΣΚ 184/2019. Για τις επιτρεπτές περιπτώσεις κατάσχεσης-εκχώρησης του εργολαβικού ανταλλάγματος και τις αντίστοιχες απαγορεύσεις υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς, βλ. αναλυτικά Χ. Μητκίδη, Η σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου μετά τις πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν. 4070/2012, σελ. 110-112.

⁷⁰⁷ Πρβλ. την παρ. 2 του άρθρου 131 του Ν. 4412/2016, όπου ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προβλέπουν στα έγγραφα της σύμβασης ότι, κατόπιν αιτήματος του υπεργολάβου και εφόσον η φύση της σύμβασης το επιτρέπει, η αναθέτουσα αρχή καταβάλλει απευθείας στον υπεργολάβο την αμοιβή του για την εκτέλεση προμήθειας, υπηρεσίας ή έργου, δυνάμει σύμβασης υπεργολαβίας με τον ανάδοχο. Στην περίπτωση αυτή, στα έγγραφα της σύμβασης καθορίζονται τα ειδικότερα μέτρα ή οι μηχανισμοί που επιτρέπουν στον κύριο ανάδοχο να εγείρει αντιρρήσεις ως προς αδικαιολόγητες πληρωμές, καθώς και οι ρυθμίσεις που αφορούν αυτόν τον τρόπο πληρωμής.», με σχεδόν ταυτόσημη τη διατύπωση και της παρ. 2 του άρθρου 336 για το Βιβλίο ΙΙ του νόμου. Η πρόβλεψη πάντως του νόμου ότι ακόμα και σε αυτή την περίπτωση, ο ανάδοχος διατηρεί τη δυνατότητα να εγείρει αντιρρήσεις για την απευθείας καταβολή της αμοιβής του υπεργολάβου, αποτελεί μία ακόμα εναργέστατη απόδειξη ότι σε κάθε περίπτωση, αυτός παραμένει ο μοναδικός υπεύθυνος έναντι της αναθέτουσας αρχής για την εκτέλεση του αντικειμένου της κατακυρωθείσας σύμβασης.

⁷⁰⁸ Κατά την έννοια του άρθρου 417 ΑΚ.

⁷⁰⁹ Έτσι και ΕλΣυν Τμήμα VII Πράξη 9/2015 και ΔΕφΚομ 466/2012 με την οποία κρίθηκε ότι ούτε από το ειδικό πληρεξούσιο του νομίμου εκπροσώπου της εργολήπτριας εταιρείας προς τον νόμιμο εκπρόσωπο της υπεργολάβου εταιρείας, με το οποίο παρέχεται πληρεξουσιότητα προεξόφλησης του επίμαχου 2^{ου} λογαριασμού του έργου ούτε από το ιδιωτικό συμφωνητικό που συνήφθη μεταξύ των δύο ως άνω εταιρειών μπορεί να δημιουργηθεί υποχρέωση του Δήμου, ως αναθέτουσας αρχής, για πληρωμή ενδεχόμενης απαίτησης της υπεργολάβου εταιρείας, διότι η όποια σύμβαση «υπεργολαβίας» ουδεμία ισχύ έχει έναντι του κυρίου του έργου, καθώς ούτε υποβλήθηκε στον Δήμο ούτε εγκρίθηκε απ' αυτόν (σκέψη 7).

Περαιτέρω, από τη γραμματική διατύπωση των σχετικών διατάξεων για την υπεργολαβία, όπου γίνεται ρητή αναφορά σε «*τμήμα*» της υπογραφείσας δημόσιας σύμβασης, την ίδια την εννοιολογική φύση της, αλλά και τη σαφή διάκρισή της από την έννοια της υποκατάστασης, ασφαλώς εξάγεται το συμπέρασμα ότι μπορεί να ανατίθεται υπεργολαβικά σε τρίτο φορέα, η εκτέλεση μόνο επιμέρους ποσοστού του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης που έχει αναλάβει ο ανάδοχος, εφόσον δε δεν ορίζεται άλλως, απεριορίστως προς τα πάνω, αλλά πάντως όχι μέχρι του σημείου να καταλήγει σε έμμεση υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου⁷¹⁰. Συνεπώς, υπεργολαβική ανάθεση κατά 100% του αντικειμένου μιας δημόσιας σύμβασης δεν νοείται, αφού εξ ορισμού το όλον δεν συνιστά τμήμα ούτε μέρος αυτής⁷¹¹.

3. Διάκριση της υπεργολαβίας από «συγγενείς» έννοιες.

ι. Υπεργολάβος και Προμηθευτής.

Κατόπιν της ανωτέρω εισαγωγής στην έννοια του θεσμού της «*υπεργολαβίας*», πρέπει έτι περαιτέρω να διευκρινιστεί η θέση της σε σχέση με άλλες, συγγενείς έννοιες. Συγκεκριμένα, είναι σαφές ότι ο τρίτος φορέας, στον οποίο ο ανάδοχος μιας δημόσιας σύμβασης αναθέτει την υπεργολαβική εκτέλεση ενός τμήματός της, διακρίνεται από τον απλό προμηθευτή του αναδόχου. Ειδικότερα, όπως ήδη εκτέθηκε και στην εισαγωγή του παρόντος κεφαλαίου, στο πλαίσιο της υλοποίησης μιας δημόσιας σύμβασης, ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να εκτελέσει με ίδια μέσα, ένα ορισμένο ποσοστό του συνόλου αυτής, όπως το αναθέτει σε αυτόν ο ανάδοχος-εργολάβος της

⁷¹⁰ Έτσι απολύτως ορθά και η ΕλΣυν Τμήμα VII (σε Συμβούλιο) 40/2014, η οποία απέρριψε αίτηση ανάκλησης που άσκησε ο ενδιαφερόμενος Δήμος, ως αναθέτουσα αρχή κατά πράξης του Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών του ίδιου Τμήματος, δυνάμει της οποίας είχε κριθεί ότι δεν πρέπει να θεωρηθεί χρηματικό ένταλμα πληρωμής του εν λόγω Δήμου προς τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών, με το αιτιολογικό ότι, όπως προέκυψε από το ιδιωτικό συμφωνητικό υπεργολαβίας μεταξύ της αναδόχου εταιρείας και του υπεργολάβου αυτής, ο τελευταίος ανέλαβε να εκτελέσει το σύνολο της ανατεθείσας σύμβασης, κατά ανεπίτρεπτη υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου, χωρίς να τηρηθούν οι νόμιμες διαδικασίες.

⁷¹¹ Εσφαλμένη κατά αυτή την έννοια η κρίση της ΔΕφΘεσσαλ 1/2020, όπως διατυπώνεται στη σκέψη 20, βάσει της οποίας απορρίφθηκε ο εν λόγω ισχυρισμός της ένδικης αίτησης, με το αιτιολογικό ότι από το συνολικό κανονιστικό πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού, ήτοι τις σχετικές διατάξεις της διακήρυξης, του Ν. 4412/2016 και της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν συνάγεται ρητός αποκλεισμός της δυνατότητας ανάθεσης σε υπεργολάβο, ακόμα και του συνόλου της προμήθειας του διαγωνισμού κατά 100/100, εφόσον οι ανωτέρω διατάξεις δεν περιλαμβάνουν ουδεμία μεία σε οποιονδήποτε περιορισμό ως προς το ύψος του ποσοστού της σύμβασης που μπορεί να ανατεθεί περαιτέρω υπεργολαβικά σε τρίτο φορέα. Αντίθετη ωστόσο και ορθή η άποψη που διατυπώθηκε στη σκέψη 80 της προσβαλλόμενης με την ως άνω κριθείσα αίτηση ακύρωσης, απόφασης της ΑΕΠΠ 1301/2019, η οποία στη σκέψη 80 αυτής, καίτοι δεν αποτέλεσε αντικείμενο της κρίσης της, εντούτοις *obiter dictum*, σχολίασε το αυτονόητο, ότι το όλον, όπως ταυτίζεται με το 100% της σύμβασης, αντιστρατεύεται τη γραμματική ερμηνεία της διάταξης για την υπεργολαβία, στην οποία γίνεται αδιάστικτη αναφορά σε «*τμήμα*», υπό την έννοια του «*μέρους*» αυτής και μόνο. Στην ίδια λογική και η ΑΕΠΠ 505/2021 σκέψη 22, όπου αφενός δέχτηκε ότι η αναφορά «*ποσοστού*» της προς ανάθεση σύμβασης στις περί υπεργολαβίας διατάξεις του νόμου, «*...εκ προοιμίου και εννοιολογικά αποκλείει την ολοκληρωτική ανάθεση υπεργολαβικά του συνόλου της σύμβασης, καθώς κάτι τέτοιο οδηγεί αναγκαστικά σε ανεπίτρεπτη υποκατάσταση του αναδόχου και εκτέλεση εν τέλει του συνόλου του συμβατικού αντικειμένου εκ μέρους του υπεργολάβου,...*», ενώ αφετέρου αναγνώρισε τη δυνατότητα νόμιμης υπεργολαβικής ανάθεσης ποσοστού 97% στον υπεργολάβο, απορρίπτοντας τους αντίθετους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας περί κατ' ουσίαν υποκατάσταση της συμμετέχουσας στον διαγωνισμό εταιρείας και προσφεύγουσας κατά του αποκλεισμού της στην επίμαχη υπόθεση. Τη δυνατότητα ανάθεσης του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης, κατά 100% σε υπεργολάβο φαίνεται να δέχεται και η ΑΕΠΠ 1424/2021 στη σκέψη 3 αυτής.

σύμβασης και καθορίζεται ως προς την έκταση και το αντικείμενό του στο συμφωνητικό μεταξύ αναδόχου-υπεργολάβου. Ταυτόχρονα το περιεχόμενο της υπεργολαβικής σύμβασης κατά τα ανωτέρω δηλώνεται ρητά και προς την αναθέτουσα αρχή⁷¹².

Αντιθέτως, ο προμηθευτής του προσφέροντος, δεν συμμετέχει από κοινού με αυτόν, ούτε με έμμεσο τρόπο, δεν υποχρεούται υπό οποιαδήποτε περίσταση να υποβάλλει αυτοτελώς Ε.Ε.Ε.Σ. ή να δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ. του προσφέροντος και προφανώς δεν ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή ως προς την πλήρωση στο πρόσωπό του των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ή συνδρομής λόγων αποκλεισμού. Στην ίδια λογική, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η προσωπική κατάσταση του προμηθευτή, φυσικού ή νομικού προσώπου, επηρεάζει καθ' οιανδήποτε έννοια την εγκυρότητα της υποβαλλόμενης προσφοράς εκ μέρους του συμμετέχοντος, αφού απλώς αναλαμβάνει να παράσχει-διαθέσει συγκεκριμένο/α αγαθό/ά σε αυτόν, για την ανάληψη και εν συνεχεία την εκτέλεση της διεκδικούμενης σύμβασης προμήθειας⁷¹³.

ii. *Υπεργολαβία και υποκατάσταση ή εκχώρηση του έργου*⁷¹⁴.

Επιπρόσθετα, εξίσου ευχερής είναι η αντιδιαστολή του θεσμού της «υπεργολαβίας» σε σχέση με την περίπτωση της υποκατάστασης⁷¹⁵ του αναδόχου δημόσιας σύμβασης έργου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση⁷¹⁶, υπό την έννοια της ολοκληρωτικής εκχώρησης του έργου σε τρίτη οντότητα, η οποία δεν είχε λάβει μέρος

⁷¹² Ως προς την αναμφισβήτητη και επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του υποψηφίου αναδόχου υποχρέωση που υπέχει αυτός να δηλώσει στην προσφορά του όχι μόνο τον ή τους υπεργολάβους του, αλλά και το τμήμα (σε ποσοστό επί του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης) που θα εκτελεστεί υπεργολαβικά από αυτόν ή αυτούς, βλ. τη ρητή γραμματική διατύπωση του πρώτου εδαφίου του άρθρου 58 και του άρθρου 287 του Ν. 4412/2016.

⁷¹³ Για τη διάκριση των δύο θεσμών βλ. και ΑΕΠΠ 1205/2019 σκέψη 26 και ΔΕφΑθ (Αναστ.) 476/2011, 477/2011, 478/2011, αλλά και την 484/2011, με τις οποίες το δικαστήριο απεφάνθη ότι η απλή διάθεση σε συμμετέχουσα σε διαγωνισμό εταιρεία, από τρίτο οικονομικό φορέα, κατά τα διαλαμβανόμενα στην υπεύθυνη δήλωση του εκπροσώπου της εταιρείας αυτής, συγκεκριμένων οργάνων, για την απόδειξη της υλικοτεχνικής της ικανότητας, δεν αποτελεί υπεργολαβία, η οποία προϋποθέτει την, εκ μέρους του εργολάβου της κύριας σύμβασης, ανάθεση υλοποίησης μέρους του έργου, για το οποίο αυτός είχε υποβάλει την προσφορά, σε τρίτο φορέα. Περαιτέρω, οι ΔΕφΑθ (Αναστ.) 477/2011, 478/2011 και 484/2011, αναγνώρισαν δικαίωμα νόμιμης χρήσης εξοπλισμού από προμηθευτή, ο οποίος δεν κωλύεται να τον παραχωρεί και σε άλλους διαγωνιζόμενους, χωρίς να συντρέχει περίπτωση αποκλεισμού των περισσότερων υποψηφίων αναδόχων, μόνο για τον λόγο αυτό.

⁷¹⁴ Για τις έννοιες της υποκατάστασης του αναδόχου και της εκχώρησης, βλ. αναλυτικά Κεφάλαιο II της παρούσας μελέτης, υπό 5.i-vii.

⁷¹⁵ Ήδη με το άρθρο 164 παρ. 1, τελευταίο εδάφιο του Ν. 4412/2016 διευκρινίστηκε ρητά ότι: «Δεν θεωρείται υποκατάσταση η, εκ μέρους του αναδόχου, υπεργολαβική ανάθεση συγκεκριμένων εργασιών του έργου». Έτσι και ΣτΕ 1588/2021 ήδη υπό το νομοθετικό καθεστώς του Ν. 3669/2008. Πρβλ. και ΕλΣυν Τμήμα VII 676/2023 σκέψη 13.

⁷¹⁶ Βλ. και ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 390/2011. Πρβλ. επί του ζητήματος διάκρισης μεταξύ υπεργολαβίας και υποκατάστασης του αρχικού αναδόχου και την Απόφαση ΔΕΕ της 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, ECLI:EU:C:2008:351, επίσης *E. Κουλουμπίνη*, ό.π., σελ. 18-20 και *X. Μητκίδη*, Οι αλλοιώσεις των δημοσίων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης – Η υπόθεση *Pressetext*, ΘΠΔΔ, Τεύχος 10/2010, σελ. 1017 επ. και *του ιδίου*, Η σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου μετά τις πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν. 4070/2012, σελ. 169.

στη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας αυτοτελώς προσφορά η ίδια⁷¹⁷. Ειδικότερα, ως υποκατάσταση νοείται η εν συνόλω μεταβίβαση των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του εργολάβου από εργολαβική σύμβαση σε τρίτο (υποκατάστατο), όσον αφορά το όλον ή το μέρος του αναληφθέντος έργου, κατά τρόπο, ώστε να υπεισέρχεται ο αλλότριος φορέας στη μεταξύ εργοδότη και εργολάβου σχέση, μέσω εκχώρησης των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αναδόχου, σε έτερο πρόσωπο που δεν μετείχε στον διαγωνισμό και η οποία συντελείται, κατά τις διατάξεις περί ειδικής διαδοχής του αστικού και εμπορικού δικαίου⁷¹⁸.

Η εξεταζόμενη περίπτωση είναι επιτρεπτή όλως εξαιρετικά διαρκούντος του προσυμβατικού σταδίου και κατά κανόνα στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης ανάθεσης, μόνο μετά από την τήρηση των προβλεπόμενων νόμιμων προϋποθέσεων και δη εφόσον εγκριθεί η υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου από τον φορέα κατασκευής του έργου, οπότε ο υποκατάστατος εγκαθίσταται στη σύμβαση και συνεχίζει την εκτέλεσή της, με τον ανάδοχο, σε διαφορετική περίπτωση, μη τήρησης δηλαδή των απαιτούμενων προϋποθέσεων, να κηρύσσεται έκπτωτος⁷¹⁹. Ως εκ τούτου, με την υποκατάσταση αλλοιώνεται ο αρχικός συμβατικός δεσμός, αφού μεταβάλλονται τα πρόσωπα των αρχικών συμβαλλομένων, στον βαθμό που έναντι της αναθέτουσας αρχής ευθύνεται πλέον τόσο ο ανάδοχος όσο και ο υποκατάστατος, εάν δεν λάβει χώρα υποκατάσταση με απαλλαγή από την ευθύνη του αρχικού αναδόχου. Στην τελευταία αυτή περίπτωση έχουμε πλέον την ίδρυση μίας νέας, ολοκληρωτικά διάφορης έννομης σχέσης που αναπτύσσεται μεταξύ του φορέα και του υποκατάστατου, η οποία δύναται να αφορά το όλον ή μέρος μόνο του έργου⁷²⁰. Τα αναφερόμενα ζητήματα, στο μέτρο που εμπίπτουν στο γνωστικό αντικείμενο της παρούσας μελέτης έχουν ήδη τύχει εκτενούς ανάλυσης στον οικείο τόπο του δευτέρου κεφαλαίου της και παρέλκει ο εδώ περαιτέρω σχολιασμός τους.

4. Όροι και προϋποθέσεις χρήσης του θεσμού της «υπεργολαβίας»⁷²¹.

⁷¹⁷ Έτσι και *Ε. Κουλουμπίνη*, ό.π., σελ. 13 επ. Πρβλ. την κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 5 παρ. 8 του Ν. 1418/1984 εκδοθείσα υπ' αριθμ. Δ17α/01/13/ΦΝ430/27.02.2002 Υπουργική Απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων (Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε.) με τίτλο «Όροι και διαδικασία έγκρισης κατασκευαστικής κοινοπραξίας και υπεργολαβίας.» (ΦΕΚ Β' 267/06.03.2002), όπως προσδιόρισε την έννοια της υπεργολαβικής ανάθεσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έργων και οδήγησε με τη σειρά της στη σύνταξη των άρθρων 66-69 του Ν. 3669/2008.

⁷¹⁸ *Θ. Παπαεναγγέλου*, Δημόσια Έργα και Μελέτες, Συμπλήρωμα Νομολογίας, Β' Έκδοση, 2015, λήμμα 536 επ., *Χ. Μητκίδης*, Η σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου μετά τις πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν. 4070/2012, 2012, σελ. 167 επ. Για τη διάκριση υπεργολαβίας και υποκατάστασης στις Σ.Δ.Ι.Τ. βλ. *Ι. Βενιέρη*, ό.π., σελ. 286.

⁷¹⁹ Ενδεικτικά ΑΠ 427/1994, Δ/νη 1995, 147, ΑΠ 464/1995, Δ/νη 1996, 328, ΔΕΝ 1995, 1261, ΕΕΝ 1996, 381, ΕΕργΔ 1996, 834, ΝοΒ 1996, 973, ΣτΕ (Ολομ.) 971/1998, Αρμ 1996, 869, Δ/νη 1998, 1046, ΝοΒ 1999, 346, ΑΠ 119/2013 και ΑΠ 2146/2014. Βλ. και *Α. Σφυρή*, ό.π. σελ. 12-22.

⁷²⁰ Βλ. και ΕλΣυν Τμήμα VII 9/2015. Πρβλ. και Γνμδ. ΝΣΚ 464/2005.

⁷²¹ Όπως και στην περίπτωση της ανάλυσης των σχετικών διατάξεων για τη δάνεια εμπειρία, έτσι και εν προκειμένω, κατά την εξέταση των ρυθμίσεων του νόμου για την υπεργολαβία, θα ακολουθηθεί κατά βάση η δομή των άρθρων του Βιβλίου Ι εκ παραλλήλου με τα αντίστοιχα άρθρα του Βιβλίου ΙΙ και θα επισημαίνονται τα σημεία, στα οποία παρατηρείται κάποια διαφοροποίηση. Επίσης, κοινή είναι και η συστηματική δομή που ακολουθεί το άρθρο 50 του Ν. 4413/2016 κατ' εφαρμογή του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, με κάποιες εννοιολογικές διαφοροποιήσεις, οφειλόμενες στις ιδιαιτερότητες και τη φύση της σύμβασης παραχώρησης. Ειδικά για την υπεργολαβική ανάθεση σε συμβάσεις

- i. *Οι θεμελιώδεις αρχές που διέπουν την ανάθεση συγκεκριμένου τμήματος της σύμβασης σε υπεργολάβο*⁷²².

Η βασική ρύθμιση στο κείμενο του Ν. 4412/2016 για τη δυνατότητα που έχει ένας οικονομικός φορέας να υποβάλλει νομότυπα προσφορά σε ένα δημόσιο διαγωνισμό, δηλώνοντας παράλληλα την πρόθεσή του να αναθέσει περαιτέρω υπεργολαβικά την εκτέλεση μέρους της σύμβασης που διεκδικεί, εφόσον του κατακυρωθεί, σε τρίτο φορέα⁷²³, προβλέπεται στα άρθρα 58 και 131 του νόμου⁷²⁴. Ο πρωταρχικός και θεμελιώδης κανόνας που θεσπίζεται σχετικά, ορίζει ότι η αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού, απαιτεί⁷²⁵ από τον εκάστοτε προσφέροντα με ρητή πρόβλεψη

παραχώρησης και σε Συμπράξεις Δημόσιου και Ιδιωτικού Τομέα (Σ.Δ.Ι.Τ) και το διαχρονικό δίκαιό της, βλ. *I. Κίτσο*, Συμπράξεις Δημόσιου-Ιδιωτικού Τομέα και Συμβάσεις Παραχώρησης, Συνεργασίες δημόσιων και ιδιωτικών φορέων για την ανάπτυξη δημόσιων υποδομών με επενδύσεις κεφαλαίων, σύμφωνα με το διεθνές, το ευρωπαϊκό και το ελληνικό δίκαιο, 2014, ιδίως σελ. 208, 227-228 και 236-237, αλλά και *E. Τροβά-Π. Σκουρή*, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2009, σελ. 510 και 525.

⁷²² Γενικά για τον θεσμό της «υπεργολαβίας» στο κείμενο των οδηγιών του 2014, βλ. αναλυτικά Brief 37, Public Procurement, Subcontracting, SIGMA-OECD, September 2016, available at <https://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-37-200117.pdf>. Βλ. *E. Βλάχου*, σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, 2018, σελ. 578 επ. και *Δ. Κοκοτσή*, σε *E. Κουλουμπίνη/Η. Μάζος/Ι. Κίτσος* (επιμ.), Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016. Νομολογιακή προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, 2019, σελ. 191 επ.

⁷²³ Για την αδιαμφισβήτητη παραδοχή ότι, εφόσον δεν έχει απαγορευθεί ρητά με όρο της σχετικής Πρόσκλησης, είναι απολύτως επιτρεπτή η υπεργολαβική εκτέλεση μέρους της σύμβασης που συνάπτεται κατόπιν απευθείας ανάθεσης, βάσει των άρθρων 118 και 328 του Ν. 4412/2016, βλ. ΕλΣυν Τμήμα VII 114/2019.

⁷²⁴ Κατά μεταφορά στο εθνικό δίκαιο των οριζόμενων στο άρθρο 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, με τις αντίστοιχες διατάξεις στο Βιβλίο ΙΙ του Ν. 4412/2016 να περιλαμβάνονται στα άρθρα 287 και 336, όπως αυτά ενσωμάτωσαν στην ελληνική έννομη τάξη το άρθρο 88 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Ο διαχωρισμός που έγινε από τον Έλληνα νομοθέτη, με την ουσιαστική διάσπαση της ίδιας ενωσιακής διάταξης σε δύο επιμέρους άρθρα για το κάθε βιβλίο του νόμου, εκτιμάται ότι έγινε για λόγους «χωροταξικούς», με σκοπό να εξυπηρετηθεί η συστηματική δομή που ακολούθησε ο Ν. 4412/2016, αφού το άρθρο 58 (άρθρο 71 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) υπάγεται στο Βιβλίο Ι, «ΜΕΡΟΣ Α΄ ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ, ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ ΚΑΙ ΚΑΝΟΝΕΣ», «ΤΙΤΛΟΣ 3 ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΝΟΝΕΣ ΣΥΝΑΨΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», «ΤΜΗΜΑ ΙΙΙ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗ ΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ», «ΕΝΟΤΗΤΑ 1 ΠΡΟΕΤΟΙΜΑΣΙΑ», αφορώντας προφανώς το προσυμβατικό στάδιο σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης, ενώ το άρθρο 131 (λοιπές παράγραφοι του άρθρου 71 της οδηγίας), εμπίπτει στο «ΜΕΡΟΣ Β΄ ΚΑΝΟΝΕΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ», «ΚΕΦΑΛΑΙΟ Ι ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» και θεωρήθηκε ότι ρυθμίζει το στάδιο που έπεται της υπογραφής της σύμβασης με τον ανάδοχο. Ωστόσο, είναι σαφές ότι τα οριζόμενα σε αμφότερες τις διατάξεις διέπουν κατά κύριο λόγο, με τρόπο ενιαίο και αδιάσπαστο τους όρους και τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες ένας οικονομικός φορέας δύναται να στηρίξει την προσφορά του, στην έμμεση συμμετοχική παρουσία ενός ή περισσότερων υπεργολάβων, προκειμένου να διεκδικήσει την ανάθεση μιας δημοπρατούμενης δημόσιας σύμβασης σε αυτόν και μόνο εκτάκτως περιλαμβάνουν αναφορές στο μετά την κατακύρωση της σύμβασης, διάστημα. Ομοίως, το άρθρο 287 (παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ανήκει στο Βιβλίο ΙΙ, «ΜΕΡΟΣ Α΄ ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ, ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ ΚΑΙ ΚΑΝΟΝΕΣ», «ΤΙΤΛΟΣ 3 ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΝΟΝΕΣ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», «ΤΜΗΜΑ ΙΙΙ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗ ΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ», ενώ το άρθρο 336 (λοιπές παράγραφοι του άρθρου 88 της οδηγίας) βρίσκεται στο «ΜΕΡΟΣ Β΄ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», με τις ίδιες ως άνω παρατηρήσεις να ισχύουν απαράλλακτες και εδώ. Εντούτοις, στο άρθρο 50 του Ν. 4413/2016 δεν έχει επέλθει αντίστοιχη διάσπαση των διατάξεων του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

⁷²⁵ Η ρύθμιση της παρ. 2 αμφοτέρων των οδηγιών στα άρθρα 71 και 88 αντίστοιχα, κάνει λόγο για δυνατότητα («...η αναθέτουσα αρχή/ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητεί ή μπορεί να υποχρεώνεται από ένα κράτος μέλος να ζητεί από τον προσφέροντα...») των κρατών μελών να προβλέψουν ή όχι ως υποχρεωτική την απαίτηση να ζητούνται τα στοιχεία του υπεργολάβου κατά το προσυμβατικό στάδιο. Στη χώρα μας, ο Έλληνας νομοθέτης κάνοντας χρήση αυτής της ευχέρειας, ενεργοποίησε την

στα έγγραφα της σύμβασης, να δηλώσει εντός της προσφοράς του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους (και με ποσοστιαία αναφορά τοις εκατό [%] επί της συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης), καθώς και τον υπεργολάβο ή τους υπεργολάβους που προτείνει⁷²⁶.

αυστηρότερη εκδοχή της και όρισε ως υποχρεωτική για τον εκάστοτε προσφέροντα την απαίτηση να δηλώνει τους υπεργολάβους του και το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει σε αυτούς ήδη από την έναρξη του σταδίου ανάθεσης. Αντιθέτως, η απαίτηση να δηλώνονται οι υπεργολάβοι, τα πλήρη στοιχεία αυτών και το ποσοστό της σύμβασης που θα εκτελέσουν αυτοί στο στάδιο κατακύρωσης της σύμβασης, οριζόταν εξ αρχής ως υποχρεωτική για τα κράτη μέλη και τις αναθέτουσες αρχές (και τους αναθέτοντες φορείς προφανώς) ήδη με τη σχετική πρόβλεψη στα ίδια ως άνω άρθρα των οδηγιών

⁷²⁶ Για την υποχρέωση αυτή του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, βλ. ΕΑ ΣτΕ 15/2021 σκέψη 23. Καίτοι δεν προκύπτει ρητά από το γράμμα της εν λόγω ρύθμισης, δογματικά και τελλογικά ορθότερο θα ήταν να γίνει δεκτό ότι η ανάθεση τμήματος της σύμβασης σε υπεργολάβο, πρέπει να δηλώνεται από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα στις οικείες ενότητες του Ε.Ε.Ε.Σ. που υποβάλλει, με υποχρεωτική αναφορά και του ποσοστού της υπεργολαβίας, πάντοτε φυσικά σε συμφωνία και με το περιεχόμενο της υπεργολαβικής σύμβασης που συνυποβάλλει. Το επιχείρημα αυτό αντλείται από το γεγονός ότι υπάρχει ξεχωριστή ενότητα στο Ε.Ε.Ε.Σ. και συγκεκριμένα, στο «Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», υπό «Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας» ή στο «Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής», υπό «Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», πεδίο «Ποσοστό υπεργολαβίας» αντίστοιχα, αναλόγως εάν ο συμμετέχων οικονομικός φορέας υποβάλλει προσφορά, προτιθέμενος είτε να αναθέσει απλώς τμήμα της διεκδικούμενης από αυτόν σύμβασης υπεργολαβικά σε τρίτη επιχείρηση είτε επιθυμεί να συνδυάσει την υπεργολαβική ανάθεση ενός ποσοστού της σύμβασης με ταυτόχρονη επίκληση των μέσων του ίδιου τρίτου φορέα, ως δανειζόντος εμπειρία. Έτσι και ΣτΕ 1612/2022 που έκρινε ότι πρέπει να δηλώνεται στο Ε.Ε.Ε.Σ. του προσφέροντος και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του τόσο το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσει σε υπεργολάβο όσο και τα στοιχεία αυτού. Αντιθέτως, πλημμελής φαίνεται η αιτιολογία και το διατακτικό της ΔΕφΘεσσαλ 318/2020, η οποία έκανε δεκτή αίτηση αναστολής κατά της ΑΕΠΠ 915/2019, όπως η τελευταία είχε δεχτεί ότι δεν πρόκυπτε με σαφήνεια και πέραν πάσης αμφιβολίας ποιο τμήμα του διαγωνισμού θα ανατίθετο με τη μορφή υπεργολαβίας και σε ποια από τις δύο εταιρείες που δήλωνε ως υπεργολάβους του, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας. Η απόφαση του Διοικητικού Εφετείου, στήριξε την κρίση της στο γεγονός ότι ο υποψήφιος ανάδοχος στο Ε.Ε.Ε.Σ. που προσκόμισε έδωσε τις απαντήσεις που αντιστοιχούσαν στις ερωτήσεις και υποδείξεις του περιεχομένου αυτού, ενώ οι ακριβείς εργασίες, καθώς και το ποσοστό, στο οποίος αυτές αντιστοιχούν, ήταν δυνατό να συναχθεί από τις δηλώσεις που περιείχονταν σε συνυποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις του προσφέροντος. Αντιθέτως, ορθή είναι η κρίση της ΔΕφΑθ 1791/2023, η οποία κληθείσα να αντιμετωπίσει ζήτημα ανεπαρκούς αιτιολόγησης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, κατέληξε ότι πράγματι η παράλειψη δήλωσης των υπεργολάβων της παρεμβαίνουσας επιχείρησης, με το πρόσχημα ότι στην πραγματικότητα δεν επρόκειτο για συναφθείσες συμβάσεις υπεργολαβίας, αλλά για απλή υποβολή προσφορών συνεργατών της προς αυτήν, «...ως συγκριτικά στοιχεία των τρεχουσών τιμών της αγοράς για ορισμένες εργασίες προκειμένου να στοιχειοθετήσει την προσφερόμενη από αυτήν τιμή, τη βιωσιμότητα και το κερδοφόρο της προσφοράς της.», καθιστά την οικονομική προσφορά της προβληματική και πλημμελή ως προς την αιτιολόγησή της, λαμβανομένου υπόψη ότι η υπεργολαβική ανάθεση σε τρίτους φορείς συνιστά κατ' εξοχήν παράγοντα συνδιαμόρφωσης των οικονομικών παραμέτρων μιας προσφοράς. Υπό το πρίσμα αυτό η αίτηση ακύρωσης και αναστολής έγινε δεκτή και ακυρώθηκε η υπ' αριθμ. 296/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ. Αντίθετη και μάλλον μετεωρίζουσα κρίση σε συναφές ζήτημα διέλαβε η ΔΕφΛαρ 143/2023 (σκέψεις 13-15), εκκινώντας φαινομενικά από τις ίδιες παραδοχές περί συνυπολογισμού του κόστους υπεργολαβικής ανάθεσης, για τον χαρακτηρισμό μιας προσφοράς ενός υποψηφίου αναδόχου, ως «ασυνήθιστα χαμηλής», αλλά καταλήγοντας σε διάφορο συμπέρασμα, υιοθετώντας την άποψη ότι, εν τέλει, δεν πρόκυπτε η σύναψη σύμβασης υπεργολαβίας, αλλά ότι τα στοιχεία και οι πληροφορίες που χορηγήθηκαν από τους τρίτους φορείς στον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, όπως αυτά υποβλήθηκαν στην αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού, «...παρασχέθηκαν κατά τη διερεύνηση και τη διαμόρφωση της προσφοράς...» του προσφέροντος και δη «...κατά την επιχείρηση διαμόρφωσης της προσφοράς [...] και για τις ανάγκες τεκμηρίωσής της.», χωρίς όμως να καταφάσκει η πρόθεση σύναψης τέτοιας σύμβασης. Προβληματικό έκρινε το περιεχόμενο προσκομιζόμενου συμφωνητικού υπεργολαβικής ανάθεσης μεταξύ οικονομικού φορέα και του υπεργολάβου αυτού, βάσει του οποίου τεκμηριωνόταν από τον τελευταίο σε

Εξάλλου, αυτονόητο είναι ότι η ολοκληρωτική παράλειψη ενός προσφέροντος να δηλώσει το πρόσωπο ή σε περίπτωση περισσοτέρων, τα πρόσωπα των υπεργολάβων του, καθώς και το τμήμα ή τα επιμέρους τμήματα που αναθέτει υπεργολαβικά σε τρίτες, υποστηρικτικές επιχειρήσεις, έχει ως αυτόθροη συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς του⁷²⁷.

Με μία αρκετά πρόσφατη τροποποίηση, όπως επήλθε με το άρθρο 18 του Ν. 4782/2021, προστέθηκε δεύτερο εδάφιο στο άρθρο 58 του Ν. 4412/2016⁷²⁸, προβλέποντας ειδικά ότι για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, η ανάθεση τμήματος της σύμβασης σε υπεργολάβο θα πρέπει να ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή ως προς την επαγγελματική καταλληλότητα αυτού να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 1, περίπτωση α) και 2 του άρθρου 75 του νόμου, αναφορικά με τα τιθέμενα στον διαγωνισμό κριτήρια επιλογής. Σε διαφορετική περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί – προφανώς κατά δέσμια αρμοδιότητα αυτής – από τον προσφέροντα να αντικαταστήσει τον υπεργολάβο που δεν πληροί τους όρους της ανωτέρω διάταξης, καθώς και των διατάξεων των άρθρων 79, 80 και 81 του Ν. 4412/2016⁷²⁹. Η ίδια υποχρέωση βαρύνει την αναθέτουσα αρχή – και πάλι κατά δέσμια αρμοδιότητα – εφόσον διαπιστώσει ότι στο πρόσωπο του υπεργολάβου συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 και οι εκεί αναφερόμενες περιπτώσεις λόγων αποκλεισμού οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης.

Για την πληρότητα της παρούσας ανάλυσης, επισημαίνεται ότι στο άρθρο 34 του Ν. 3978/2011, τίθεται με ευρεία διατύπωση η δυνατότητα ανάθεσης της εκτέλεσης συγκεκριμένου τμήματος με τη μορφή της υπεργολαβίας στις συμβάσεις στον τομέα της άμυνας και της ασφάλειας. Με την επιφύλαξη των όσων αναφέρονται στις παρ. 4

μεταγενέστερο (επίδικο) διαγωνισμό, η προηγούμενη τεχνική εμπειρία του, την οποία παρείχε ως δανείζων εμπειρία, φορέας σε έτερο διαγωνιζόμενο και με αυτό το σκεπτικό, η ΑΕΠΠ 620/2021 (σκέψη 29) έκανε δεκτή σχετική προσφυγή ανταγωνίστριας εταιρείας. Για την υποχρέωση προσκόμισης υπεργολαβικής σύμβασης μεταξύ αναδόχου του έργου και υπεργολάβου, αλλά και τη νόμιμη ανάληψη σχετικής δέσμευσης του τελευταίου, κατά τον χρόνο υπογραφής της κατακυρωτικής σύμβασης υπό το φως των διατάξεων του άρθρου 68 παρ. 1 του Ν. 3669/2008, βλ. ΕΑ ΣτΕ 1030/2005 και ΕΑ ΣτΕ 686/2009.

⁷²⁷ Έτσι ορθά και ΕΑΔΗΣΥ 1460/2022, όπως επικυρώθηκε η ορθότητα της κρίσης της με τη ΔΕφΑθ 695/2023. Η δήλωση ωστόσο της υπεργολαβικής ανάθεσης του τμήματος της σύμβασης, καθώς και του υπεργολάβου ή των υπεργολάβων του, με συγκεκριμένες παραλείψεις ή σφάλματα, φαίνεται – με την επιφύλαξη της κατά περίπτωση αξιολόγησή της – ως ιάσιμη πλημμέλεια και μάλλον είναι δεκτική διευκρινίσεων, υπό το πρίσμα και της σχετικά πρόσφατης αντικατάστασης του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 από το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021, όπως έχει ερμηνευθεί από τη νομολογία (πρβλ. ενδεικτικά ΣτΕ 505/2021 σκέψη 11 και ΣτΕ 725/2022 σκέψη 35).

⁷²⁸ Διάταξη ωστόσο που δεν προστέθηκε και στο αντίστοιχο άρθρο 287 του Βιβλίου ΙΙ του νόμου. Βλ. και Γ. Δελλή, Γ. Κροκιά, Π. Πούγγουρα, Α. Τσιρώνά, Το νέο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, Γενική ανάλυση του νέου Ν. 4782/2021, 2021, σελ. 26.

⁷²⁹ Περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), περί αποδεικτικών μέσων (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (*e-Certis*) (άρθρο 61 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) αντίστοιχα. Στη θεωρία, έχει διατυπωθεί η απολύτως λογική άποψη ότι ειδικά για τις συμβάσεις έργων, όπως ρυθμίζονται πλέον μετά την τροποποίηση του άρθρου 58, ο υπεργολάβος θα έπρεπε να ελέγχεται ως προς την πλήρωση και των λοιπών απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, όπως τίθενται στο κείμενο της διακήρυξης. Βλ. σχετικά Σ. Μαυρίδη-Ι. Συκούδη, Η υπεργολαβία και η στήριξη στην ικανότητα τρίτων στις δημόσιες συμβάσεις έργων, ΔιΔικ 4/2023(35), σελ. 541. Για τον έλεγχο της επαγγελματικής καταλληλότητας του υπεργολάβου κατά το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 58 του νόμου βλ. ΣτΕ 56/2024.

και 5 του ίδιου άρθρου, ορίζεται ότι ο ανάδοχος μπορεί να επιλέγει ελεύθερα τους υπεργολάβους που θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της ανατεθείσας σε αυτόν σύμβασης⁷³⁰. Για τη σύννομη άσκηση του δικαιώματος υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης που ανέλαβε ο ανάδοχος, οφείλει η αναθέτουσα αρχή να συμπεριλάβει ρητό όρο στα έγγραφα της σύμβασης⁷³¹, απαιτώντας από τον υποψήφιο ή προσφέροντα να αναφέρει στην αίτηση συμμετοχής ή στην προσφορά του το τμήμα ή τα τμήματα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτες οντότητες, τους προτεινόμενους από αυτόν υπεργολάβους και το αντικείμενο της υπεργολαβίας, για την οποία προτείνονται οι τελευταίοι.

ii. Η υποχρέωση τήρησης των υποχρεώσεων της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας εκ μέρους του υπεργολάβου.

Μεταβαίνοντας εν συνεχεία, στο άρθρο 131 και ακολουθώντας πλέον τη δομή που υπαγορεύει και το ίδιο το άρθρο 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ⁷³², διαπιστώνεται ότι ο Έλληνας νομοθέτης υιοθέτησε αυτολεξεί την πρώτη παράγραφο του τελευταίου, προβλέποντας στην αντίστοιχη παρ. 1 της εξεταζόμενης διάταξης ότι η τήρηση των υποχρεώσεων που ορίζονται στην παρ. 2 του (κοινού για την οδηγία και τον Ν. 4412/2016) άρθρου 18⁷³³ από τους υπεργολάβους του υποψήφιου αναδόχου, υπόκειται σε παρακολούθηση και έλεγχο από τις αρμόδιες εθνικές αρχές. Στην ουσία πρόκειται για την κοινή υποχρέωση που υπέχουν τόσο ο υποβάλλων προσφορά σε έναν δημόσιο διαγωνισμό, οικονομικός φορέας, όσο και ο υπεργολάβος αυτού, να τηρούν τις δεσμεύσεις που τους αφορούν, όπως απορρέουν από διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας και έχουν θεσπισθεί σύμφωνα με το δίκαιο της Ε.Ε., το εθνικό δίκαιο, αλλά και συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α' του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016⁷³⁴.

Κατά τον τρόπο αυτό, οι επίμαχες δεσμεύσεις που αφορούν αρχικά τον υποψήφιο ανάδοχο επεκτείνονται και καταλαμβάνουν και τους υπεργολάβους αυτού⁷³⁵. Με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 του ίδιου άρθρου 18 και την παρ. 3 του

⁷³⁰ Χωρίς επιτρεπτή δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να του επιβάλλει διακρίσεις που σχετίζονται με τη χώρα εγκατάστασης και δη την εθνικότητα των προτεινόμενων από αυτόν εργολάβων.

⁷³¹ Με υποχρεωτική μινεία των λόγων αποκλεισμού και των ελάχιστων απαιτήσεων χρηματοοικονομικής και τεχνικής ικανότητας των προτεινόμενων υπεργολάβων, αλλά και των αντίστοιχων απαιτούμενων δικαιολογητικών, προς τεκμηρίωση των ως άνω απαιτήσεων.

⁷³² Ομοίως άρθρο 336 του νόμου και άρθρο 88 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ενώ στο ρυθμιστικό πεδίο των συμβάσεων παραχώρησης γίνεται πάντα λόγος για το άρθρο 50 του Ν. 4413/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ). Για την υπεργολαβία στις συμβάσεις παραχώρησης, βλ. *Ι. Μπαλτά*, σε Δημόσιες Συμβάσεις, Διεύθυνση Έκδοσης Θ. Πανάγος-Β. Σπηλιοπούλου, 2021, σελ. 1191. Σαφώς διαφορετική είναι η αντιμετώπιση που επιφυλάσσεται για την υπεργολαβία και περιέχεται στο άρθρο 34 του Ν. 3978/2011, όπως μετέφερε στην ελληνική έννομη τάξη το άρθρο 21 της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ.

⁷³³ Άρθρο 253 του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016 και αντίστοιχο άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Πρόκειται για το άρθρο 29 παρ. 3 και 4 του Ν. 4413/2016, όπως ενσωμάτωσε το άρθρο 30 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

⁷³⁴ Για το Βιβλίο ΙΙ του νόμου, η παραπομπή αφορά το Παράρτημα ΧΙV του Προσαρτήματος Β' αυτού.

⁷³⁵ Έτσι και η αιτιολογική έκθεση του νόμου, σελ. 31 και 68 ως προς τα άρθρα 131 και 336 αντίστοιχα.

άρθρου 253 αντίστοιχα, υλοποιείται η υποχρέωση της χώρας μας να ελέγχει και να βεβαιώνει την τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων εκ μέρους (και) των υπεργολάβων που δηλώνουν οι υποψήφιοι ανάδοχοι. Ο έλεγχος και η συμμόρφωση βεβαιώνεται και για τους υπεργολάβους από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους με τους αυτούς όρους, όπως διαπιστώνεται και για τους αναδόχους-εργολάβους.

iii. Η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής για απευθείας καταβολή της αμοιβής στον ίδιο τον υπεργολάβο, για το τμήμα της σύμβασης που εκτέλεσε.

Ακολούθως, η επόμενη παράγραφος της υπό εξέταση διάταξης, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι εισάγει, κατά ρητή νομοθετική επιταγή, προερχόμενη απευθείας από τα αντίστοιχα άρθρα αμοιότερων των ενωσιακών οδηγιών, μία μερική «ρωγμή» στον κανόνα της ανυπαρξίας άμεσου ή έμμεσου συμβατικού ή άλλου δεσμού μεταξύ του υπεργολάβου και της αναθέτουσας αρχής⁷³⁶. Συγκεκριμένα, κατά διακριτική ευχέρεια της τελευταίας και σε περίπτωση που προβλεφθεί ρητά κάτι τέτοιο στα έγγραφα της σύμβασης, είναι δυνατόν, κατόπιν αιτήματος που υποβάλλει ο ίδιος ο υπεργολάβος προς αυτήν και εφόσον η φύση του αντικειμένου της δημοπρατούμενης σύμβασης το επιτρέπει, η αναθέτουσα αρχή να καταβάλλει απευθείας στον υπεργολάβο τη συμφωνηθείσα αμοιβή του για το τμήμα της σύμβασης που εκτελέστηκε από αυτόν, όπως περαιτέρω ορίστηκε στο υπεργολαβικό συμφωνητικό μεταξύ αυτού και του αναδόχου και δηλώθηκε προς αυτήν κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς, μέσω του Ε.Ε.Ε.Σ.

Ωστόσο, ακόμα και σε αυτή την περίπτωση, ο τελευταίος λόγος ανήκει στον ίδιο τον ανάδοχο, απόρροια του αναμφισβήτητου γεγονότος ότι αυτός παραμένει κατά πάντα χρόνο, ο αντισυμβαλλόμενος της αναθέτουσας αρχής και άρα επιφυλάσσεται στον ίδιο, ένα – θα μπορούσε να ειπωθεί – «δικαίωμα τελευταίας λέξης» πριν η αναθέτουσα αρχή, εξοφλήσει προς τον υπεργολάβο του, ως «τρίτο» και μη συμβαλλόμενο με αυτήν, αλλά μόνο με τον εργολάβο-ανάδοχο, το οφειλόμενο υπεργολαβικό αντάλλαγμα για λογαριασμό όμως του τελευταίου. Κατά συνέπεια, εκτός της ανωτέρω δυνατότητας απευθείας καταβολής στον υπεργολάβο, καθώς και των επιμέρους ρυθμίσεων που αφορούν αυτόν τον τρόπο πληρωμής, θα πρέπει ταυτόχρονα να καθορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης τα ειδικότερα μέτρα ή οι

⁷³⁶ Η ενωσιακή αυτή απαίτηση να δοθεί η ελευθερία στα κράτη μέλη να συμπεριλάβουν σχετική ρύθμιση στις εθνικές νομοθεσίες τους, μεταξύ άλλων, προκύπτει με ενάργεια και από το τελευταίο εδάφιο της αιτιολογικής σκέψης 78 και την αιτιολογική σκέψη 105 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το τελευταίο εδάφιο της αιτιολογικής σκέψης 87 και την αιτιολογική σκέψη 110 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ενώ είχε τύχει σχολιασμού ήδη και στο Έγγραφο εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής με τίτλο «Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις», 25.06.2008, SEC(2008) 2193, με ενδεικτική υπόδειξη προς τις αναθέτουσες αρχές να περιλαμβάνουν σχετικές ρήτρες στα έγγραφα της σύμβασης, ώστε να διασφαλίζεται η εμπρόθεσμη πληρωμή των υπεργολάβων και η ταχεία μετακύλισή της στην αλυσίδα εφοδιασμού (πρβλ. ανωτέρω υποσημείωση 688).

μηχανισμοί, δυνάμει των οποίων ο ανάδοχος της σύμβασης⁷³⁷ θα έχει τη δυνατότητα να εγείρει αντιρρήσεις ως προς αδικαιολόγητες πληρωμές⁷³⁸.

iv. *Ο ανάδοχος μοναδικός υπεύθυνος έναντι της αναθέτουσας αρχής.*

Στην ίδια λογική η επόμενη παράγραφος των εξεταζόμενων άρθρων του νόμου, όπως ήδη εκτέθηκε και πιο πάνω, υπό 2 στο παρόν κεφάλαιο, δυνάμει ρητής πρόβλεψης στο κείμενο αμοτέρων των οδηγιών και συγκεκριμένα στην παρ. 4 των αντίστοιχων άρθρων 71 και 88, επισημαίνει ότι, ανεξαρτήτως των οριζόμενων στις προηγούμενες παραγράφους, αναφορικά με τις δεσμεύσεις που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος ή τη δυνατότητα απευθείας πληρωμής σε αυτόν της αμοιβής του, δεν αίρεται σε καμία περίπτωση, η ευθύνη του αναδόχου της σύμβασης για την ορθή εκτέλεσή της. Κατά την έννοια αυτή, είναι σαφές και δεν αμφισβητείται ότι ενόψει της κατακυρωτικής σύμβασης που συνάπτει ο τελικός μειοδότης με την αναθέτουσα αρχή και ασχέτως του ποσοστού αυτής που ανατίθεται υπεργολαβικά σε έναν ή περισσότερους υπεργολάβους, μοναδικός υπόλογος, ως αντισυμβαλλόμενος της αναθέτουσας αρχής για την ολοκλήρωση και παράδοση του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου τόσο του τμήματος που εκτελέστηκε αυτοτελώς από τον ίδιο όσο και του υπεργολαβικά εκτελεσθέντος ποσοστού, παραμένει αποκλειστικά ο ανάδοχος, σύμφωνα με τους ειδικότερους όρους της κατακυρωτικής σύμβασης.

Η εν λόγω ευθύνη, όπως απορρέει από την ιδιότητα του συμβαλλομένου σε δημόσια σύμβαση, σαφέστατα και δεν μπορεί καθ' οιονδήποτε τρόπο, εξεταζόμενη από τη σκοπιά του θεσμού της «υπεργολαβίας» να περιέλθει στον υπεργολάβο του αναδόχου ή να επιμεριστεί μεταξύ αυτού και των τρίτων φορέων, στους οποίους ανατέθηκε η εκπόνηση μέρους της σύμβασης, ακόμα και αν το υπεργολαβικά ανατεθέν τμήμα της, δύναται κατά περίπτωση, να συνιστά το συντριπτικά μεγαλύτερο ποσοστό του συνολικού αντικειμένου που κατακυρώθηκε στον ανάδοχο.

v. *Η διασφάλιση της διαφάνειας στην αλυσίδα της υπεργολαβίας.*

Η τέταρτη παράγραφος των σχολιαζόμενων διατάξεων του νόμου, ουσιαστικά περιλαμβάνει ρυθμίσεις που αφορούν το μετά την οριστική κατακύρωση της σύμβασης, στάδιο και επιδιώκει να διασφαλίσει – σε κάποιο τουλάχιστον εφικτό βαθμό⁷³⁹ – την απαιτούμενη διαφάνεια στην αλυσίδα της υπεργολαβικής ανάθεσης⁷⁴⁰. Συνεπώς, στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων έργων και όσον αφορά συμβάσεις υπηρεσιών, οι οποίες πρόκειται να παρασχεθούν σε εγκαταστάσεις που τελούν υπό την

⁷³⁷ Η διάστιξη που κάνει ο νομοθέτης στην επίμαχη διάταξη, αντιδιαστέλλοντας μεταξύ υπεργολάβου και «κύριου» αναδόχου, καίτοι γίνεται κατά αυτούσια μεταφορά του κειμένου των οδηγιών και εν τοις πράγμασι δεν δημιουργεί σοβαρά ερμηνευτικά προβλήματα, εντούτοις, δεν βρίσκει σύμφωνο τον γράφοντα και είναι δικαιοπολιτικά και εννοιολογικά εσφαλμένη, καθώς υπάρχει μόνο ένας ανάδοχος και ένας ή περισσότεροι υπεργολάβοι αυτού.

⁷³⁸ Ταυτόσημη από πλευράς περιεχομένου και η παρ. 3 του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016.

⁷³⁹ Παραδοχή που αποτυπώνεται απερίφραστα στο δεύτερο εδάφιο της αιτιολογικής σκέψης 105 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στο δεύτερο εδάφιο της αιτιολογικής σκέψης 110 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, όπως άλλωστε και στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, όσον αφορά τις παρ. 4 των άρθρων 131 και 336 αυτού. Αντίστοιχη παραδοχή υπάρχει τόσο στην αιτιολογική σκέψη 72 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ όσο και στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4413/2016 για τις συμβάσεις παραχώρησης.

⁷⁴⁰ Έτσι και Ε. Βλάχου, ό.π.

άμεση εποπτεία της αναθέτουσας αρχής, ο ανάδοχος υποχρεούται να παρέχει στην αναθέτουσα αρχή, συγκεκριμένα στοιχεία για τους υπεργολάβους του⁷⁴¹. Σκοπός της εν λόγω διάταξης είναι να παρέχεται σε αυτήν, η μέγιστη δυνατή πληροφόρηση σχετικά με την ταυτότητα και την ιδιότητα των προσώπων που είναι παρόντες στα εργοτάξια, στα οποία εκτελούνται οι εργασίες που συναπαρτίζουν το αντικείμενο της κατακυρωθείσας σύμβασης έργου, ενώ συναφώς, λαμβάνει γνώση σχετικά με το ποιες επιχειρήσεις παρέχουν ως υπεργολάβοι του, τις αναληφθείσες από τον ανάδοχο της σύμβασης, υπηρεσίες σε κτίρια, ή εντός αυτών, αλλά και σε υποδομές ή χώρους, όπως δημαρχεία, δημοτικά σχολεία, αθλητικές εγκαταστάσεις, λιμένες ή αυτοκινητοδρόμους⁷⁴², για τους οποίους είναι υπεύθυνες ή επί των οποίων έχουν άμεση εποπτεία οι αναθέτουσες αρχές.

Μάλιστα, με σκοπό την πραγμάτωση της προαναφερθείσας στόχευσης για εξασφάλιση της μέγιστης δυνατής διαφάνειας ως προς την ταυτότητα των υπεργολάβων του αναδόχου, διευκρινίζεται στις επίμαχες αιτιολογικές σκέψεις αμφοτέρων των οδηγιών ότι η υποχρέωση παροχής των απαιτούμενων πληροφοριών βαρύνει, εν πάση περιπτώσει, τον ίδιο τον εργολάβο-ανάδοχο. Επιπλέον, αυτή η υποχρέωση πληροφόρησης μπορεί να επιβάλλεται σε αυτόν από την αναθέτουσα αρχή, είτε επί τη βάση ειδικών ρητρών, τις οποίες θα πρέπει κάθε αναθέτουσα αρχή να συμπεριλάβει σε όλες τις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης είτε επί τη βάση υποχρεώσεων που θα επιβάλλουν τα κράτη μέλη στους αναδόχους τέτοιων συμβάσεων, μέσω διατάξεων γενικής εφαρμογής. Σε εκτέλεση αυτής της ενωσιακής απαίτησης, όπως ειδικότερα αποτυπώθηκε στις παρ. 5 των άρθρων 71 και 88 των δύο οδηγιών αντίστοιχα, ο εθνικός νομοθέτης προσάρμοσε την ελληνική έννομη τάξη, κάνοντας χρήση της ευχέρειας για αυστηρότερη πρόβλεψη στο εθνικό δίκαιο εκάστου κράτους μέλους και επέλεξε να επιβάλλει μέσω γενικού κανόνα, την υποχρέωση ενημέρωσης απευθείας στον ανάδοχο.

⁷⁴¹ Πρβλ. και τη σχετική κρίση της ΣτΕ 1647/2022 σκέψη 19, όπως επικύρωσε την ορθότητα της ΑΕΙΠΠ 1490-1491/2021, η οποία με τη σειρά της είχε δεχτεί ότι βάσει των επίμαχων όρων του διαγωνισμού, επιτρέπεται μεν η επίκληση εμπειρίας κτηθείσας από εκτελεσθείσα υπεργολαβία που ανατέθηκε στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης, με άλλον ανάδοχο, πλην όμως η υπεργολαβική εκτέλεση της σύμβασης αυτής, ουδόλως αναιρεί την υποχρέωση προσκόμισης εκ μέρους του τρίτου φορέα, βεβαίωσης εκτέλεσης του υπεργολαβικά ανατεθέντος τμήματος της σύμβασης, από τον κύριο του έργου στο όνομα του υπεργολάβου, ενώ και το αντικειμενικό γεγονός της εκτέλεσης της σύμβασης από τον υπεργολάβο, επίσης δεν αναιρεί την κατά το άρθρο 131 του Ν. 4412/2016 υποχρέωση που υπέχει ο υποψήφιος ανάδοχος για υποβολή της εν λόγω υπεργολαβίας ενώπιον της αναθέτουσας αρχής προς έγκριση, κατόπιν της οποίας ο υπεργολάβος αναγνωρίζεται ως τέτοιος νομίμως και επισήμως από την αναθέτουσα αρχή, οπότε δύναται πλέον ο ίδιος, αυτοτελώς, να αιτηθεί από την τελευταία την επίμαχη βεβαίωση. Έτσι και ΕΑ ΣτΕ 15/2021 που είχε επίσης απορρίψει το αίτημα αναστολής κατά των ίδιων ως άνω αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π., όπως έκρινε περαιτέρω, ότι για την περίπτωση υπεργολαβίας ισχύει η απαίτηση περί προέλευσης των βεβαιώσεων καλής εκτελέσεως από τον «κύριο του έργου» και όχι από τον ιδιώτη ανάδοχο της σύμβασης. Διαφοροποιήθηκε ωστόσο, ως προς την υποχρέωση υποβολής προς έγκριση της υπεργολαβίας από την αναθέτουσα αρχή, εκτιμώντας ότι αυτή προβλέπεται μόνο στα άρθρα 165 και 166 του Ν. 4412/2016, τα οποία εντάσσονται στο Βιβλίο Ι, αλλά εφαρμόζονται συμπληρωματικώς, δυνάμει του άρθρου 334 και στις δημόσιες συμβάσεις έργων του Βιβλίου ΙΙ, αφού κατά το σκεπτικό της εν λόγω απόφασης, εφαρμοστέο ήταν το Βιβλίο ΙΙ του νόμου και άρα το άρθρο 336 και όχι το άρθρο 131 αυτού.

⁷⁴² Η ενδεικτική παράθεση των σχετικών κτιρίων, υποδομών ή εγκαταστάσεων αντλήθηκε αυτούσια από το κείμενο των σχετικών αιτιολογικών σκέψεων 105 και 110 των οδηγιών.

Συγκεκριμένα, ορίστηκε με το δεύτερο εδάφιο της τέταρτης παραγράφου των επίμαχων διατάξεων του νόμου, ότι μετά την ανάθεση της σύμβασης και το αργότερο κατά την έναρξη της εκτέλεσής της, ο ανάδοχος υποχρεούται ο ίδιος να αναφέρει στην αναθέτουσα αρχή το όνομα, τα στοιχεία επικοινωνίας και τους νόμιμους εκπροσώπους των υπεργολάβων του, οι οποίοι συμμετέχουν στην ολοκλήρωση του έργου που αναλαμβάνει να εκτελέσει ή στην παροχή των υπηρεσιών που έχουν ανατεθεί σε αυτόν, δυνάμει της δημόσιας σύμβασης που έχει υπογράψει με την αναθέτουσα αρχή. Προϋπόθεση για την πληροφόρηση της αναθέτουσας αρχής ως προς τα πλήρη στοιχεία των υπεργολάβων είναι αυτά να έχουν καταστεί γνωστά και διαθέσιμα στον ανάδοχο κατά τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή, ενώ ο τελευταίος εξακολουθεί να υπέχει υποχρέωση να γνωστοποιεί στην αναθέτουσα αρχή κάθε επιγενόμενη αλλαγή των πληροφοριών αυτών, μετά την έναρξη και κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της αναληφθείσας σύμβασης. Εξάλλου, ο ανάδοχος συνεχίζει να βαρύνεται με την ίδια υποχρέωση έγκαιρης και πλήρους ενημέρωσης της αναθέτουσα αρχής, παρέχοντάς της, όλες τις απαιτούμενες πληροφορίες, σχετικά με κάθε νέο υπεργολάβο, με τον οποίο συμβάλλεται και εν συνεχεία χρησιμοποιεί για την ολοκλήρωση των εν λόγω έργων και υπηρεσιών, με το τελευταίο αυτό εδάφιο, προφανώς να αφορά την περίπτωση αντικατάστασης αρχικά δηλωθέντος υπεργολάβου με έτερη επιχείρηση, μετά το χρονικό σημείο έναρξης εκτέλεσης της σύμβασης ανάθεσης⁷⁴³.

Τα επόμενα εδάφια της ίδιας παραγράφου των υπό εξέταση άρθρων του νόμου, δημιουργούν μία, κατά την εκτίμηση του γράφοντος, ερμηνευτική – όχι πάντως ανυπέρβλητη – δυσκολία, κατά το εξής. Με αυτούσια μεταφορά του αντίστοιχου εδαφίου των οδηγιών, ο Ν. 4412/2016 ορίζει στις επίμαχες διατάξεις του Βιβλίου Ι και του Βιβλίου ΙΙ, σχετικά με την υπεργολαβία, ότι: «*Το πρώτο και δεύτερο εδάφιο δεν ισχύει για τους προμηθευτές.*», ενώ με το αμέσως επόμενο εδάφιο και πάλι κάνοντας χρήση σχετικής παρεχόμενης ευχέρειας στα κράτη μέλη από το ίδιο το κείμενο των οδηγιών, επεκτείνει την προεκτεθείσα υποχρέωση του αναδόχου για παροχή πλήρους ενημέρωσης στην αναθέτουσα αρχή, τόσο στις συμβάσεις προμήθειας («*αγαθών*» κατά το κείμενο των οδηγιών), όσο και στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, πλην εκείνων που αφορούν υπηρεσίες, οι οποίες πρόκειται να παρασχεθούν στις εγκαταστάσεις υπό την άμεση εποπτεία της αναθέτουσας αρχής ή στους προμηθευτές που συμμετέχουν σε συμβάσεις έργων ή υπηρεσιών⁷⁴⁴.

Τίθεται συνεπώς, το ερώτημα σε ποιους προμηθευτές αναφέρεται ο νομοθέτης; Υπό μία εκδοχή, η διάταξη αφορά τους αναδόχους συμβάσεων προμήθειας, εφόσον οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών δεν αναφέρονται ρητά ούτε στο πρώτο εδάφιο των παρ. 4 των άρθρων 131 και 336 και άρα στην ίδια λογική, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι η υποχρέωση πληροφόρησης της αναθέτουσας αρχής, κατ' αρχήν αφορά τους

⁷⁴³ Αναφορές που είναι κοινές και στις αντίστοιχες παραγράφους του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016. Συναφώς, η παρ. 3 του άρθρου 34 του Ν. 3978/2011 ορίζει ότι η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει ρητού όρου που περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης, απαιτεί από τον ανάδοχο να αναφέρει σε αυτήν οποιαδήποτε αλλαγή ανακύπτει σε επίπεδο υπεργολάβων, προϊούσης της εκτέλεσης της σύμβασης ανάθεσης.

⁷⁴⁴ Έτσι και το τρίτο εδάφιο της τέταρτης παραγράφου του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016, με ενεργοποίηση της δυνατότητας που παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς ή στα κράτη μέλη, βάσει της περίπτωσης α) της παρ. 3 του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

υπεργολάβους του αναδόχου μόνο σε συμβάσεις δημοσίων έργων και παροχής υπηρεσιών, κατά τα εκεί περαιτέρω οριζόμενα και δεν δεσμεύει τους αναδόχους συμβάσεων προμήθειας. Κατά τη δεύτερη όμως και (ορθότερη) εκδοχή, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι η μνεία που γίνεται στο κείμενο των οδηγιών (και του νόμου) αφορά τους προμηθευτές των εν λόγω αναδόχων, προβαίνοντας σε σαφή, αν και αυτονόητη, διάστιξη μεταξύ υπεργολάβων και προμηθευτών, διαχωρίζοντας με ρητή πρόβλεψη τους δεύτερους και εξαιρώντας τους από οποιαδήποτε υποχρέωση του αναδόχου να κοινοποιήσει στην αναθέτουσα αρχή στοιχεία για αυτούς, σύμφωνα και με την αναμφισβήτητη διάκριση που έγινε μεταξύ υπεργολάβου και προμηθευτή, ανωτέρω υπό 3.1⁷⁴⁵.

Η ερμηνευτική αυτή δυσχέρεια, φαίνεται να επιτείνεται στη συνέχεια του κειμένου των επίμαχων διατάξεων, αφού ο ενωσιακός νομοθέτης, παρέχει ρητά τη δυνατότητα στα κράτη μέλη να επεκτείνουν την υποχρέωση των αναδόχων για ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής και στις συμβάσεις αγαθών. Αυτής της δυνατότητας έγινε εν τέλει χρήση στο κείμενο του ελληνικού νομοθετήματος και πράγματι η παροχή πληροφοριών ως προς τους υπεργολάβους που προτίθενται να χρησιμοποιήσουν, κατέστη υποχρεωτική και για τους αναδόχους συμβάσεων προμηθειών⁷⁴⁶ και συμβάσεων παροχής υπηρεσιών συνολικά, με εξαίρεση μόνο εκείνων που ήδη εμπίπτουν εξ αρχής στο υποχρεωτικό πεδίο της ρύθμισης, βάσει των οριζομένων στο πρώτο εδάφιο της παρ. 5 των άρθρων 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 88 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αντίστοιχα⁷⁴⁷. Εξάλλου, προς επίρρωση της ανωτέρω παραδοχής, επίσης ρητά εξαιρούνται της δυνατότητας που αναγνωρίζεται στα κράτη μέλη να επεκτείνουν την υποχρέωση ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής και οι προμηθευτές που συμμετέχουν σε μεικτές συμβάσεις έργων ή παροχής υπηρεσιών, σύμφωνα με το ακροτελεύτιο εδάφιο της περίπτωσης α) της παρ. 5 του άρθρου 71 και του άρθρου 88 των οδηγιών⁷⁴⁸. Έτσι, με βάση τα ως άνω εκτεθέντα, θα παρίστατο όλως αντιφατικό να ορίζεται ρητά και ανεξαιρέτα ότι η υποχρεωτική πληροφόρηση της

⁷⁴⁵ Το αναφερόμενο ζήτημα ανάγνωσης της διάταξης δεν αποσαφηνίζεται ούτε στο περιεχόμενο της αιτιολογικής έκθεσης του Ν. 4412/2016, ενώ δεν γίνεται σχετική μνεία ούτε στις αιτιολογικές σκέψεις των οδηγιών.

⁷⁴⁶ Βλ. και ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 425/2014, με την οποία ορθά απορρίφθηκε ισχυρισμός της αιτούσας ένωσης περί του ότι το παρεμβαίνον Νομικό Πρόσωπο Ιδιωτικού Δικαίου, ως εκ της φύσης του, πριν προβεί, σύμφωνα με την προσφορά του σε πράξεις εμπορικού χαρακτήρα και συγκεκριμένα στην αγορά από άλλον προμηθευτή και εν συνεχεία πώληση στην αναθέτουσα αρχή του προσφερόμενου εξοπλισμού και έτοιμου λογισμικού, όφειλε να διεξάγει αντίστοιχη προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία, με βάση το θεσμικό πλαίσιο διεξαγωγής δημόσιων διαγωνισμών, αφού σε διαφορετική περίπτωση, η προσφορά του θα ήταν απορριπτέα ως υποβαλλόμενη υπό αίρεση και συγκεκριμένα υπό την αίρεση ότι μόνο μετά από τη διεξαγωγή κάθε νόμιμης διαδικασίας για την ανάθεση προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών στους υπεργολάβους του εν λόγω Ν.Π.Ι.Δ. και για τη σύναψη σύμβασης μίσθωσης έργου με τους εξωτερικούς συνεργάτες του, θα μπορούσαν να προκύψουν οι συγκεκριμένοι ανάδοχοι, ως προτεινόμενοι υπεργολάβοι του. Το δικαστήριο εν προκειμένω απέρριψε και σωστά τον προβαλλόμενο ισχυρισμό και την ασκηθείσα αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, κρίνοντας ότι σύμφωνα και με τα πραγματικά περιστατικά της ένδικης υπόθεσης, δεν πρόκειται για αγορά και πώληση του επίμαχου εξοπλισμού και του λογισμικού από το συμμετέχον στον διαγωνισμό Ν.Π.Ι.Δ. όπως υποστήριζε η αιτούσα ένωση, αλλά για υπεργολαβική ανάθεση της εκτέλεσης συγκεκριμένου τμήματος της σύμβασης που αυτό διεκδικούσε, χωρίς να απαιτείται προηγουμένως να έχει ολοκληρώσει τις σχετικές διαγωνιστικές και άλλες τυπικές δημόσιες διαδικασίες.

⁷⁴⁷ Πρώτο και δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 131 και του άρθρου 336 του νόμου.

⁷⁴⁸ Ομοίως, περίπτωση α) της παρ. 4 του άρθρου 131 και του άρθρου 336 του Ν. 4412/2016.

αναθέτουσας αρχής δεν ισχύει για τους αναδόχους των συμβάσεων προμηθειών και στο αμέσως επόμενο εδάφιο να δίνεται η δυνατότητα τέτοιας πρόβλεψης στις επιμέρους εθνικές έννομες τάξεις των κρατών μελών.

Προς αποσαφήνιση δε των υπό κρίση ρυθμίσεων και διάλυση της όποιας αμφισημίας, κατά την εκτίμηση του γράφοντος, θα πρέπει να θεωρείται σαφές ότι από τη συνδυαστική ανάγνωση του τρίτου εδαφίου της παρ. 4 του άρθρου 131 και του άρθρου 336 του νόμου και του ακροτελεύτιου εδαφίου της περίπτωσης α) στη συνέχεια της ίδιας διάταξης, εξάγεται ασφαλώς το συμπέρασμα ότι η υποχρέωση για ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής, ως προς τα πλήρη στοιχεία των υπεργολάβων του αναδόχου, δεν αφορά σε καμία περίπτωση και του προμηθευτές αυτού. Ομοίως, δεν μπορεί να επεκταθεί σε αυτούς κατ' επιλογή της εκάστοτε εθνικής αναθέτουσας αρχής ούτε αυτή μπορεί να υποχρεωθεί προς τούτο από το κράτος μέλος εγκατάστασής της. Αντιθέτως, με βάση τη γραμματική διατύπωση του πρώτου εδαφίου της περίπτωσης α) της παρ. 4 των υπό κρίση άρθρων του νόμου, ο Έλληνας νομοθέτης έκανε χρήση της δυνατότητας επέκτασης της σχετικής υποχρέωσης των αναδόχων για παροχή πλήρους πληροφόρησης στις αναθέτουσες αρχές ως προς τα στοιχεία των υπεργολάβων τους και στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και όλων των συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, ανεξαιρέτως⁷⁴⁹. Κατά συνέπεια, πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι την υποχρέωση για χορήγηση των επίμαχων στοιχείων των υπεργολάβων που προτίθεται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης, όπως προβλέπεται στο πρώτο και δεύτερο εδάφιο της ίδιας ως άνω παραγράφου, έχει ο ανάδοχος δημόσιας σύμβασης, ασχέτως αν πρόκειται για σύμβαση έργου, υπηρεσίας ή προμήθειας.

Κλείνοντας την επισκόπηση της παρ. 4 του άρθρου 131 και του άρθρου 336, η περίπτωση β) αυτής, θεσπίζει μία κομβικής σημασίας ρύθμιση, ορίζοντας απερίφραστα ότι η εδώ εξεταζόμενη υποχρέωση ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής εκ μέρους του αναδόχου, καταλαμβάνει και τους υπεργολάβους των υπεργολάβων του, καθώς και κάθε περαιτέρω υπεργολάβο, όπως τα πρόσωπα αυτά, φυσικά ή νομικά, περιλαμβάνονται στην αλυσίδα υπεργολαβίας⁷⁵⁰. Ανεξαρτήτως του αυτονόητου ή μη χαρακτήρα της διάταξης, η ρητή αναφορά σε αδιάσπαστη αλυσίδα επάλληλων υπεργολαβικών αναθέσεων, διέλυσε *de lege lata* οποιαδήποτε αμφιβολία περί της δυνατότητας που θα είχε ο εργολάβος δημόσιας σύμβασης να αναθέσει υπεργολαβικά σε κάποιον τρίτο φορέα, την εκτέλεση μέρους της σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας που ανέλαβε με την κατακυρωτική σύμβαση και εκείνος με τη σειρά του να συνάψει περαιτέρω υπεργολαβική σύμβαση με έτερο υπεργολάβο, ο οποίος εκ νέου δύναται να συμφωνήσει υπεργολαβικά με άλλη επιχείρηση την εκτέλεση του ίδιου τμήματος της σύμβασης που ανατέθηκε στον αρχικό υπεργολάβο ή και μερικότερου ποσοστού αυτής⁷⁵¹. Εγκαθιδρύεται έτσι μία κάθετη, επάλληλη, διαδοχική σχέση

⁷⁴⁹ Το αυτό προβλέφθηκε και με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 4 του Ν. 4413/2016 για τις συμβάσεις παραχώρησης.

⁷⁵⁰ Παρά το γεγονός ότι προβλέπεται σχετική ευχέρεια που περιλαμβάνεται στην περίπτωση β) της παραγράφου 3 του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, παραλείφθηκε να γίνει χρήση αυτής από τον Έλληνα νομοθέτη, χωρίς όμως προφανή λόγο και έτσι δεν υπάρχει αντίστοιχη αναφορά στην παρ. 4 του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016.

⁷⁵¹ Πρβλ. σχετικά και *Ian L. Gale, Donald B. Hausch, Mark Stegeman*, Sequential procurement with subcontracting, *International Economic Review*, vol 41, No 4, 2001, σελ. 989-1020.

υπεργολαβίας μεταξύ εκάστου υπεργολάβου με τον δικό του υπεργολάβο, η οποία οδηγεί μέσω μιας αδιάσπαστης ενότητας, μέχρι τον αρχικό υπεργολάβο του τελικού μειοδότη της σύμβασης με την αναθέτουσα αρχή.

Κατά την έννοια αυτή, ισχύουν *mutatis mutandis* τα εκτεθέντα ως προς τη δυνατότητα διαδοχικού δανεισμού εμπειρίας μεταξύ περισσοτέρων τρίτων, ξένων προς τον προσφέροντα, φορέων, όπως αναλύθηκε στο προηγούμενο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης. Αναμφισβήτητα και εν προκειμένω, διαπιστώνεται η ύπαρξη αυτοτελών, διμερών συμβατικών σχέσεων μεταξύ των ενδιάμεσων υπεργολάβων, όπως και μεταξύ των περισσοτέρων του ενός, τρίτων δανειζόντων εμπειρία. Πρόκειται αναμφίβολα για απολύτως διακριτές συμβάσεις, σε σχέση με την αντίστοιχη υπεργολαβική συμφωνία που προηγείται και αντίστοιχα εκείνη που έπεται στην αδιάκοπη σειρά αλυσιδωτής υπεργολαβικής ανάθεσης, ταυτόχρονα όμως και άρρηκτα συνδεδεμένες μεταξύ τους, αφού εκάστη υπεργολαβική σύμβαση αποτελεί προϋπόθεση και δικαιολογητική νομική βάση σύναψης της επόμενης.

vi. *Προαιρετική και υποχρεωτική επαλήθευση των λόγων αποκλεισμού για τον υπεργολάβο – Υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του.*

Ακολουθως, στην πέμπτη παράγραφο των υπό ανάλυση άρθρων του νόμου, προβλέπεται δυναμικά⁷⁵² η ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου να ελέγχεται η συμμόρφωση των προτεινόμενων υπεργολάβων με τις περιβαλλοντικές, κοινωνικοασφαλιστικές και εργατικές υποχρεώσεις τους, να επαληθεύει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως 81 του νόμου⁷⁵³, τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του υπεργολάβου, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 73 και 74⁷⁵⁴. Εφόσον όμως η αναθέτουσα αρχή ασκήσει αυτό το δικαίωμα επαλήθευσης περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του υπεργολάβου και μετά την ολοκλήρωσή της, τότε κατά

⁷⁵² Η αρχική διατύπωση του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 336 πρόβλεπε ότι ο αναθέτων φορέας «επαληθεύει», καθιστώντας προφανώς υποχρεωτικό κατά δέσμια αρμοδιότητα αυτού, τον έλεγχο της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του προτεινόμενου υπεργολάβου, ωστόσο, με το άρθρο 22 περίπτωση 62) του Ν. 4441/2016, η επίμαχη διατύπωση με τη φράση «δύναται να επαληθεύσει» μετέτρεψε σε διακριτική ευχέρεια τη σχετική επαλήθευση εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα και επέφερε εξίσωση του καθεστώτος του Βιβλίου ΙΙ με την πρόβλεψη του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 131, όπου εξ αρχής οριζόταν ότι: «...οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, ...».

⁷⁵³ Ομοίως κατά τα άρθρα 39 και 42 του Ν. 4413/2016, κατά παραπομπή από την παρ. 5 του άρθρου 50 (άρθρο 38 παρ. 1-9 και παρ. 10 εδάφιο δεύτερο της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, με αντίστοιχη παραπομπή από την παρ. 4 του άρθρου 42 αυτής).

⁷⁵⁴ Πάντως, όχι και την πλήρωση εκ μέρους του υπεργολάβου, των τεθέντων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Αντιθέτως, κατά την παρ. 4 του άρθρου 34 του Ν. 3978/2011 η αναθέτουσα αρχή διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια (κατ' ενεργοποίηση σχετικής δυνατότητας που έδινε στα κράτη μέλη η παρ. 5 του άρθρου 21 της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ) να απορρίπτει τους υπεργολάβους που επέλεξε ο προσφέρων στο προσυμβατικό στάδιο της διαδικασίας σύναψης της κύριας σύμβασης ή ο οριστικός ανάδοχος κατά την εκτέλεση αυτής, μετά την κατακύρωση και την υπογραφή της, με τον περιορισμό, η απόφασή της αυτή για απόρριψη των προτεινόμενων υπεργολάβων, να βασίζεται μόνο στη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και τη μη πλήρωση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, όπως επελέγησαν και ορίστηκαν από αυτήν στα έγγραφα της σύμβασης, για την επιλογή του υποψηφίου αναδόχου της κύριας σύμβασης. Ωστόσο, ασφαλιστική δικλείδα για τον ανάδοχο, τίθεται με το επόμενο εδάφιο, αφού σε περίπτωση απόρριψης ενός προτεινόμενου υπεργολάβου, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προσκομίσει γραπτή αιτιολόγηση, αναφέροντας τους λόγους για τους οποίους θεωρεί ότι ο συγκεκριμένος υπεργολάβος πρέπει να απορριφθεί. Προφανώς, παράλειψη ή πλημμελής αιτιολόγηση καθιστά την απόφαση απόρριψης της αναθέτουσας αρχής, ακυρωτέα.

τον ίδιο τρόπο, όπως και στην περίπτωση της δάνειας εμπειρίας, ανοίγονται δύο ενδεχόμενα για αυτήν, αναλόγως εάν προκύψει ότι πράγματι συντρέχουν υποχρεωτικοί ή προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού του. Στην πρώτη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατά δέσμια αυτής αρμοδιότητα να απαιτήσει από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, την αντικατάσταση του υπεργολάβου του, ενώ στη δεύτερη περίπτωση, θεμελιώνεται εκ νέου διακριτική αυτής ευχέρεια, να αιτηθεί την αντικατάστασή του ή όχι⁷⁵⁵. Ενόψει των ανωτέρω, συνάγεται ευχερώς ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί και να επιλέξει να μην επαληθεύσει κατά την υποβολή της προσφοράς του υποψηφίου αναδόχου, την ενδεχόμενη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του υπεργολάβου. Συνεπακόλουθα, η απαίτηση υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. για τον υπεργολάβο του προσφέροντος δεν έχει κατ' αρχήν υποχρεωτικό χαρακτήρα και ούτως, εάν δεν απαιτείται ρητά στο κείμενο της Πρόσκλησης ή της Διακήρυξης του διαγωνισμού, ο υπεργολάβος δεν υποβάλλει Ε.Ε.Ε.Σ.

Ωστόσο, με την, ελληνικής προελεύσεως⁷⁵⁶, ρύθμιση της παρ. 6 του άρθρου 131 (και την όμοια αυτής παρ. 6 του άρθρου 336), κατά παρέκκλιση των οριζόμενων στην προηγούμενη παράγραφο των δύο άρθρων, καθίσταται υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή η επαλήθευση περί του εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού για τον υπεργολάβο, μέσω της απαίτησης για υποβολή χωριστού Ε.Ε.Ε.Σ. και εκ μέρους του, μόνο όμως εφόσον το ποσοστό του υπεργολαβικά ανατιθέμενου τμήματος της σύμβασης υπερβαίνει το 30% της συνολικής αξίας της⁷⁵⁷. Στην περίπτωση αυτή μάλιστα, για την ενεργοποίηση της υποχρεωτικής, κατά τα ως άνω εκτεθέντα,

⁷⁵⁵ Με ενσωμάτωση στο ελληνικό νομοθέτημα της περίπτωσης β) της παρ. 6 του άρθρου 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και της αντίστοιχης περίπτωσης β) της παρ. 6 του άρθρου 88 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Για το άρθρο 50 του Ν. 4413/2016 επίσης κατ' ενσωμάτωση της περίπτωσης β) της παρ. 4 του άρθρου 42 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

⁷⁵⁶ Ο καθορισμός του 30% ως κατωφλίου για την υποχρεωτική υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του υπεργολάβου, πιθανότατα σχετίζεται ιστορικά και με το ισχύον κατά το παλαιό νομοθετικό καθεστώς του Ν. 3669/2008, άρθρο 68, αλλά και το πρόσφατα τροποποιηθέν άρθρο 165 του Ν. 4412/2016, τα οποία αμφότερα όριζαν κατ' ανώτατο επιτρεπτό όριο υπεργολαβικής ανάθεσης το 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, σε προφανή και ευθεία παραβίαση των σχετικών διατάξεων του δικαίου της Ε.Ε. Για τον έλεγχο της υλοποίησης αυτής της δέσμευσης εκ μέρους του αναδόχου υπό το προϊσχύσαν καθεστώς, βλ. ΕλΣυν Ε' Κλιμάκιο 30/2013, με την οποία κρίθηκε ότι για την απόδειξη της υπεργολαβίας, όταν αυτή απαιτείται από τη διακήρυξη, η προβλεπόμενη υπεύθυνη δήλωση αποτελεί το μόνο απαιτούμενο επί ποινή αποκλεισμού δικαιολογητικό και δεν απαιτείται η υποβολή πλήρους φακέλου. Πρβλ και ΕλΣυν Τμήμα VI 2221/2011 και ΕλΣυν Τμήμα VI 676/2012.

⁷⁵⁷ Απολύτως ξεκάθαρη στο σημείο αυτό και η αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016. Έτσι, ενδεικτικά και ΑΕΠΠ 760/2019 σκέψη 34, ΑΕΠΠ 394/2021 σκέψη 3, ΑΕΠΠ 7/2020 σκέψη 21, ΑΕΠΠ 505/2021, ΑΕΠΠ 1206/2021 σκέψη 13 και ΑΕΠΠ 1360/2021. Η ισχύς της τελευταίας απόφασης όμως ανεστάλη με τη ΔΕφΠατρ 69/2021, η οποία εσφαλμένα στη σκέψη 8 αυτής, θεώρησε ότι κατ' εφαρμογή των οριζόμενων στο κείμενο της διακήρυξης και με παντελώς αυθαίρετη ερμηνεία των επίμαχων διατάξεων, ανεξαρτήτως του δηλωθέντος ποσοστού του αντικειμένου της σύμβασης που αναλαμβάνει να εκτελέσει ο υπεργολάβος, αυτός οφείλει σε κάθε περίπτωση να υποβάλλει αυτοτελώς Ε.Ε.Ε.Σ., δεδομένου ότι η επαλήθευση της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του, επιβάλλεται ως υποχρεωτική, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου, απεφάνθη περαιτέρω ότι ακόμα και σε περίπτωση που το τμήμα της υπό ανάθεση υπεργολαβίας υπολείπεται του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, η υποχρέωση του διαγωνιζομένου προς υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. και για τον προτεινόμενο από αυτόν υπεργολάβο δεν αίρεται, εκ μόνου του λόγου ότι η αναθέτουσα αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια, ως προς την επαλήθευση της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του τελευταίου, δεδομένου ότι η καθολική απαίτηση για έλεγχο των λόγων αποκλεισμού, αφορά σε αυτήν ταύτη την επαλήθευση, όχι δε και στην υποχρέωση υποβολής αυτοτελούς για τον προτεινόμενο υπεργολάβο Ε.Ε.Ε.Σ.

επαλήθευσης με παράλληλη προσκόμιση Ε.Ε.Ε.Σ. του υπεργολάβου, είναι αδιάφορο αν η εν λόγω υπέρβαση του συγκεκριμένου ποσοστού συντελέστηκε κατά την έναρξη εκτέλεσης της σύμβασης⁷⁵⁸ ή κατά τη διάρκεια αυτής⁷⁵⁹, σύμφωνα με την τέταρτη παράγραφο των υπό εξέταση διατάξεων, όπως αυτή έχει ενδεχομένως τροποποιηθεί⁷⁶⁰, σε σχέση με όσα είχε δηλώσει ο ανάδοχος κατά την κατάθεση της προσφοράς του, αναφορικά με την πρόθεσή του να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, συγκεκριμένο ποσοστό της σύμβασης που κατακυρώθηκε σε αυτόν⁷⁶¹. Ομοίως, υποχρεωτική καθίσταται η υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του υπεργολάβου, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη το τμήμα που του ανατίθεται και στην περίπτωση που αυτός δηλώνεται ταυτόχρονα και ως τρίτος, δανείζων φορέας, θέτοντας στη διάθεση του υποψηφίου αναδόχου, τους πόρους που διαθέτει για την πλήρωση των τεχνικών ή οικονομικών κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από αυτόν⁷⁶².

Προσέτι, σε όλες τις ανωτέρω περιπτώσεις, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να επαληθεύσει υποχρεωτικά τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74, ενώ επίσης κατά δέσμια αρμοδιότητά της, θα πρέπει να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό του. Εν προκειμένω, ο νόμος δεν διακρίνει ανάμεσα σε υποχρεωτικούς και προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού, παρά το γεγονός ότι από δικαιοπολιτική άποψη, θα ήταν συνεπέστερο, να εξακολουθήσει η διάστιξη που ισχύει στην πέμπτη παράγραφο των άρθρων του νόμου, ανάμεσα στη διαφορετική

⁷⁵⁸ Κατά νομική ακριβολογία, διαρκούντος του προσυμβατικού σταδίου και μέχρι την υπογραφή της κατακυρωτικής σύμβασης με τον οριστικό ανάδοχο, οπότε και πράγματι μπορεί να υποβληθεί το Ε.Ε.Ε.Σ. του υπεργολάβου (πρβλ. και άρθρο 104 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 περί οηγιενών μεταβολών, όπως το ίδιο άρθρο εφαρμόζεται και στις διαδικασίες ανάθεσης του Βιβλίου ΙΙ, δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 315 του νόμου).

⁷⁵⁹ Εδώ πλέον προφανώς δεν υπάρχει η δυνατότητα υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. και βρίσκει εφαρμογή η διάταξη του δεύτερου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 131 και του άρθρου 336 του Ν. 4412/2016.

⁷⁶⁰ Βάσει των άρθρων 132 ή 337 περί τροποποίησης συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους (άρθρα 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) και του άρθρου 51 (στο κείμενο του νόμου προφανώς εκ παραδρομής γίνεται παραπομπή στο άρθρο 55 αυτού που όμως αφορά όλως διάφορο ζήτημα) του Ν. 4413/2016 (άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ).

⁷⁶¹ Πανομοιότυπη και η πρόβλεψη στην παρ. 6 του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016.

⁷⁶² Για την υποχρέωση του υπεργολάβου να υποβάλλει Ε.Ε.Ε.Σ., ανεξαρτήτως του ποσοστού της σύμβασης που ανατίθεται σε αυτόν, εφόσον δηλώνεται ταυτόχρονα και ως τρίτος, στα μέσα του οποίου θα στηριχθεί ο προσφέρων για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής βλ. ΕΑ ΣτΕ 135/2018, όπως επικύρωσε, αν και με διαφορετική αιτιολογία την ΑΕΙΠΠ 259/2018, ΣτΕ 421/2020, ΣτΕ 1656/2023 και με απολύτως λογική και ορθή αιτιολογία τη σκέψη 8 της ΔΕφΑθ 1208/2023, όπως ακύρωσε την ΕΑΔΗΣΥ 1322/2022 που με αδικαιολόγητη εμμονή εξακολούθησε να επαναλαμβάνει την εσφαλμένη αιτιολογία επί του θέματος των ΕΑΔΗΣΥ 1227/2022 και Σ873/2022. Ενδιαφέρονσα και η ΑΕΙΠΠ 766/2018, η οποία απέρριψε προδικαστική προσφυγή, δεχόμενη με οριακή τεκμηρίωση ότι δεν συντρέχουν τα βασικά εννοιολογικά στοιχεία της υπεργολαβίας, ώστε να ελεγχθεί η υποχρέωση αυτοτελούς υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ., βάσει του τμήματος που θα εκτελέσουν οι τρίτοι φορείς, καθώς και ότι τα δηλωθέντα ποσοστά στο Ε.Ε.Ε.Σ. του υποψηφίου αναδόχου δεν αφορούσαν ποσοστό επί του τμήματος της σύμβασης που θα εκτελεστεί από έτερη επιχείρηση, αλλά τη διαχείριση του έργου και τον εμπειρισμό των ευθυνών και των ίδιων μέσων που διαθέτει η συμμετέχουσα εταιρεία. Βλ. σχετικά και Δ. Τομαρά, ό.π., σελ. 77. Πρβλ. επίσης την ΑΕΙΠΠ 851/2021 που έκρινε ότι τα προτεινόμενα μέλη της ομάδας έργου, εφόσον αποδεδειγμένα ανήκουν στο υπαλληλικό προσωπικό του διαγωνιζόμενου και απασχολούνται σε αυτόν με σχέση εξαρτημένης εργασίας, δεν υποχρεούνται σε χωριστή υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ., αφού σε καμία περίπτωση, δεν εμπίπτουν ούτε στην έννοια του δανείζοντος εμπειρία ούτε του υπεργολάβου.

μεταχείριση που επιφυλάσσεται σε περίπτωση συνδρομής υποχρεωτικών και προαιρετικών λόγων αποκλεισμού⁷⁶³.

Η ίδια άλλωστε λογική ακολουθείται και στις αντίστοιχες διατάξεις περί αντικατάστασης της τρίτης επιχείρησης, στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται ένας συμμετέχων οικονομικός φορέας με τη μορφή της δάνειας εμπειρίας. Επομένως, δεν βρίσκει επαρκή δικαιολογητική βάση, ενώ παρίσταται και συστηματικά ανακόλουθη, η υποχρέωση υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. για τον υπεργολάβο, όταν το ποσοστό που του ανατίθεται υπερβαίνει το 30% του συνολικού αντικειμένου, να μεταβάλλει την ευχέρεια που αναγνωρίζεται στην αναθέτουσα αρχή να αντιμετωπίσει με διαφορετικό τρόπο τον υπεργολάβο, αναλόγως εάν διαπιστώσει κατά τον έλεγχο του Ε.Ε.Ε.Σ. ότι συντρέχουν υποχρεωτικοί ή προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού του, κατά τον τρόπο που συμβαίνει όταν το ανατιθέμενο ποσοστό υπεργολαβίας υπολείπεται του 30%⁷⁶⁴. Ως εκ περισσού τονίζεται, ότι αυτονοήτως αλλοιώνεται και ο χαρακτήρας των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού ως τέτοιων, εάν εξισώνονται ως προς τις απορρέουσες συνέπειες με τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, επιφέροντας ως αυτόθροη συνέπεια, την αντικατάσταση του υπεργολάβου εκ μέρους του αναδόχου.

Ένα τελευταίο ζήτημα που τίθεται από την ανάγνωση των εξεταζόμενων διατάξεων, συμπυκνώνεται στο ερώτημα, ποια θα είναι η θέση μιας αναθέτουσας αρχής, εάν σε προκηρυσσόμενη από αυτήν διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλει προσφορά συμμετέχων οικονομικός φορέας, δηλώνοντας περισσότερους του ενός υπεργολάβους, στους οποίους σκοπεύει να αναθέσει επιμέρους τμήματα του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης, με έκαστο εξ αυτών να υπολείπεται του κατωφλίου του 30%, αλλά όλων αθροισμένων συνολικά, να υπερβαίνουν – και ενδεχομένως κατά πολύ – το εν λόγω ποσοστό⁷⁶⁵. Θα υποχρεωθούν οι επιμέρους υπεργολάβοι να καταθέσουν χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. για το ανατιθέμενο σε αυτούς μέρος της σύμβασης ανάθεσης, καίτοι υπολείπεται του εκ του νόμου οριζόμενου ποσοστού ή θα τύχει εφαρμογής ο γενικός κανόνας της μη υποχρεωτικής επαλήθευσης;

Από τη γραμματική, τελολογική, αλλά και δογματική θεώρηση της επίμαχης ρύθμισης, η οποία άλλωστε κάνει ρητή αναφορά σε πρόθεση του αναδόχου «...να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους...» ποσοστό μεγαλύτερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, αδιακρίτως αν αυτό προκύπτει αθροιστικά από την ανάθεση μικρότερων επιμέρους τμημάτων, η απάντηση δεν μπορεί να είναι άλλη, από το ότι ασφαλώς, θα ελεγχθεί η προσφορά του αναδόχου ως προς την υπεργολαβική

⁷⁶³ Ούτε εξάλλου στην περίπτωση β) της παρ. 6 του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016 γίνεται σχετική διάκριση.

⁷⁶⁴ Βλ. την ΑΕΠΠ 1580/2020 σκέψη 24, ως προς το ζήτημα της υποχρεωτικής υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. για τον υπεργολάβο, όταν το ανατεθέν σε αυτόν τμήμα της σύμβασης υπερβαίνει το 30%, αλλά με αμφίβολης ορθότητας αιτιολογία ως προς τη δυνατότητα αντικατάστασης του υπεργολάβου σε περίπτωση που διαπιστωθεί ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό του, επί της οποίας στηρίχθηκε και η απόρριψη της προσφυγής. Προς αυτή την κατεύθυνση πάντως φαίνεται να κινείται και η *Ε. Βλάχου*, ό.π. Ζήτημα υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. για τον υπεργολάβο, του οποίου το ποσοστό δεν υπερβαίνει το 30% της συνολικής σύμβασης, έκρινε ορθά μεταξύ άλλων και η ΑΕΠΠ 325/2020, σε συνδυασμό με άρνηση υποχρέωσης εκ μέρους του να προσκομίσει αυτοτελώς *ISO 9001:2008*.

⁷⁶⁵ Με τη μορφή μιας οριζόντιας παρατακτικής ανάθεσης επιμέρους εργασιών σε περισσότερους υπεργολάβους και προφανώς, ανεξαρτήτως της εκ μέρους του προσφέροντος διαπίστωσης πρόθεσης καταστρατήγησης της υπό κρίση διάταξης ή όχι. *Ad hoc* ΣτΕ 1656/2023.

ανάθεση σε τρίτες επιχειρήσεις, αθροιστικά, προκειμένου να διαπιστωθεί η υπέρβαση του εν λόγω ποσοστού ή όχι, εν συνόλω. Ως εκ τούτου, σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, κατά την εκτίμηση του γράφοντος, θα ενεργοποιηθεί η εκ του νόμου προβλεπόμενη δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, να επαληθεύσει υποχρεωτικά μέσω της απαίτησης για υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. για καθ' έναστο εξ αυτών, τη συνδρομή ή μη λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο όλων των δηλωθέντων τρίτων υποστηρικτικών επιχειρήσεων του μειοδότη.

Ολοκληρώνοντας την παρουσίαση των περιπτώσεων υποχρεωτικής και προαιρετικής επαλήθευσης της συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του προτεινόμενου από τον προσφέροντα υπεργολάβου του και τη σύστοιχη υποχρέωση ή μη υποβολής ξεχωριστού Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους αυτού, ένα τελευταίο ζήτημα ρυθμίζεται στην έβδομη παράγραφο των επίμαχων άρθρων. Βάσει της ρητής διατύπωσης της ρύθμισης που περιλαμβάνεται στην παράγραφο αυτή, η επαλήθευση των λόγων αποκλεισμού και για τους υπεργολάβους του υποψηφίου αναδόχου, κατά τα προβλεπόμενα στις παραγράφους 5 και 6, λαμβάνει χώρα με τη γνωστοποίηση προς την αναθέτουσα αρχή, των πληροφοριών που απαιτούνται να δηλωθούν και από αυτούς, όπως συνοδεύονται από τις υπεύθυνες δηλώσεις των ίδιων των υπεργολάβων, σύμφωνα με το άρθρο 79 του νόμου. Η δε χρήση πληθυντικού αριθμού («υπεύθυνες δηλώσεις») από την πλευρά του νομοθέτη, αναφέρεται στο σύνολο των προβλεπόμενων στις επιμέρους παραγράφους του άρθρου 79, υπεύθυνων δηλώσεων και ειδικότερα, όχι μόνο στο Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο όντως έχει χαρακτήρα υπεύθυνης δήλωσης⁷⁶⁶, αλλά και στις υπεύθυνες δηλώσεις που μνημονεύονταν στην καταργηθείσα πλέον παρ. 4 του άρθρου 79 – όπως το ίδιο άρθρο τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 27 του Ν. 4782/2021 – και αφορούσαν τις διαγωνιστικές διαδικασίες κάτω των ορίων⁷⁶⁷ και δη το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.)⁷⁶⁸.

Όλος συμπτωματικά πάντως, η παραπομπή σε «υπεύθυνες δηλώσεις» του άρθρου 79, παραμένει και μετά την κατάργηση της τέταρτης παραγράφου, ακριβής, καθώς με την ίδια ως άνω τροποποιητική διάταξη του Ν. 4782/2021, προστέθηκε παρ. 9 στο άρθρο 79⁷⁶⁹, δίνοντας τη δυνατότητα στον οικονομικό φορέα να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο Ε.Ε.Ε.Σ. με συνοδευτική αυτού, υπεύθυνη δήλωση, την οποία και συνυποβάλλει, υπογράφοντας αυτήν κατά τον ίδιο τρόπο που

⁷⁶⁶ Βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του νόμου.

⁷⁶⁷ Όπως ορίζονται στα άρθρα 5 και 235 του Ν. 4412/2016. Πρβλ. σχετικά με τα κατώτατα όρια την υποσημείωση 642.

⁷⁶⁸ Η καταργηθείσα παράγραφος του άρθρου 79 όριζε ότι: «Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. Μέχρι την έκδοση του τυποποιημένου εντύπου του προηγούμενου εδαφίου, γίνεται δεκτή υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986.». Πράγματι, δυνάμει της υπ' αριθμ. 158/2016 Απόφασης του Προέδρου της πρώην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με τίτλο «Έγκριση “Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης” (Τ.Ε.Υ.Δ.) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016), για διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων των οδηγιών» (ΦΕΚ Β' 3698/16.11.2016), είχε εκδοθεί το εν λόγω έντυπο, εν είδη υπεύθυνης δήλωσης και προσκομιζόταν από τους υποψηφίους αναδόχους για διαγωνισμούς κάτω των ορίων, υποχρεωτικά μεν για διαγωνιστικές διαδικασίες που διεξήγαγαν αναθέτουσες αρχές του Βιβλίου Ι, προαιρετικά δε για διαγωνισμούς που προκήρυσσαν αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου ΙΙ του νόμου.

⁷⁶⁹ Εξαιρετικά αμφίβολης ορθότητας και σκοπιμότητας. Πρβλ. ΕΑΔΗΣΥ 427/2022.

υπογράφει και το Ε.Ε.Ε.Σ., σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 79Α του Ν. 4412/2016, περί υπογραφής του.

Εντούτοις, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 7 του άρθρου 131 και του άρθρου 336, όταν οι υπεργολάβοι των αναδόχων παρουσιάζονται μετά την οριστική κατακύρωση σε αυτούς του φυσικού αντικειμένου του διαγωνισμού και την υπογραφή της σύμβασης με την αναθέτουσα αρχή, λόγω του ότι προφανώς πλέον έχει ολοκληρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία και δεν είναι νοητή η υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ κατόπιν της περάτωσης του προσυμβατικού σταδίου, οι τρίτες επιχειρήσεις που δηλώνονται ως υπεργολάβοι, θα κληθούν να προσκομίσουν υποχρεωτικά, το σχετικό τεκμηριωτικό υλικό περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό τους και δη τα πιστοποιητικά και λοιπά σχετικά δικαιολογητικά αντί της υπεύθυνης δήλωσης (Ε.Ε.Ε.Σ.)⁷⁷⁰.

Η παρ. 8 του άρθρου 131 – και μόνο⁷⁷¹ – εισάγει μία πρόσθετη υποχρέωση⁷⁷² του οριστικού αναδόχου, με αντισυμβαλλόμενο αναθέτουσα αρχή, στο πλαίσιο ανάληψης εκτέλεσης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, αφού ειδικά σε αυτές τις περιπτώσεις, βρίσκει εφαρμογή η παρ. 4 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010⁷⁷³. Σύμφωνα με τα εκεί ρητά οριζόμενα, ο εργολάβος που αναλαμβάνει την εκτέλεση δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και δηλώνει ότι προτίθεται να αναθέσει περαιτέρω την εκτέλεση τμήματος αυτής σε υπεργολάβο, οφείλει και μάλιστα άμεσα, να ενημερώνει εγγράφως⁷⁷⁴ την αναθέτουσα αρχή για αυτή του την πρόθεση. Επιπλέον, ως ασφαλιστική δικλείδα για τις οφειλόμενες από τον εργολάβο και τον υπεργολάβο αυτού, αμοιβές και τις πάσης φύσεως ασφαλιστικές εισφορές, καθιερώνεται κατά πλάσμα δικαίου, αλληλέγγυα και εις ολόκληρον ευθύνη τόσο του αναδόχου, όσο και του συνόλου των τυχόν ενδιάμεσων υπεργολάβων αυτού⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Συνοπτικότερη η διατύπωση της παρ. 7 του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016 («Όταν οι υπεργολάβοι παρουσιάζονται μετά την ανάθεση της σύμβασης παραχώρησης, προσκομίζουν τα πιστοποιητικά και λοιπά σχετικά δικαιολογητικά σύμφωνα με το άρθρο 42.»), σε πλήρη εναρμόνιση με την ακολουθούμενη εν μέρει διαφορετική διαδικασία που προβλέπεται στο κανονιστικό πλαίσιο για τις συμβάσεις παραχώρησης.

⁷⁷¹ Δεν υπάρχει αντίστοιχη πρόβλεψη στο άρθρο 336 του νόμου για τους αναθέτοντες φορείς.

⁷⁷² Κοινή υποχρέωση και για τις συμβάσεις παραχώρησης, δυνάμει της παρ. 8 του άρθρου 50 του Ν. 4413/2016.

⁷⁷³ Ν. 3863/2010 «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις.» (ΦΕΚ Α' 115/15.07.2010), όπου στην παρ. 4 του άρθρου 68 αυτού ορίζεται ότι: «Εργολάβος που αναθέτει την εκτέλεση του έργου ή μέρος του έργου σε υπεργολάβο, υποχρεούται άμεσα να ενημερώνει εγγράφως τον αποδέκτη των υπηρεσιών. Ο εργολάβος και ο υπεργολάβος ευθύνονται αλληλέγγυως και εις ολόκληρον, έναντι των εργαζομένων για την καταβολή των πάσης φύσεως αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών.».

⁷⁷⁴ Χωρίς όμως ειδικότερο χρονικό προσδιορισμό στο κείμενο της διάταξης και χωρίς αναφορά στις συνέπειες παράλειψης σχετικής άμεσης και έγγραφης ενημέρωσης.

⁷⁷⁵ Στο σημείο αυτό φαίνεται να έγινε στο κείμενο του Ν. 4412/2016, χρήση της δυνατότητας που παρέχει η παρ. 6 περίπτωση α) του άρθρου 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στο αντίστοιχο άρθρο 88 η παρ. 6, περίπτωση α) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, δοθέντος ότι σε αμφότερες τις ρυθμίσεις, αναγνωρίζεται η δυνατότητα των κρατών μελών να προβλέπουν μηχανισμούς από κοινού ευθύνης μεταξύ του αναδόχου-εργολάβου της σύμβασης και του υπεργολάβου αυτού, προκειμένου να εξασφαλιστεί η εφαρμογή των κανόνων που σχετίζονται με τις υποχρεώσεις των οικονομικών φορέων, όπως απορρέουν από διατάξεις του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου. Πρβλ. και

Τέλος, με την παρ. 5 του άρθρου 34 του Ν. 3978/2011, εισάγονται δυνητικά για την αναθέτουσα αρχή, περαιτέρω προϋποθέσεις που μπορεί αυτή να επιβάλλει στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, εφόσον αυτοί προτίθενται να αναθέσουν υπεργολαβικά σε τρίτη επιχείρηση την εκτέλεση μέρους της σύμβασης, κατ' εφαρμογή των άρθρων 69 έως 72 του νόμου (αντίστοιχα άρθρα 50-54 της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ), λαμβάνοντας τη μορφή τριών διαζευκτικά ή σωρευτικά επιβαλλόμενων ειδικών όρων⁷⁷⁶.

ΕΑΔΗΣΥ Σ683/2022 σκέψη 20. Αντιθέτως, στην παρ. 6 του άρθρου 34 του Ν. 3978/2011 υπάρχει μία πρωτοφανής πρόβλεψη, δυνάμει της οποίας ορίζεται ότι: «*Η εφαρμογή του παρόντος άρθρου δεν επηρεάζει την αλληλέγγυα και εις ολόκληρον με τους υπεργολάβους ευθύνη του αναδόχου έναντι της αναθέτουσας αρχής για πλήρη εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την κύρια σύμβαση.*», παρά το γεγονός ότι η αντίστοιχη παρ. 7 του άρθρου 21 της Οδηγίας 2009/81/ΕΚ περιλαμβάνει ρύθμιση παρεμφερή με τα αντίστοιχα νομοθετήματα ενωσιακής προέλευσης για τις συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, αναφέροντας χαρακτηριστικά ότι η εφαρμογή των λοιπών παραγράφων του ίδιου άρθρου, δεν επηρεάζουν την ευθύνη του κύριου οικονομικού φορέα. Ο υπερβάλλον ζήλος που επέδειξε εν προκειμένω ο Έλληνας νομοθέτης, εισάγοντας την έννοια της αλληλέγγυας και εις ολόκληρον ευθύνης μεταξύ αναδόχου και υπεργολάβου, χωρίς τουλάχιστον περιορισμό στο τμήμα που εκτελεί ο υπεργολάβος (αν και είναι προφανής ο τελολογικά συναγόμενος με συστατική ερμηνεία της διάταξης, περιορισμός), είναι τουλάχιστον συζητήσιμος. Ενδεικτικό πάντως της επιφυλακτικότητας, με την οποία αντιμετωπίζονται τέτοιου είδους νομοθετικές προβλέψεις είναι και η υποδοχή, της οποίας έτυχε το άρθρο 9 με τίτλο «*Ευθύνη αναθέτοντος, εργολάβου και υπεργολάβου έναντι των εργαζομένων*» του Ν. 4554/2018 «*Ασφαλιστικές και συνταξιοδοτικές ρυθμίσεις - Αντιμετώπιση της αδήλωτης εργασίας - Ενίσχυση της προστασίας των εργαζομένων - Επιτροπεία ασυνόδετων ανηλίκων και άλλες διατάξεις.*» (ΦΕΚ Α' 130/18.07.2018), το οποίο μάλλον αποδείχθηκε θνησιγενές, αφού καταργήθηκε – και μάλιστα από τότε που ίσχυσε – βάσει του άρθρου 117 παρ. 1 του Ν. 4623/2019 «*Ρυθμίσεις του Υπουργείου Εσωτερικών, διατάξεις για την ψηφιακή διακυβέρνηση, συνταξιοδοτικές ρυθμίσεις και άλλα επείγοντα ζητήματα.*» (ΦΕΚ Α' 134/09.08.2019).

⁷⁷⁶ Οι ειδικοί αυτοί όροι συνοψίζονται στα εξής: «*α) 1ος ειδικός όρος: Ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ποιο ποσοστό και ποια τμήματα της σύμβασης θα αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους και η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να επιβάλει στον ανάδοχο να αναθέσει το σύνολο ή κάποια από αυτά με διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 69 έως 72.*

β) 2ος ειδικός όρος: Η αναθέτουσα αρχή ορίζει στα Έγγραφα της σύμβασης ποιο ποσοστό της σύμβασης θα ανατεθεί υπεργολαβικά σε τρίτους μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας και ο ανάδοχος επιλέγει τις συμβάσεις Υπεργολαβίας που αντιστοιχούν στο καθορισθέν ποσοστό. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από τους προσφέροντες να προσδιορίσουν στην προσφορά τους ποια τμήματα της σύμβασης προτίθενται να αναθέσουν υπεργολαβικά. Το ως άνω ποσοστό ορίζεται είτε ως σταθερή τιμή είτε με τη μορφή κλίμακας τιμών που περιλαμβάνει ελάχιστο και μέγιστο ποσοστό. Το μέγιστο ποσοστό των συμβάσεων Υπεργολαβίας που μπορεί να επιβληθεί στον ανάδοχο να συνάψει μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας δεν μπορεί να υπερβαίνει το 30% της αξίας της σύμβασης και είναι ανάλογο του αντικειμένου και της αξίας της σύμβασης και της φύσης του βιομηχανικού τομέα που εμπλέκεται, περιλαμβανομένων του επιπέδου του ανταγωνισμού στην αγορά εκείνη και των σχετικών τεχνικών δυνατοτήτων της βιομηχανικής βάσης. Οποιοδήποτε ποσοστό Υπεργολαβίας εμπίπτει στην κλίμακα τιμών που υποδεικνύεται από την αναθέτουσα αρχή, θεωρείται ότι πληροί την απαίτηση Υπεργολαβίας που ορίζεται στην παρούσα παράγραφο. Ο ανάδοχος αναθέτει τα τμήματα της σύμβασης που επέλεξε να αναθέσει υπεργολαβικά σύμφωνα με τις διατάξεις που ορίζονται στα άρθρα 69 έως 72.

γ) 3ος ειδικός όρος: Στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή κάνει χρήση του 2ου ειδικού όρου Υπεργολαβίας, μπορεί να επιτρέπει στους προσφέροντες να προτείνουν να ανατεθεί με Υπεργολαβία ποσοστό της συνολικής αξίας της σύμβασης που υπερβαίνει το απαιτούμενο από την αναθέτουσα αρχή ελάχιστο ποσοστό. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από τους προσφέροντες να προσδιορίσουν ποια τμήματα της σύμβασης προτίθενται να αναθέσουν υπεργολαβικά πέραν του απαιτούμενου ελάχιστου ποσοστού, καθώς και τους υπεργολάβους που έχουν ήδη ορίσει. Ο ανάδοχος αναθέτει τα τμήματα της σύμβασης που επέλεξε να αναθέσει υπεργολαβικά σύμφωνα με τις διατάξεις που ορίζονται στα άρθρα 69 έως 72.»

5. Η υπεργολαβία στο στάδιο της εκτέλεσης ως προς τις δημόσιες συμβάσεις έργων.

Προκειμένου να ολοκληρωθεί η παρουσίαση του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τον θεσμό της «υπεργολαβίας» σκόπιμο κρίνεται να γίνει μία σύντομη αναφορά στις διατάξεις που περιλαμβάνουν τους όρους, τις προϋποθέσεις, αλλά και τη διαδικασία υπεργολαβικής ανάθεσης ενός τμήματος της συνολικής σύμβασης κατά το στάδιο εκτέλεσης της τελευταίας⁷⁷⁷, όπως προβλέπονται ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων στα άρθρα 165 και 166 του Ν. 4412/2016⁷⁷⁸. Με βάση λοιπόν, τα ρητά οριζόμενα στα εν λόγω άρθρα και προκειμένου η υπεργολαβική εκτέλεση μέρους του αναληφθέντος έργου από τον ανάδοχο σε τρίτη εργοληπτική επιχείρηση να θεωρείται νόμιμη, θα πρέπει να τηρηθούν οι ακόλουθοι κανόνες⁷⁷⁹.

Κατ' αρχήν, στην παρ. 1 του άρθρου 165⁷⁸⁰ δίνεται εκ νέου ένας σύντομος ορισμός της υπεργολαβίας, η οποία σαφώς προϋποθέτει τη σύναψη σύμβασης μίσθωσης έργου μεταξύ του εργολάβου-αναδόχου και της τρίτης οντότητας που θα αναλάβει την κατασκευή μέρους του έργου που κατακυρώθηκε στον πρώτο, ενώ παράλληλα ορίζεται ότι, προκειμένου να συντρέξουν οι συνέπειες της επίμαχης διάταξης, θα πρέπει ο προτεινόμενος υπεργολάβος να θεωρηθεί «εγκκεκριμένος», μετά από σχετική έγκριση του κυρίου του έργου ή του φορέα κατασκευής⁷⁸¹. Απαραίτητες

⁷⁷⁷ Πρβλ. και ΕΑ ΣτΕ 96/2008 για την όλη προβληματική να μην διασπάται η ανάθεση των εργασιών που ανατίθενται στον εργολάβο-ανάδοχο, σε σχέση και με το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς – όπως διατηρήθηκε μέχρι και πρόσφατα με τα οριζόμενα στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 165 του Ν. 4412/2016 και αντικαταστάθηκε με το άρθρο 81 του Ν. 4782/2021, με ημερομηνία έναρξης ισχύος την 1^η Σεπτεμβρίου 2021 – βάσει του οποίου το ανώτατο επιτρεπτό όριο υπεργολαβικής ανάθεσης δεν μπορούσε να υπερβαίνει το 30%, καθώς και το σύστοιχο αυτής ζήτημα ότι ακόμα και σε περίπτωση ανάθεσης του εν λόγω ποσοστού σε περισσότερους του ενός υπεργολάβους, με αποτέλεσμα κάθε ένας εξ αυτών να εκτελέσει ποσοστό εργασιών μικρότερο του 30%, χωρίς όμως εξ αυτού του λόγου να αίρεται η εκ του νόμου υποχρέωση εκάστου, προκειμένου να γίνει αποδεκτός ως υπεργολάβος, να διαθέτει τα προσόντα (τάξη πτυχίου) που αντιστοιχούν στο εν λόγω ποσοστό του 30% των εργασιών, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι εν τέλει θα κληθεί να εκτελέσει υπεργολαβικά ποσοστό μικρότερο του 30% της αξίας των εργασιών του συνολικού έργου. Η εν λόγω διάταξη πάντως τόσο στο προγενέστερο δίκαιο όσο και με τον τρόπο που είχε διατηρηθεί στο κείμενο του Ν. 4412/2016, τελούσε σε συστηματική και διαρκή παραβίαση του δικαίου της Ένωσης.

⁷⁷⁸ Όπως εντάσσονται στο ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΚΑΝΟΝΕΣ ΑΝΑ ΕΙΔΟΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, ΤΙΤΛΟΣ Ι ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΕΡΓΩΝ, ΤΜΗΜΑ ΙΙ ΣΥΜΒΑΤΙΚΟ ΣΤΑΔΙΟ, ΕΝΟΤΗΤΑ 4 ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑ-ΠΤΩΧΕΥΣΗ-ΘΑΝΑΤΟΣ του Βιβλίου Ι.

⁷⁷⁹ Για τη σχετική διαδικασία υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς του Ν. 3669/2008, βλ. Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σελ. 696-699, ενώ για το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο, βλ. Μ. Βελεγράκη, Το νομοθετικό πλαίσιο για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων – Ο νόμος 4412/2016, μια πρώτη παρουσίαση, ΘΠΔΔ, Τεύχος 8-9/2016, σελ. 900, σελ. Χ. Μητκίδη, Η Σύμβαση Εκτέλεσης Δημοσίου Έργου, Ερμηνεία κατ' άρθρο του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά τον Ν. 4782/2021, 2^η Έκδοση, 2021, σελ. 310 επ. και Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 4^η Έκδοση, 2022, σελ. 686 επ.

⁷⁸⁰ Βλ. σχετικά και Ζ. Παπασταμάτη, Η έννοια της Υπεργολαβίας κατά την εκτέλεση Δημοσίων Έργων, διαθέσιμο σε https://e-postirixis.gr/blog/law_explanation/%CE%B7-%CE%AD%CE%BD%CE%BD%CE%BF%CE%B9%CE%B1-%CF%84%CE%B7%CF%82-%CF%85%CF%80%CE%B5%CF%81%CE%B3%CE%BF%CE%BB%CE%B1%CE%B2%CE%AF%CE%B1%CF%82-%CE%BA%CE%B1%CF%84%CE%AC-%CF%84%CE%B7%CE%BD-%CE%B5%CE%BA%CF%84/.

⁷⁸¹ Βλ. και ΕλΣυν Τμήμα VII 135/2018, με την οποία κρίθηκε ότι πρέπει εν τέλει να θεωρηθεί σχετικό ένταλμα πληρωμής αναθέτουσας αρχής (Δήμος), λόγω συγγνωστής πλάνης του οργάνου του Δήμου, παρά το γεγονός ότι η υπεργολαβική ανάθεση μέρους του ανατεθέντος έργου σε τρίτο φορέα, δεν είχε εγκριθεί με προηγούμενη απόφαση του αρμόδιου δημοτικού οργάνου. Για την υποχρέωση προηγούμενης γνωστοποίησης της σύμβασης υπεργολαβίας, βλ. και ΕλΣυν Τμήμα Ι 235/2019 σκέψη 8.

προϋποθέσεις για να δοθεί η εν λόγω έγκριση, οι οποίες μάλιστα θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά είναι αφενός ο υπεργολάβος να διαθέτει τα αντίστοιχα προσόντα⁷⁸² για την εκτέλεση του έργου που αναλαμβάνει και ταυτόχρονα να ανήκει σε τάξη και κατηγορία έργου, αντίστοιχη με το ποσό της σύμβασης που του ανατίθεται υπεργολαβικά και αφετέρου θα πρέπει ο ανάδοχος, πριν από την εγκατάσταση του υπεργολάβου στο έργο και πριν αυτός αναλάβει την εκτέλεση των σχετικών εργασιών, να έχει ήδη γνωστοποιήσει στον κύριο του έργου ή στον φορέα κατασκευής τη σύμβαση υπεργολαβίας, με την προϊσταμένη αρχή του έργου πάντως να διατηρεί το δικαίωμα να μην εγκρίνει την υπεργολαβία, με απόφασή της που εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την ανωτέρω γνωστοποίηση της υπεργολαβικής σύμβασης.

Σε κάθε περίπτωση και εφόσον δεν ασκηθεί το ανωτέρω δικαίωμα απόρριψης της προτεινόμενης ανάθεσης τμήματος της σύμβασης σε τρίτη επιχείρηση, η έγκριση της υπεργολαβίας, δυνάμει της παρ. 2 του άρθρου 165, συνεπάγεται ότι το ποσό που προβλέπεται για αυτήν ως αμοιβή του υπεργολάβου, όπως προκύπτει ιδίως από τα τιμολόγια που εκδίδονται από τον τελευταίο προς τον ανάδοχο, λαμβάνεται υπόψη μόνο για τον υπολογισμό της εμπειρίας του υπεργολάβου, καθώς και ότι για το αντίστοιχο ποσό της σύμβασης υπεργολαβίας, ο ανάδοχος δεν δικαιούται να λάβει πιστοποιητικό εμπειρίας για χρήση στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε., ενώ τα στελέχη του αναδόχου δικαιούνται να λάβουν πιστοποιητικό εμπειρίας, το οποίο για την εξέλιξη στο Μ.Ε.Κ, ανάγεται στο μισό του χρόνου επίβλεψης.

Τέλος, σύμφωνα με την τρίτη παράγραφο του άρθρου 165, εφόσον έχει προβλεφθεί σχετική υποχρέωση από τα τεύχη του διαγωνισμού ή σε περίπτωση που ο ανάδοχος πρότεινε συγκεκριμένους υπεργολάβους κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, υποχρεούται, κατά την υπογραφή της κατακυρωτικής σύμβασης για την εκτέλεση του έργου, να προσκομίσει και την υπεργολαβική σύμβαση ανάμεσα στον ίδιο και τον τρίτο φορέα⁷⁸³. Ωστόσο, εάν συντρέχει σοβαρός λόγος, η διευθύνουσα υπηρεσία μπορεί να χορηγήσει προθεσμία στον ανάδοχο ύστερα από αίτημα που υποβάλλει ο ίδιος, ώστε να προσκομίσει τη συναφθείσα υπεργολαβική σύμβαση είτε με τον υπεργολάβο που είχε αρχικά προτείνει είτε με άλλη επιχείρηση, η οποία όμως διαθέτει τα αναγκαία κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής προσόντα για την εκτέλεση του τμήματος της σύμβασης ανάθεσης που θα ανατεθεί υπεργολαβικά⁷⁸⁴.

Ως προς τα οριζόμενα στις παρ. 4-6 του υπό κρίση άρθρου, έχουν ήδη αναλυθεί εκτενώς στο δεύτερο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης, υπό 5.iv, όπου και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων.

Συναφώς, κατά το άρθρο 166 του νόμου και με σκοπό την αναγνώριση του προτεινόμενου υπεργολάβου ως εγκεκριμένου, ώστε να επέλθουν οι προβλεπόμενες στην παρ. 2 του άρθρου 165 συνέπειες, πρέπει να υποβληθεί ενώπιον της διευθύνουσας υπηρεσίας, κοινή αίτηση του αναδόχου και του υπεργολάβου, περιλαμβανομένου του

⁷⁸² ΕλΣυν Τμήμα VI 86/2008 και ΕλΣυν Ε' Κλιμάκιο 388/2009.

⁷⁸³ Πρβλ. και ΕλΣυν Ε' Κλιμάκιο 467/2010.

⁷⁸⁴ Για τον αποκλεισμό του υποψήφιου εργολήπτη από τη συνέχεια του διαγωνισμού, εφόσον δεν έχει υποδείξει υπεργολάβο, κατά παράβαση σχετικού όρου της διακήρυξης, βλ. ΕλΣυν Ε' Κλιμάκιο 235/2010 και 278/2010.

πρωτότυπου συμφωνητικού σύστασης της υπεργολαβίας, καθώς και φάκελος των δικαιολογητικών⁷⁸⁵ που τεκμηριώνουν ότι πράγματι η τρίτη επιχείρηση έχει αποδεχθεί την υπεργολαβική ανάθεση σε αυτήν⁷⁸⁶ και ότι πληροί τις προϋποθέσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α) της παρ. 2 του άρθρου 165⁷⁸⁷. Ειδικότερα, στο συμφωνητικό της υπεργολαβίας πρέπει να αναφέρονται με συγκεκριμένο τρόπο, οι εργασίες ή το μέρος του έργου που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος, καθώς και η αξία της υπεργολαβικής ανάθεσης. Εντός του φακέλου των δικαιολογητικών που συνοδεύει την ανωτέρω αίτηση πρέπει να περιέχονται ενδεικτικά⁷⁸⁸, αρχικά τα νομιμοποιητικά έγγραφα που τεκμηριώνουν τα στοιχεία και την ιδιότητα των συμβαλλομένων, τη νόμιμη εκπροσώπηση αυτών για την ανάληψη νόμιμων δεσμεύσεων, αλλά και την εγκυρότητα των πράξεων, στις οποίες προβαίνουν οι νόμιμοι εκπρόσωποι τόσο του αναδόχου όσο και του υπεργολάβου⁷⁸⁹. Δευτερευόντως, απαιτείται να περιληφθεί στον φάκελο των δικαιολογητικών, σαφής αναφορά των στοιχείων του υπεργολάβου, από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει τις ιδιότητες που απαιτούνται από τις διατάξεις του άρθρου 165, όπως εξειδικεύονται υπό αα)-γγ) στο υπό εξέταση εδάφιο⁷⁹⁰.

Εκ τρίτου, στον ίδιο φάκελο με τα απαραίτητα δικαιολογητικά τεκμηρίωσης θα πρέπει να υπάρχουν τα πιστοποιητικά, βάσει των οποίων αποδεικνύεται ότι ο υπεργολάβος δεν βρίσκεται υπό πτώχευση, εκκαθάριση, αναγκαστική διαχείριση ή προκειμένου για επιχείρηση με έδρα εκτός Ελλάδας, σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση που προκύπτει από παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη από τη νομοθεσία του κράτους εγκατάστασής της. Τέταρτον, απαιτείται να υποβληθούν τα πιστοποιητικά που αποδεικνύουν ότι τα φυσικά πρόσωπα που αναφέρονται υπό αα)-δδ) στο εν λόγω

⁷⁸⁵ Για τα ισχύοντα υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς, πρβλ. σχετικά Γ. Μαραγκού, Β. Πέππα, ό.π., σελ. 33-34.

⁷⁸⁶ Για τη σκοπιμότητα και την αναγκαιότητα προσκόμισης απόφασης του αποφασιστικού οργάνου του υπεργολάβου για την απόδειξη αποδοχής της υπεργολαβίας βλ. ΕΑ ΣτΕ 686/2009, ΕΑ ΣτΕ 1147/2007 και ΕΑ ΣτΕ 613/2011. Υπό το καθεστώς του άρθρου 69 του Ν. 3669/2008, βλ. και Θ. Παπαευαγγέλου, Δημόσια Έργα και Μελέτες, Συμπλήρωμα Νομολογίας, Β΄ Έκδοση, 2015, λήμμα 65 και ΣτΕ 4901/2014.

⁷⁸⁷ Με ολιστική προσέγγιση της νομιμότητας προσκόμισης των επίμαχων δικαιολογητικών υπό το φως του Ν. 3669/2008 η ΕΑ ΣτΕ 190/2015.

⁷⁸⁸ «Ιδίως» κατά τη ρητή διατύπωση του εδαφίου, χωρίς προφανώς να αποκλείονται και έτερα έγγραφα και στοιχεία, εφόσον κριθούν απαραίτητα.

⁷⁸⁹ Πχ. τα ισχύοντα καταστατικά, τις σχετικές αποφάσεις του αποφασίζοντος οργάνου τους (διοικητικών συμβουλίων, κλπ.), λοιπές εξουσιοδοτήσεις κ.λπ.

⁷⁹⁰ «αα) Εάν πρόκειται περί ατομικής εργοληπτικής επιχείρησης εγγεγραμμένης στο Μ.Ε.ΕΠ., το ονοματεπώνυμο, την ισχύουσα επαγγελματική διεύθυνση και τον αριθμό εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. και την τάξη και τις κατηγορίες έργων στις οποίες είναι γραμμένη και τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. σε απλό αντίγραφο.

ββ) Εάν πρόκειται περί εργοληπτικής επιχείρησης με νομική προσωπικότητα εγγεγραμμένης στο Μ.Ε.ΕΠ., την πλήρη επωνυμία και το διακριτικό τίτλο της εταιρίας, την ισχύουσα διεύθυνση, τον αριθμό εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. και την τάξη και τις κατηγορίες έργων στις οποίες είναι εγγεγραμμένη, καθώς και το ονοματεπώνυμο, την ισχύουσα διεύθυνση, το επάγγελμα και την ιδιότητα του φυσικού προσώπου, το οποίο είναι εξουσιοδοτημένο για την υπογραφή του συμφωνητικού της υπεργολαβίας και τα στοιχεία της απόφασης του οργάνου, το οποίο δεσμεύει την εταιρία κατά το καταστατικό της, για την εκτέλεση του έργου σε υπεργολαβία και τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. σε απλό αντίγραφο.

γγ) Εάν πρόκειται για εργοληπτική επιχείρηση με έδρα εκτός Ελλάδος, μη εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ., τα στοιχεία των περιπτώσεων αα) και ββ) και αντί των στοιχείων εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ., τα στοιχεία που αποδεικνύουν ότι πρόκειται περί εργοληπτικής επιχείρησης η οποία μπορεί, σύμφωνα με το δίκαιο της έδρας της, να συμμετέχει σε δημοπρασίες και να αναλαμβάνει την εκτέλεση δημόσιων έργων, της τάξης και της κατηγορίας του συγκεκριμένου έργου το οποίο αναφέρεται στο συμφωνητικό υπεργολαβίας.»

εδάφιο⁷⁹¹, δεν έχουν καταδικασθεί με αμετάκλητη δικαστική απόφαση για αδικήματα, τα οποία στερούν από αυτά το δικαίωμα συμμετοχής σε δημοπρασία, όπως καθορίζονται κάθε φορά στη διακήρυξη δημοπράτησης του συγκεκριμένου έργου. Τα πιστοποιητικά αυτά πρέπει να έχουν εκδοθεί από την αρμόδια εισαγγελική αρχή ή την αντίστοιχη δημόσια αρχή (επί επιχειρήσεων με έδρα εκτός Ελλάδας, μη εγγεγραμμένων στο Μ.Ε.ΕΠ.). Σε συνάφεια με το προηγούμενο δικαιολογητικό, ως πέμπτο στοιχείο που πρέπει να περιλαμβάνεται στον προσκομιζόμενο φάκελο δικαιολογητικών είναι η υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου του υπεργολάβου, με την οποία να δηλώνει ότι δεν του έχει επιβληθεί για πειθαρχικό παράπτωμα ποινή, η οποία του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε δημοπρασία.

Περαιτέρω, υπό ε) και στ) της παρ. 2 του άρθρου 166 και προκειμένου να διαπιστωθεί η συμμόρφωση του υπεργολάβου με τις υποχρεώσεις του που πηγάζουν από διατάξεις της κοινωνικοασφαλιστικής και φορολογικής νομοθεσίας, οφείλει να προσκομίσει βεβαιώσεις των αρμόδιων οργανισμών κοινωνικής ασφάλισης (βεβαιώσεις ασφαλιστικής ενημερότητας), από τις οποίες να αποδεικνύεται ότι έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, σύμφωνα με την ισχύουσα ελληνική νομοθεσία ή με τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος. Ομοίως, οφείλει ο υπεργολάβος να υποβάλλει εντός του φακέλου των δικαιολογητικών και σχετικές βεβαιώσεις των αρμόδιων φορολογικών αρχών (βεβαιώσεις φορολογικής ενημερότητας), από τις οποίες να αποδεικνύεται ότι έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του τις σχετικές με την πληρωμή των φόρων, σύμφωνα με την ισχύουσα ελληνική νομοθεσία ή με τη νομοθεσία του κράτους εγκατάστασής του⁷⁹².

Εν συνεχεία, η απόφαση έγκρισης ή μη της σύναψης της σύμβασης της προηγούμενης παραγράφου λαμβάνεται από τη διευθύνουσα υπηρεσία, εντός της αποκλειστικής προθεσμίας των δεκαπέντε (15) ημερών που ορίζεται στο τελευταίο εδάφιο της πρώτης παραγράφου του άρθρου 165. Ρητά δε προβλέπεται ότι αν κατά την εξέταση της αίτησης διαπιστωθούν ελλείψεις, μπορεί να προσκληθεί ο ανάδοχος να τις

⁷⁹¹ Τα φυσικά πρόσωπα που αφορά η διάταξη είναι τα εξής: «αα) Εάν πρόκειται περί ατομικής εργοληπτικής επιχείρησης εγγεγραμμένης στο Μ.Ε.ΕΠ., το ονοματεπώνυμο, την ισχύουσα επαγγελματική διεύθυνση και τον αριθμό εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. και την τάξη και τις κατηγορίες έργων στις οποίες είναι γραμμένη και τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. σε απλό αντίγραφο.

ββ) Εάν πρόκειται περί εργοληπτικής επιχείρησης με νομική προσωπικότητα εγγεγραμμένης στο Μ.Ε.ΕΠ., την πλήρη επωνυμία και το διακριτικό τίτλο της εταιρίας, την ισχύουσα διεύθυνση, τον αριθμό εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. και την τάξη και τις κατηγορίες έργων στις οποίες είναι εγγεγραμμένη, καθώς και το ονοματεπώνυμο, την ισχύουσα διεύθυνση, το επάγγελμα και την ιδιότητα του φυσικού προσώπου, το οποίο είναι εξουσιοδοτημένο για την υπογραφή του συμφωνητικού της υπεργολαβίας και τα στοιχεία της απόφασης του οργάνου, το οποίο δεσμεύει την εταιρία κατά το καταστατικό της, για την εκτέλεση του έργου σε υπεργολαβία και τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. σε απλό αντίγραφο.

γγ) Εάν πρόκειται για εργοληπτική επιχείρηση με έδρα εκτός Ελλάδας, μη εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ., τα στοιχεία των περιπτώσεων αα) και ββ) και αντί των στοιχείων εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ., τα στοιχεία που αποδεικνύουν ότι πρόκειται περί εργοληπτικής επιχείρησης η οποία μπορεί, σύμφωνα με το δίκαιο της έδρας της, να συμμετέχει σε δημοπρασίες και να αναλαμβάνει την εκτέλεση δημόσιων έργων, της τάξης και της κατηγορίας του συγκεκριμένου έργου το οποίο αναφέρεται στο συμφωνητικό υπεργολαβίας.»

⁷⁹² Εξαιρεση προβλέπεται στην παρ. 3 του άρθρου 166 για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι κάτοχοι «ενημερότητας πτυχίου» σε ισχύ, οι οποίες δεν υποχρεούνται να προσκομίζουν όσα από τα ανωτέρω δικαιολογητικά προσκομίστηκαν για την έκδοση της ενημερότητας πτυχίου. Πρβλ. ΣτΕ 2405/2008 και ΕΑ ΣτΕ 582/2011.

συμπληρώσει, οπότε και υπάρχει επιπλέον η δυνατότητα αναστολής της ανωτέρω προθεσμίας μέχρι τη συμπλήρωση των ελλείψεων και την υποβολή των τυχόν ελλειπόντων δικαιολογητικών. Εντούτοις, ανεξαρτήτως της προηγούμενης πρόσκλησης για συμπλήρωση και μέχρι την οριστική έγκριση ή την παρέλευση της προθεσμίας για τη χορήγησή της, δεν επιτρέπεται η σύμβαση του υπεργολάβου στην κατασκευή του έργου, αφού δεν θεωρείται ακόμα «εγκεκριμένος» κατά την έννοια του άρθρου 165 παρ. 1.

Ετέρωθεν, η διευθύνουσα υπηρεσία, με απόφασή της που στηρίζεται σε ειδική αιτιολόγηση, μπορεί να μην εγκρίνει τη σύσταση της υπεργολαβίας, οι δε λόγοι περί μη έγκρισης αυτής, μπορούν να βασίζονται μόνο σε τεκμηριωμένα στοιχεία, προερχόμενα κυρίως από την υπηρεσία του μητρώου των εργοληπτικών επιχειρήσεων, σχετικά με την ικανότητα και την αξιοπιστία των εργοληπτικών επιχειρήσεων, για την καλή και έγκαιρη κατασκευή του έργου που συμφωνήθηκε ως αντικείμενο της υπεργολαβίας. Η ίδια ως άνω απόφαση της διευθύνουσας υπηρεσίας εκδίδεται εντός της δεκαπενθήμερης αποκλειστικής προθεσμίας της παρ. 1 του άρθρου 165 και κοινοποιείται αμέσως στον ανάδοχο και τον υπεργολάβο, κατά τις διατάξεις του άρθρου 143, καθώς και στην προϊσταμένη αρχή, μαζί με απλό αντίγραφο του υποβληθέντος συμφωνητικού σύστασης της υπεργολαβίας. Τέλος, εάν παρέλθει άπρακτη η ανωτέρω αποκλειστική προθεσμία, θεωρείται ότι η επιδιωκόμενη ανάθεση του μέρους της σύμβασης στον προτεινόμενο υπεργολάβο έχει εγκριθεί αυτοδικαίως, οπότε η διευθύνουσα υπηρεσία υποχρεούται, κατόπιν έγγραφου αιτήματος από την πλευρά του αναδόχου, να εκδώσει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών (προφανώς από την κοινοποίηση σε αυτήν της αίτησης του αναδόχου), σχετική βεβαίωση για την ανάληψη του έργου από τον υπεργολάβο, προς χρήση ενώπιον των αρμόδιων φορολογικών, ελεγκτικών ή άλλων αρχών, χορηγώντας του και επικυρωμένο αντίγραφο του υποβληθέντος συμφωνητικού μίσθωσης έργου.

6. Η υπεργολαβία μέσα από τη νομολογία του ΔΕΕ.

Η συνολική και ενδελεχής επισκόπηση του θεσμού της «υπεργολαβίας» δεν θα μπορούσε σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί ολοκληρωμένη, χωρίς ειδική αναφορά στον τρόπο που έτυχε αντιμετώπισης σειρά σχετικών αναφερόμενων ζητημάτων στους κόλπους του ΔΕΕ, αλλά και στο πως η παραχθείσα νομολογία του συνέβαλε στην περαιτέρω διάπλαση και την αποσαφήνιση συγκεκριμένων δυσχερών πτυχών κατά την εφαρμογή αυτής της δυνατότητας έμμεσης συμμετοχής τρίτου φορέα στην εκτέλεση μίας δημόσιας σύμβασης.

- a. Η πρώτη αποτύπωση των όρων και των προϋποθέσεων χρήσης της δυνατότητας υπεργολαβικής ανάθεσης και η συγγενής φύση της με τη δάνεια εμπειρία.

Ένα πρώτο δείγμα γραφής αποτυπώθηκε στην υπόθεση C-314/01⁷⁹³ και παρά το γεγονός ότι η διαφορά που οδήγησε στα προδικαστικά ερωτήματα⁷⁹⁴ ήταν κατά βάση δικονομικής φύσης, ωστόσο, το υποκείμενο ουσιαστικό ζήτημα, πράγματι αφορούσε ενδεχόμενη αντίθεση εθνικού κανόνα δικαίου στις ενωσιακές ρυθμίσεις περί επιτρεπτής προσφυγής στην υπεργολαβία, υπό το πρίσμα της τότε ισχύουσας Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ⁷⁹⁵. Προκειμένου να απαντήσει επί των προδικαστικών ερωτημάτων το Δικαστήριο έκανε ρητή αναφορά⁷⁹⁶ στα πορίσματα της απόφασης στην υπόθεση C-176/98⁷⁹⁷, επισημαίνοντας ότι προκειμένου να δοθεί απάντηση σε αυτά, προϋποτίθεται ότι η διάταξη της εθνικής νομοθεσίας του κράτους μέλους, όπως περιλήφθηκε στην προκήρυξη του διαγωνισμού είναι πράγματι αντίθετη προς το ενωσιακό δίκαιο, απαγορεύοντας την υπεργολαβική ανάθεση σε τρίτους, σημαντικών τμημάτων του

⁷⁹³ Απόφαση ΔΕΕ της 18.03.2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner*, ECLI:EU:C:2004:159. Βλ. σχετικά *E. Τροβά-Π. Σκουρής*, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2009, σελ. 372 επ. και ιδίως σελ. 374, *K. Γιαννακόπουλος*, Δημόσιες Συμβάσεις και Συμβάσεις Παραχώρησης. Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2019, σελ. 313, *Monika Novak-Stief*, Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Verbots von Subunternehmerleistungen und des österreichischen Vergaberechtsschutzsystems, *European Law Reporter*, 2004, σελ.158-160, *Arnold Boesen, Martin Upleger*, Das Gebot der Selbstausführung und das Recht zur Unterbeauftragung, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, σελ. 919-924, *E. Κουτούπα-Ρεγκάκου*, Δημόσιες Συμβάσεις και Κρατικές Ενισχύσεις, 2005, σελ. 93-95, *Eric Meisse*, Procédures de passation. L'interdiction totale ou partielle du recours à la sous-traitance, comme condition d'attribution d'un marché, n'est pas contraire au droit communautaire s'il apparaît que le pouvoir adjudicateur n'a pas été préalablement mis en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants, *Europe 2004 Mai Comm. n° 140*, σελ. 25 και *Aleksij Muzina*, Javna narocila: krsitve evropskega prava v revizijskem postopku: C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner proti Hauptverband der österreichischer Sozialversicherungsträger, Bietergemeinschaft EDS/ORGA*, *Evropsko pravo in praksa*, 2004 n° 3, σελ. 57-58.

⁷⁹⁴ Βλ. σκέψη 30 της απόφασης.

⁷⁹⁵ Για το εκτενές ιστορικό της υπόθεσης και τα σχετικά με την υπεργολαβία ζητήματα που ανέκυπταν σχετικά, βλ. σκέψεις 15-29 της απόφασης. Η υπεργολαβική ανάθεση ποσοστού της αξίας της σύμβασης σε τρίτο φορέα αναγνωριζόταν ως θεμιτή από το ενωσιακό δίκαιο και εξ αντιδιαστολής με βάση τις κρίσεις στην Απόφαση ΔΕΕ της 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, ECLI:EU:C:2008:351, με τον *X. Μηκίδη*, Οι αλλοιώσεις των δημοσίων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης – Η υπόθεση *Pressetext*, ΘΠΔΔ, Τεύχος 10/2010, σελ. 1021, να επισημαίνει ότι η υπεργολαβία συνιστά μία από τις όλως εξαιρετικές και υπό αυστηρές προϋποθέσεις, θεμιτές μορφές μεταβολής του προσώπου του αναδόχου (προφανώς ως προς το τμήμα που ανατίθεται υπεργολαβικά στον τρίτο και από το οποίο αποξενώνεται πλήρως ο ανάδοχος, με τον τελευταίο πάντως σε κάθε περίπτωση να έχει την πλήρη συμβατική ευθύνη ή τουλάχιστον να παραμένει συνυπεύθυνος με τον υπεργολάβου αυτού), χωρίς να θεωρείται ότι συνιστά ανεπίτρεπτη τροποποίηση, υπό την έννοια της σύναψης νέας σύμβασης. Η δεύτερη περίπτωση αφορά τις οργανωτικού χαρακτήρα μεταβολές αμιγώς εσωτερικής φύσης (*in house*) του αρχικού αναδόχου. Βλ. ως προς τα σημεία αυτά και τις Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως *Juliane Kokott*, της 13^{ης} Μαρτίου 2008, ECLI:EU:C:2008:167, σημεία 56-57 και επ., ενώ γενικά για τις συμβάσεις *in house*, βλ. *M. Οικονόμου*, Οι συμβάσεις *in house*, 2010.

⁷⁹⁶ Σκέψη 41 της απόφασης.

⁷⁹⁷ Βλ. αναλυτικά για την υπόθεση αυτή, Κεφάλαιο III της παρούσας, υπό 3.iii. Το γεγονός ότι στην εδώ σχολιαζόμενη απόφαση γίνεται από το ίδιο το ΔΕΕ παραπομπή σε κρίσεις του επί υπόθεσης που αφορούσε δανεισμό εμπειρίας τρίτου, η οποία με τη σειρά της στηριζόταν μεταξύ άλλων, στα σχετικά άρθρα 25 και 26 της Οδηγίας που ρύθμιζαν τη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης, καθώς δεν είχε συντελεστεί ακόμα η αυτόνομη νομοθετική κατοχύρωση της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, καταδεικνύει εναργέστατα τις κοινές καταβολές και ρίζες, αλλά και του στενού δεσμούς που διατηρούν οι δύο εξεταζόμενοι στα κεφάλαια III και IV της παρούσας, θεσμοί «εν ευρεία εννοία» συμμετοχικής παρουσίας περισσοτέρων του ενός οικονομικών φορέων, σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία.

αντικειμένου μιας σύμβασης, κατά τον τρόπο που ερμηνεύτηκε από το ίδιο το ΔΕΕ με την απόφαση στην υπόθεση *Holst Italia*⁷⁹⁸.

Μάλιστα, το Δικαστήριο επανέλαβε ότι ενόψει της πραγμάτωσης των επιδιωκόμενων σκοπών της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, σχετικά με την άρση των εμποδίων στην ελεύθερη κυκλοφορία υπηρεσιών κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων περί παροχής υπηρεσιών, υπάρχει ρητή πρόβλεψη στο άρθρο 25 αυτής, βάσει της οποίας παρέχεται η δυνατότητα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να αναθέσουν υπεργολαβικά σε τρίτους τμήμα του αντικειμένου της σύμβασης, με τους εκεί περαιτέρω καθοριζόμενους όρους και προϋποθέσεις⁷⁹⁹. Στις επόμενες σκέψεις της απόφασης, το Δικαστήριο ακολούθησε ευλαβικά και υιοθέτησε τα συμπεράσματα που αποτυπώθηκαν στις αντίστοιχες σκέψεις της υπόθεσης C-176/98, αναφορικά με τη δυνατότητα των οικονομικών φορέων να χρησιμοποιούν για την υλοποίηση των δημοσίων συμβάσεων που αναλαμβάνουν, μέσα που δεν κατέχουν οι ίδιοι.

Έτσι, αφού πρώτα επαναδιατύπωσε ασφαλώς τον κανόνα ότι η χρήση από τους διαγωνιζόμενους, πόρων ή/και επάρκειας που δεν κατέχουν οι ίδιοι, αλλά τρίτες προς αυτούς επιχειρήσεις, δεν μπορεί να συνεπάγεται αφ' εαυτού τον αποκλεισμό τους, συναφώς δε ότι οι ίδιοι οι προσφέροντες υποχρεούνται ταυτόχρονα να αποδείξουν ότι, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών που τους συνδέουν με τους τρίτους, πράγματι θα έχουν στη διάθεσή τους, τους επικαλούμενους πόρους των αλλότριων αυτών φορέων που είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της σύμβασης που διεκδικούν⁸⁰⁰, κατέληξε, σύμφωνα με όσα υπογράμμισε η Επιτροπή στο εξής συμπέρασμα. Στο πλαίσιο της εξέτασης των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά, δεν μπορεί εν τέλει να αποκλειστεί από τις οικείες διατάξεις της οδηγίας, η επιβολή απαγορεύσεων ή περιορισμού της υπεργολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της σύμβασης, σε περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των δηλωθέντων υπεργολάβων⁸⁰¹.

Ενόψει των ανωτέρω παραδοχών, δέχτηκε εν συνεχεία το ΔΕΕ ότι η προϋπόθεση, επί της οποίας στηριζόταν το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα θα ήταν βάσιμη εάν διαπιστωνόταν ότι κατά τον εν λόγω όρο της προκήρυξης του διαγωνισμού, πράγματι καθίστατο απαγορευτική στο στάδιο εξέτασης των προσφορών και επιλογής

⁷⁹⁸ Έτσι και *Christopher Bovis*, *Public contracts in public procurement regulation*, σελ. 102 και *του ιδίου*, *Judicial activism and public procurement*, σελ. 329 και επ., αμφότερα in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016.

⁷⁹⁹ Και εδώ, η παραπομπή της υπό κρίση απόφασης για τη στοιχειοθέτηση σύγκρουσης εθνικού κανόνα δικαίου που διέπει την υπεργολαβία, στα συμπεράσματα της υπόθεσης C-176/98, η οποία ενέπλεκε την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής με την υπεργολαβική ανάθεση τμήματος της προκηρυσσόμενης σύμβασης σε τρίτο φορέα, όπως αμφότερα ρυθμίζονταν μέσα από τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2, περιπτώσεις γ) και η) της οδηγίας και όπως αυτό ερμηνεύθηκε για να θεμελιώσει επιτρεπτή επίκληση των δυνάμεων τρίτου, είναι χαρακτηριστική.

⁸⁰⁰ Σκέψεις 43-44 της απόφασης.

⁸⁰¹ Η ταύτιση της έκτασης και των ορίων ελέγχου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, τόσο στην περίπτωση της δάνειας εμπειρίας όσο και της υπεργολαβίας επίσης ανάγλυφη και εδώ. Έτσι και *Albert Sanchez Graells*, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2nd Edition, Oxford: Hart Publishing, 2015, σελ. 315-318 και 353-355. *Luigi Moretti, Paola Valbonesi*, *Subcontracting in Public Procurement: An empirical Investigation*, Department of Economics and Management, University of Padova, Working Paper No 154, November 2012, revised in March 2013.

του τελικού μειοδότη, η αντικειμενική δυνατότητα που θα είχε αυτός να επικαλεστεί τις υπηρεσίες τρίτων υπεργολάβων για την υλοποίηση σημαντικών εργασιών που συνθέτουν το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης⁸⁰². Κατά την ίδια έννοια – και με τους ίδιους όρους που έχει γίνει δεκτό για τη χρήση της δάνειας εμπειρίας – το Δικαστήριο επισήμανε ότι συμμετέχον σε διαγωνισμό φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες άλλων οντοτήτων, επί των οποίων προτίθεται να στηριχθεί αν του ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν είναι σε θέση να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα να κάνει χρήση αυτών των ικανοτήτων.

Στην ένδικη όμως διαφορά, όπως έδωσε αφορμή για τη διατύπωση των προδικαστικών ερωτημάτων, ήταν προφανές ότι η επίμαχη διάταξη της προκήρυξης του διαγωνισμού που έθετε περιορισμούς στην υπεργολαβική ανάθεση και εν δυνάμει έφτανε μέχρι του σημείου ολοκληρωτικής απαγόρευσής της, δεν αφορούσε το προσυμβατικό στάδιο εξέτασης και επιλογής αναδόχου, αλλά το στάδιο εκτέλεσής της, με σκοπό να αποφευχθεί ακριβώς η ανάθεση της εκτέλεσης ουσιωδών τμημάτων του αντικειμένου της σύμβασης σε οντότητες, των οποίων η αναθέτουσα αρχή δεν είχε τη δυνατότητα να αξιολογήσει τις τεχνικές και οικονομικές δυνατότητές στη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας⁸⁰³.

Με αυτό το σκεπτικό, το ΔΕΕ κατέληξε να αποφανθεί επί του δικονομικού ζητήματος που έθετε το προδικαστικό ερώτημα ότι το κατά πόσο μία τέτοια ρήτρα στα έγγραφα του διαγωνισμού καταλήγει να είναι αντίθετη προς τις διατάξεις της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, επιβάλλοντας παρανόμως απαγορεύσεις στην αντικειμενική δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης τμήματος της διεκδικούμενης δημόσιας σύμβασης εκ μέρους του υποψήφιου αναδόχου, εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να το εξετάσει. Καταληκτικά, το ΔΕΕ, χωρίς να κρίνει επί του ουσιαστικού ζητήματος, το οποίο άλλωστε δεν είχε αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης από αυτό, υπογράμμισε ότι εφόσον διαπιστωθεί ότι ρήτρα που περιλαμβάνεται σε προκήρυξη διαγωνισμού είναι ασυμβίβαστη με την ενωσιακή νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, έκαστο κράτος μέλος οφείλει στους εθνικούς δικονομικούς κανόνες του να προβλέπει δυνατότητες προβολής ενός τέτοιου ασυμβίβαστου μέσα από την άσκηση αποτελεσματικών προσφυγών κατά τα οριζόμενα στη δικονομική οδηγία (Οδηγία 89/665/ΕΟΚ).

- b. Επιγενόμενες μεταβολές στο πρόσωπο του αρχικού υπεργολάβου και το ενδεχόμενο αυτές να συνιστούν τροποποίηση ουσιωδών όρων της δημοπρατούμενης σύμβασης.

Μια δεύτερη απόφαση που παρουσιάζει ενδιαφέρον και αφορούσε μεταγενέστερη αντικατάσταση αρχικά δηλωθέντος υπεργολάβου σε υπογραφέισα

⁸⁰² Έτσι και ΑΕΠΠ 672/2019 σκέψη 25.

⁸⁰³ ΕλΣυν Τμήμα VI 2551/2013 και ΕλΣυν Τμήμα VI 1644/2014, με την οποία κρίθηκε μεταξύ άλλων ότι η υπεργολαβία, ως σύμβαση που συνάπτεται μεταξύ του αναδόχου και του τρίτου, δύναται να προκύψει τόσο κατά την εκτέλεση της κύριας σύμβασης όσο και πριν από την υπογραφή αυτής, εφόσον τούτο προβλέπεται ως όρος στα οικεία συμβατικά τεύχη ή είναι γνωστό στον ανάδοχο ότι δεν πρόκειται να εκτελέσει ο ίδιος το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου. Πρβλ. και Brief 37, Public Procurement, Subcontracting, SIGMA-OECD, September 2016, available at <https://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-37-200117.pdf>, σελ. 9.

σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών, ήταν εκείνη στην υπόθεση C-91/08⁸⁰⁴. Προσπερνώντας το εξαιρετικά σύνθετο και δαιδαλώδες πραγματικό της κρινόμενης υπόθεσης⁸⁰⁵ και εστιάζοντας στο προδικαστικό ερώτημα που πράγματι αφορούσε πτυχές του θεσμού της «υπεργολαβίας»⁸⁰⁶, όπως αυτό τελικά απαντήθηκε κατά προτεραιότητα από το Δικαστήριο, το τελευταίο κατέληξε στα εξής συμπεράσματα.

Συγκεκριμένα, το ΔΕΕ αναδιατυπώνοντας το τρίτο ερώτημα του αιτούντος εθνικού δικαστηρίου⁸⁰⁷, θεώρησε ότι το αντικείμενο που έπρεπε να διαγνωστεί ενόψει αυτού, ήταν στην πραγματικότητα εάν η εφαρμογή των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας και της διαφάνειας μπορούσαν να τύχουν εφαρμογής, όταν στο πλαίσιο εκτέλεσης μιας σύμβασης παραχώρησης, εξετάζεται από την αναθέτουσα αρχή το ενδεχόμενο αντικατάστασης ενός εκ των υπεργολάβων του παραχωρησιούχου. Επ' αυτών το Δικαστήριο έκρινε σκόπιμο στις σκέψεις 32-34 να προβεί σε κάποιες διευκρινιστικές παρατηρήσεις⁸⁰⁸, καταλήγοντας

⁸⁰⁴ Απόφαση ΔΕΕ της 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG*, ECLI:EU:C:2010:182. Βλ. σχετικά *Hélène Hoepffner*, *La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire*, *Revue française de droit administrative*, 2011, σελ. 98-111, *José Manuel Cortés Martín*, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Enero - Abril 2010, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2010 n° 34, σελ. 1-61, *Denys Simon*, *Obligation de transparence en cas de modification d'une concession de service public*, *Europe* 2010 Juin Comm. n° 208, σελ. 21-23, *Michel Aubert*, *Emmanuelle Broussy*, *Francis Donnat*, *Chronique de jurisprudence communautaire. Concession de services, L'actualité juridique; droit administrative*, 2010, σελ. 946, *Adrian Brown*, *Changing a Sub-contractor Under a Public Services Concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main*, *Public Procurement Law Review*, 2010, σελ. NA160-NA166, *Vesna Kranjc*, *Omejena uporaba pravil OZ v pogodbah o javnem naročilu*, *Podjetje in delo* 2016 n° 6-7, σελ. 1192-1202, *Matjaž Kovač*, *Upravljanje pogodb pri javnem naročanju*, *Pravna praksa*, 2017 n° 28-29, σελ. 16-18, *Marc Steiner*, *Man nehme eine Prise «presstext»*, *etwas Rechtsschutz in Vergabesachen, relativiere das Ganze durch den Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, und fertig ist das Urteil «Wall»!*, *European Law Reporter*, 2010, σελ. 207-212, *Enrico Bottone*, *Il divieto di rinegoziazione dell' offerta nella concessione di servizi*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, σελ. 1222-1227, *Maria Henze Marloth*, *Martin André Dittmer*, *Ändring af tilbudsgivers brug af underleverandører efter kontrakttildelingen - i lyset af EU-Domstolens afgørelse i sag C-91/08 Wall*, *EU-ret & menneskeret* 2010, σελ. 361-368 και *Adam Jürgen*, *Risiken der Änderung eines Dienstleistungskonzessionsvertrags: Anmerkung zu EuGH, U. v. 13.04.2010 - Rs. C-91/08 - Wall*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2010, σελ. 307-310.

⁸⁰⁵ Βλ. σκέψεις 8-28 της απόφασης.

⁸⁰⁶ Η ακριβής διατύπωση του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος, όπως αποτυπώνεται στη σκέψη 28 της απόφασης είχε ως ακολούθως: «Επιβάλλει η υποχρέωση διαφάνειας στην οποία αναφέρεται το πρώτο ερώτημα και στην περίπτωση τροποποίησης συμβάσεως περί αδείας παροχής υπηρεσιών – περιλαμβανομένης της περιπτώσεως αλλαγής υπεργολάβου επιλεγέντος στον διαγωνισμό – οι διαπραγματεύσεις να διεξαχθούν υπό συνθήκες επιτρέπουσες τον ελεύθερο ανταγωνισμό, μέσω της διασφάλισης της κατάλληλης δημοσιότητας, ποια είναι δε τα κριτήρια βάσει των οποίων μπορεί να θεωρηθεί ότι διασφαλίστηκαν τέτοιες συνθήκες;».

⁸⁰⁷ Σκέψη 30 της απόφασης, «...κατά πόσον οι κατοχυρωμένες στα άρθρα 12 ΕΚ, 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και η εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας επιβάλλουν, στην περίπτωση τροποποίησης συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών – συμπεριλαμβανομένης της περιπτώσεως αλλαγής υπεργολάβου, επιλεγέντος στον διαγωνισμό – να διεξαχθούν εκ νέου οι διαπραγματεύσεις υπό συνθήκες επιτρέπουσες τον ελεύθερο ανταγωνισμό, μέσω της διασφάλισης της κατάλληλης δημοσιότητας, και ποια είναι, ενδεχομένως, τα κριτήρια βάσει των οποίων μπορεί να θεωρηθεί ότι διασφαλίστηκαν τέτοιες συνθήκες;».

⁸⁰⁸ Αφενός αποσαφήνισε ότι τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ συνιστούν ειδικές εφαρμογές της κατοχυρωμένης στο άρθρο 12 ΕΚ γενικής απαγόρευσης εισαγωγής διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, οπότε παρέλκει οποιαδήποτε αναφορά στο τελευταίο αυτό άρθρο για την απάντηση του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος με αναφορά στις συνεκδικαζόμενες Αποφάσεις ΔΕΕ της 08.03.2001, C-397/98, *Metallgesellschaft Ltd κ.λπ.* και C-410/98, *Hoechst AG, Hoechst (UK) Ltd*, ECLI:EU:C:2001:134

να δεχτεί ότι από τα πραγματικά περιστατικά που τέθηκαν υπόψη του εθνικού δικαστηρίου που παρέπεμψε με την απόφασή του στο ΔΕΕ, όντως πρόκυπτε ότι στην υπόθεση της κύριας δίκης, η επίμαχη παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται να ενδιαφέρει επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλο κράτος μέλος από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, δεδομένου ότι είχε ήδη διαπιστωθεί από το δικαστήριο της κύριας δίκης ότι η πρόσκληση για την υποβολή προσφορών είχε δημοσιευθεί στην επίσημη εφημερίδα του Δήμου Φρανκφούρτης «σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης» και άρα η εικαζόμενη παράβαση της υποχρέωσης τήρησης της αρχής της διαφάνειας ενδέχεται να συνιστά δυσμενή διάκριση, τουλάχιστον δυνητικά, εις βάρος επιχειρήσεων άλλων κρατών μελών, υπό την έννοια ότι εμφάνιζε διασυνοριακό ενδιαφέρον⁸⁰⁹.

Μάλιστα, ως προς την τήρηση της υποχρέωσης διαφάνειας εκ μέρους των δημόσιων αρχών, οι οποίες συνάπτουν συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών, το ΔΕΕ στη σκέψη 36, απολύτως εύστοχα τόνισε ότι η επιζητούμενη διαφάνεια θα πρέπει να διασφαλίζεται υπέρ όλων των πιθανών αναδόχων, τηρουμένου του προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας, κατά τρόπο που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα στον ανταγωνισμό του τομέα παραχώρησης υπηρεσιών, καθώς και τον έλεγχο της αμερόληπτης διεξαγωγής των διαδικασιών ανάθεσης⁸¹⁰. Στην ίδια λογική, εκτέθηκε στη σκέψη 37 της απόφασης ότι προς διασφάλιση της διαφάνειας των διαδικασιών ανάθεσης και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν προσφορά, οι τροποποιήσεις επί ουσιωδών διατάξεων μιας σύμβασης για την παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται πράγματι, υπό ορισμένες περιπτώσεις, να καθιστούν αναγκαία τη σύναψη νέας σύμβασης παραχώρησης, όταν οι θεμελιώδεις όροι που προβλέπονται στο κείμενό της διαφοροποιούνται ουσιωδώς από εκείνους της αρχικής σύμβασης, υποδηλώνοντας με αυτόν τον τρόπο, τη βούληση των συμβαλλομένων να διαπραγματευτούν εκ νέου τους τροποποιούμενους όρους της

(σκέψεις 38 και 39), καθώς και της Απόφαση ΔΕΕ της 17.01.2008, C-105/07, *Lammers & Van Cleeff*, ECLI:EU:C:2008:24 (σκέψη 14). Παράλληλα υπενθύμισε ότι κατά το (τότε) ισχύον δίκαιο της Ε.Ε., οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών ουδόλως διέπονταν από κάποια από τις οδηγίες, με τις οποίες ο ενωσιακός νομοθέτης ρύθμισε τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, όπως είχε συναφώς κριθεί με την Απόφαση ΔΕΕ της 21.07.2005, C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname)*, ECLI:EU:C:2005:487 (σκέψη 16), και Απόφαση ΔΕΕ της 17.07.2008, C-347/06, *ASM Brescia SpA*, ECLI:EU:C:2008:416 (σκέψη 57), εντούτοις, οι δημόσιες αρχές που συνάπτουν τέτοιες συμβάσεις, υποχρεούνται ασφαλώς να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης ΕΚ και ιδίως τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, καθώς και την εξ αυτών απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας, σύμφωνα άλλωστε και με τα κριθέντα στις Αποφάσεις ΔΕΕ της 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, ECLI:EU:C:2000:669 (σκέψεις 60 έως 62), της 21.07.2005, C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname)*, ECLI:EU:C:2005:487 (σκέψεις 16 έως 19), και της 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, ECLI:EU:C:2005:605 (σκέψεις 46 έως 49). Ως εκ τούτου, η επίμαχη υποχρέωση διαφάνειας εφαρμόζεται αναμφισβήτητα και στην περίπτωση, κατά την οποία η παραχώρηση υπηρεσιών ενδέχεται να ενδιαφέρει επιχείρηση που έχει την εγκατάστασή της σε άλλο κράτος μέλος από εκείνο, εντός του οποίου ανατίθεται η σύμβαση παραχώρησης, όπως επίσης έχει αποφανθεί κατά το παρελθόν το Δικαστήριο στην Απόφαση ΔΕΕ της 21.07.2005, C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname)*, ECLI:EU:C:2005:487 (σκέψη 17) και κατ' αναλογία στις Αποφάσεις ΔΕΕ της 13.11.2007, C-507/03, *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας*, ECLI:EU:C:2007:676 (σκέψη 29) και της 21.02.2008, C-412/04, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, ECLI:EU:C:2008:102 (σκέψη 66).

⁸⁰⁹ Βλ. σχετικά *Dacian C. Dragos*, Sub-dimensional public procurement in the European Union, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, σελ. 202-204.

⁸¹⁰ Έτσι και *Albert Sanchez Graells*, ό.π., σελ. 229.

σύμβασης αυτής, με το ΔΕΕ να κάνει επίκληση κατ' αναλογία πορισμάτων του, σε αποφάσεις σχετικές με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων⁸¹¹.

Ακόμα πιο διεισδυτική είναι η προσέγγιση που υπάρχει στη σκέψη 38 της εξεταζόμενης απόφασης, όπου γίνεται δεκτό, με παραπομπή και πάλι κατ' αναλογία στη σκέψη 35 της απόφασης *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, ότι μια τροποποίηση επί ισχύουσας σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης, οσάκις προστίθενται όροι, οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της αρχικής σύμβασης, θα είχαν ενδεχομένως ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία (και) άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη. Κατά την ίδια έννοια, η αλλαγή του αρχικά προτεινόμενου υπερβολάβου, ακόμα και όταν υπάρχει στη σύμβαση αντίστοιχη πρόβλεψη, η οποία παρέχει τη σχετική δυνατότητα, μπορεί σε εξαιρετικές περιπτώσεις, πράγματι να συνεπάγεται τέτοια ουσιώδη τροποποίηση ενός εκ των θεμελιωδών όρων της συναφθείσας σύμβασης παραχώρησης και άρα να θίγει την αρχή της διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων, ιδίως εφόσον η επιλογή ενός υπερβολάβου έναντι ενός άλλου υπήρξε, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των επίμαχων υπηρεσιών, καθοριστικό στοιχείο για τη σύναψη της σύμβασης με συγκεκριμένο

⁸¹¹ Βλ. Αποφάσεις ΔΕΕ της 05.10.2000, C-337/98, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, ECLI:EU:C:2000:543 (σκέψεις 44 και 46) και της 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, ECLI:EU:C:2008:351 (σκέψη 34). Βλ. σχετικά και *Christopher Bovis*, Public contracts in public procurement regulation, σελ. 117-118, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016.

ανάδοχο⁸¹². Η διαπίστωση πάντως σε κάθε περίπτωση της συνδρομής αυτού του γεγονότος, εναπόκειται στο αιτούν κάθε φορά εθνικό δικαστήριο⁸¹³.

Στην κρινόμενη δε περίπτωση, το Δικαστήριο, χωρίς να προβεί σε εκτιμήσεις ουσιαστικού δικαίου, περιορίστηκε απλώς να υπογραμμίσει τον ανωτέρω κανόνα, αναφέροντας ότι το ίδιο το αιτούν δικαστήριο, όπως εξέτασε τα πραγματικά περιστατικά της ένδικης υπόθεσης, θα πρέπει να εκτιμήσει εάν επαληθεύονται οι διαπιστώσεις που αναφέρονται στις σκέψεις 37-39 της εν λόγω απόφασης και εφόσον κριθεί ότι είναι πιθανό να ανατέθηκε η σύμβαση παραχώρησης στον παραχωρησιούχο, εξαιτίας του αρχικού υπεργολάβου που αυτός είχε υποδείξει, η μεταγενέστερη αντικατάσταση αυτού, ενδέχεται να συνιστά αθέμιτη τροποποίηση της ανατεθείσας σύμβασης παραχώρησης κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα.

Σε συνέχεια των ως άνω σταθμίσεων, η απάντηση που δόθηκε στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα, κατέληγε ότι υπάρχουν περιπτώσεις, κατά τις οποίες οι εισαγόμενες τροποποιήσεις στους όρους μιας σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, ενδέχεται να φέρουν ουσιωδώς διαφορετικά χαρακτηριστικά από εκείνα, επί των οποίων στηρίχθηκε η αρχική ανάθεση της επίμαχης σύμβασης και συνεπεία τούτου να υποδηλώνουν, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της σύμβασης αυτής⁸¹⁴. Η διαπίστωση της συνδρομής ενός τέτοιου ενδεχόμενου και στην περίπτωση μεταβολής στο πρόσωπο του αρχικά προτεινόμενου υπεργολάβου, επαφίεται στο εθνικό δικαστήριο. Εάν, στο πλαίσιο της εν λόγω

⁸¹² Βλ. σχετικά ΑΠ 192/2021 και με αναγωγή στα πορίσματα του ΔΕΕ στην υπόθεση C-337/98, την εύστοχη παρατήρηση ότι μεταξύ άλλων, μια τροποποίηση μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης, όταν μεταβάλλει την οικονομική ισορροπία της σύμβασης υπέρ του επιλεγέντος μειοδότη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική σύμβαση. Η όλη προβληματική σχετίζεται με το αληθές και πραγματικό νόημα που έχουν τόσο η αρχή της τυπικότητας των όρων της διακήρυξης, αλλά και η αρχή της διαφάνειας, δεδομένου ότι αμφότερες δεν καταλαμβάνουν μόνο τους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι πράγματι υπέβαλαν προσφορές και συμμετείχαν σε μία προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά αυτονοήτως, εκτείνονται και καταλαμβάνουν και όλους τους εν δυνάμει υποψηφίους, οι οποίοι αποτράπηκαν από την κατάθεση προσφοράς, βάσει της διατύπωσης των όρων μιας Διακήρυξης ή Πρόσκλησης ενός διαγωνισμού με συγκεκριμένο τρόπο. Η αναθέτουσα αρχή ασφαλώς δεσμεύεται να τηρεί τόσο την αρχή της τυπικότητας των όρων της διακήρυξης όσο και την αρχή της διαφάνειας απέναντι και στις δύο κατηγορίες οικονομικών φορέων. Ειδικά για την προστασία των συμφερόντων των οικονομικών φορέων που τελικά δεν συμμετείχαν στη διαγωνιστική διαδικασία, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αποφεύγει αθέμιτες επιγενόμενες τροποποιήσεις, καθώς οι επίμαχοι όροι, εφόσον ίσχυαν εξ αρχής με διαφορετική διατύπωση, όπως μεταβλήθηκε το περιεχόμενό τους εκ των υστέρων και σε χρόνο που αυτοί δεν μπορούν πλέον να υποβάλλουν προσφορά, ενδεχομένως θα τους είχαν οδηγήσει να αποφασίσουν άλλως, συμμετέχοντας ως υποψήφιοι ανάδοχοι [πρβλ. και Απόφαση ΔΕΕ της 05.04.2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266 (σκέψεις 62-77)]. Για όλα τα ανωτέρω ζητήματα και τους εγείρομενους προβληματισμούς βλ. *Π. Δέγλερη*, Οι Δημόσιες Συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη, 2019, σελ. 245 επ., *Dacian C. Dragos*, ό.π., σελ. 204 και επ., *Roberto Caranta*, Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness in S. Treumer and F. Lichere (eds), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen: DJOF, 2011, σελ. 57 και επ., *Adrian Brown*, EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts outside the Procurement Directives, 2010, PPLR, σελ. 178, *Albert Sanchez Graells*, ό.π., σελ. 340 και Brief 37, Public Procurement, Subcontracting, SIGMA-OECD, September 2016, available at <https://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-37-200117.pdf> σελ. 9.

⁸¹³ Πρβλ. *Steen Treumer*, in *EU Public Procurement Law: An Introduction*, Editor Sue Arrowsmith, 2011, σελ. 293 και *Christopher Bovis*, Judicial activism and public procurement, σελ. 350 και *Emanuela Matei*, The Remedies in public procurement, σελ. 362 επ., αμφότερα in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016.

⁸¹⁴ Έτσι και *Steven van Garsse*, ό.π., σελ. 614.

δικαστικής εκτίμησης, προκύπτει ότι υφίσταται τροποποίηση ενός εκ των ουσιωδών όρων της κρινόμενης σύμβασης παραχώρησης, θα πρέπει το αιτούν δικαστήριο να λάβει, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκαταστήσει τη διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης πιθανότατα της εκκίνησης μιας νέας διαδικασίας ανάθεσης, η οποία θα πρέπει να οργανωθεί κατά τρόπο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες της κρίσιμης παραχώρησης υπηρεσιών και δη να επιτρέπει σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη να έχουν πρόσβαση σε κατάλληλες πληροφορίες σχετικά με τη συγκεκριμένη παραχώρηση, πριν αυτή ανατεθεί.

c. Όροι και προϋποθέσεις εισαγωγής θεμιτών περιορισμών στη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της διεκδικούμενης σύμβασης.

Με την επόμενη απόφαση, στην υπόθεση C-406/14⁸¹⁵, το ΔΕΕ προσδιόρισε και εξειδίκευσε το περιεχόμενο που μπορούν να λάβουν ενδεχόμενοι περιορισμοί του δικαιώματος υπεργολαβικής ανάθεσης, καθ' ερμηνεία των σχετικών ρυθμίσεων της Οδηγίας 2004/18/EK. Σύμφωνα με το πραγματικό της υπόθεσης που έδωσε αφορμή για την υποβολή του προδικαστικού ερωτήματος από το πολωνικό δικαστήριο στην υπό κρίση απόφαση, σε κλειστή διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, είχε περιληφθεί και όρος που προέβλεπε ότι: «*Ο εργολάβος υποχρεούται να εκτελέσει εξ ιδίων πόρων κατά τουλάχιστον 25% το έργο το οποίο αφορά η σύμβαση.*», με την εθνική αναθέτουσα αρχή (ο Δήμος του *Wrocław*) να προβάλλει ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου ότι σκοπός της ως άνω διάταξης ήταν να διασφαλιστεί ότι τα τμήματα της σύμβασης, για τα οποία απαιτούνται ειδικές γνώσεις και προσόντα και συνεπώς η ποιότητα της εκτέλεσής τους εξαρτάται από τις ιδιαίτερες ικανότητες του εκτελούντος, θα υλοποιηθούν στην πράξη από τον οικονομικό φορέα που όντως αξιολογήθηκε στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή πρόβαλε περαιτέρω το εξαιρετικά ενδιαφέρον επιχείρημα, ότι ο σκοπός αυτός αποκτά ακόμη μεγαλύτερη σημασία, αν ληφθεί υπόψη ότι οι εθνικές διατάξεις που ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο που συνέτρεξαν τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης της κύριας δίκης, δεν επέτρεπαν στους οικονομικούς φορείς να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων φορέων, προκειμένου να θεμελιώσουν ότι πληρούσαν τα κριτήρια τεχνικής ικανότητας, όπως αυτά απαιτούνταν για τη συμμετοχή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

⁸¹⁵ Απόφαση ΔΕΕ της 14.07.2016, C-406/14, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, ECLI:EU:C:2016:562. Βλ. σχετικά, *II. Δέγλερη*, Οι Δημόσιες Συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη, 2019, σελ. 343 επ., *Michaela Salamun*, Beschränkung der Subvergabe mittels Prozentsatz des Auftragswerts, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2016, σελ. 316-318, *Justyna Łacny*, Korekty fi nansowe nakładane na instytucje zamawiające za naruszenia prawa zamówień publicznych – uwagi do wyroków Trybunału Sprawiedliwości w połączonych sprawach C-260/14 i C-261/14, *Județul Neamț i Județul Bacău* przeciwko Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice oraz w sprawie C-406/14, *Europejski Przegląd Sądowy* 2017 Vol. 9, σελ. 40-49, *Aude Bouveresse*, Correction financière, *Europe* 2016 Octobre Comm. n° 10 σελ. 24-25 και *Susie Smith*, The Legality of Restricting Subcontracting by Reference to a Fixed Percentage of Work under a Contract, the Definition of Financial "Irregularity" and Calculation of Financial Corrections in the Context of EU Funded Projects: Case C-406/14 *Wrocław*, *Public Procurement Law Review*, 2016 σελ. NA175-NA179.

Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα⁸¹⁶, το οποίο στηρίχθηκε από το αιτούν δικαστήριο σε ερμηνεία προηγούμενης νομολογίας του ΔΕΕ⁸¹⁷, εκφράστηκε η άποψη ότι οι διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK επιτρέπουν τον περιορισμό της χρήσης υπεργολαβιών για την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων, υπό την αναγκαία προϋπόθεση, οι περιορισμοί αυτοί να μην λειτουργούν αποτρεπτικά για τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι, προκειμένου να υποβάλλουν νομότυπη προσφορά, προτίθενται να κάνουν χρήση των τεχνικών και οικονομικών ικανοτήτων υπεργολάβων⁸¹⁸. Ωστόσο, η επικαλούμενη απόφαση σύμφωνα με το δικαστήριο της κύριας δίκης δεν είχε θίξει στην υπόθεση που χειρίστηκε, το ζήτημα αν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκφράζει υπό μορφή ποσοστού το εύρος των εργασιών τις οποίες ο ανάδοχος οφείλει να εκτελέσει ο ίδιος⁸¹⁹. Εξάλλου και πάλι με παραπομπή σε έτερη σχετική απόφαση του ΔΕΕ⁸²⁰, το πολωνικό δικαστήριο διερωτήθηκε, στο πλαίσιο της διατύπωσης του προδικαστικού ερωτήματος, εάν η επίδικη ρήτρα περιορισμού της έκτασης υπεργολαβικής ανάθεσης και δη ως προς το ύψος του ποσοστού που θα μπορούσε να απαιτήσει η αναθέτουσα αρχή να εκτελεστεί υποχρεωτικά από τον ίδιο τον προσφέροντα και μόνο, οδηγεί σε περιορισμό της δυνατότητας των ΜΜΕ να μετέχουν στην υλοποίηση έργων που ανατίθενται μέσω σύναψης δημόσιας σύμβασης, παραβιάζοντας ενδεχομένως την αρχή του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον υγιή ανταγωνισμό, υπό το πρίσμα της μέριμνας για την εν γένει ενίσχυση του ρόλου και της παρουσίας τους στην ευρωπαϊκή αγορά δημοσίων συμβάσεων⁸²¹.

Επί του επίμαχου ερωτήματος, το ΔΕΕ ερμηνεύοντας τις υπό κρίση διατάξεις της οδηγίας, διαπίστωσε ότι η αναθέτουσα αρχή, βάσει του άρθρου 25 αυτής, μπορεί δυνητικά ή υποχρεωτικά, εφόσον έτσι επιλέξει το κράτος μέλος εγκατάστασής της, να ζητήσει από τον προσφέροντα να προσδιορίσει, στην προσφορά του, το τμήμα της σύμβασης το οποίο προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους, καθώς και ποιοι είναι οι προτεινόμενοι υπεργολάβοι. Προσέτι, η χρήση υπεργολάβων, όπως

⁸¹⁶ Το ακριβές περιεχόμενο του ερωτήματος στη σκέψη 29 της απόφασης: «Είναι θεμιτό, υπό το φως του άρθρου 25 της οδηγίας 2004/18, να ορίζει μια αναθέτουσα αρχή με τη συγγραφή υποχρεώσεων ότι ο εργολάβος πρέπει να εκτελέσει εξ ιδίων πόρων κατά τουλάχιστον 25% τις εργασίες που αφορά η σύμβαση;».

⁸¹⁷ Βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 18.03.2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner*, ECLI:EU:C:2004:159.

⁸¹⁸ Η απόφαση αυτή, όπως ήδη εκτέθηκε και στο προηγούμενο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης, στηριζόταν με τη σειρά της στα πορίσματα του ΔΕΕ στην υπόθεση *Holst Italia* και ως εκ τούτου, είχε το ίδιο νομικό υπόβαθρο με τη στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα, υπό την έννοια του δανεισμού εμπειρίας τρίτης επιχείρησης.

⁸¹⁹ Έτσι και *Laura Pergolizzi*, *Il subappalto e la Legge europea*, tratto da: *ildirittoamministrativo.it*, 05.07.2022, διαθέσιμο σε <https://www.segretaricomunalivighenzi.it/archivio/anno-2022/Luglio/05-07-2022-il-subappalto-e-la-legge-europea#null> και *Irene Picardi*, *Subappalto ancora nel mirino europeo*, *I giudici lombardi hanno deciso di chiedere alla Corte di Giustizia se l'art. 105, comma 2 del D.Lgs. 50/2016 sia conforme alla Direttiva 2014/24/UE*, διαθέσιμο σε <https://www.appaltiecontratti.it/2018/01/09/subappalto-ancora-nel-mirino-europeo/>.

⁸²⁰ Ως προς το σημείο αυτό, η παραπομπή αφορούσε προηγούμενη νομολογία του Δικαστηρίου, ιδίως δε την Απόφαση ΔΕΕ της 10.10.2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI*, ECLI:EU:C:2013:646 (σκέψη 33).

⁸²¹ Ειδικά για τον ρόλο των ΜΜΕ και την ανάγκη για την ενίσχυση της επιχειρηματικότητάς τους βλ. αναλυτικά Κεφάλαιο III, υπό 2.ii. Για τη σχέση της υπεργολαβίας και του δικαίου του ανταγωνισμού, βλ. αντί πολλών, *Μ. Οικονόμου*, *Δημόσιες Συμβάσεις και Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, 2009, σελ. 232 επ.

ερμηνεύθηκε από το ίδιο, προβλέπεται κατ' αρχήν χωρίς μνεία σε οποιονδήποτε περιορισμό⁸²². Συναφώς – και εδώ το ΔΕΕ έκανε εκ παραλλήλου χρήση διάταξης που αφορά τον δανεισμό μέσων τρίτου – διαπιστώθηκε ότι το άρθρο 48 παρ. 3 της ίδιας οδηγίας αναγνωρίζει ρητά στους προσφέροντες την κατ' αρχήν απεριόριστη δυνατότητα να στηριχθούν σε υπεργολάβο, αρκεί να αποδείξουν ότι μέσω της επίκλησης των μέσων που θέτουν στη διάθεσή τους τρίτες οντότητες, καλύπτουν τα ελάχιστα τεχνικά και οικονομικά κριτήρια ποιοτικής επιλογής που θέτει ο διαγωνισμός και ασφαλώς με τη μοναδική υποχρέωση να τεκμηριώσουν ότι, εφόσον η σύμβαση τους ανατεθεί, θα έχουν πράγματι στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης⁸²³.

Ανεξαρτήτως πάντως του κατ' αρχήν απεριόριστου τρόπου να βασιστεί ένας υποψήφιος ανάδοχος σε τρίτο φορέα υπεργολαβικά, τίθεται και εν προκειμένω ένας εύλογος περιορισμός στην έμμεση συμμετοχική παρουσία αναδόχου-υπεργολάβου, με τον ίδιο τρόπο όπως έγινε δεκτός και στη στήριξη στις ικανότητες τρίτου με τη μορφή της δάνεια εμπειρίας. Διαπίστωσε λοιπόν το Δικαστήριο ότι όταν υφίσταται υποχρέωση των προσφερόντων να προσδιορίζουν στις προσφορές τους το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται ενδεχομένως να αναθέσουν σε υπεργολάβους, καθώς και τα ονόματα των υπεργολάβων αυτών, η αναθέτουσα αρχή διατηρεί το δικαίωμα να απαγορεύσει θεμιτά τη χρήση υπεργολάβων, των οποίων δεν μπορεί να ελέγξει τις ικανότητες κατά το προσυμβατικό στάδιο αξιολόγησης των προσφορών και επιλογής του οριστικού αναδόχου, ιδίως όταν αφορά βασικά τμήματα της σύμβασης⁸²⁴.

Ωστόσο, σε αντίθεση με τον προαναφερθέντα και αναγνωρισμένο ως θεμιτό περιορισμό προσφυγής στις δυνάμεις τρίτου (υπεργολάβου ή δανείζοντος εμπειρία), στην επίμαχη διαφορά, διαπιστώθηκε από το ΔΕΕ ότι η ρήτρα που υποχρέωνε τον ανάδοχο να εκτελέσει ο ίδιος με ίδια μέσα ποσοστό τουλάχιστον 25% της συνολικής αξίας της σύμβασης, αποκτούσε ένα διαφορετικό περιεχόμενο, στο μέτρο και στον βαθμό που επέβαλε περιορισμούς στη χρήση υπεργολαβιών ως προς ένα τμήμα της σύμβασης, καθοριζόμενο όμως με τρόπο γενικό και αφηρημένο υπό τη μορφή ποσοστού επ' αυτής, αποσυνδέοντας την επιβολή του υπό κρίση περιορισμού από οποιαδήποτε δυνατότητα ελέγχου ή μη των ικανοτήτων των προτεινόμενων υπεργολάβων και χωρίς οποιαδήποτε αναφορά, από την οποία να συνάγεται ασφαλώς κατά πόσο πρόκειται για βασικά καθήκοντα, όπως ορίζονταν από το αντικείμενο της

⁸²² Βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 10.10.2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI*, ECLI:EU:C:2013:646 (σκέψη 31).

⁸²³ Πρβλ. περίπτωση αποκλεισμού υπεργολάβου στην Απόφαση ΔΕΕ της 10.11.2016, C-590/15, *Alain Laurent Brouillard κατά Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, ECLI:EU:C:2016:872, όπως έκρινε επί αίτησης αναιρέσης κατά το άρθρο 181 του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου κατά της Απόφασης ΠΕΕ της 14.09.2015, T-420/13, *Alain Laurent Brouillard κατά του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, ECLI:EU:C:T:2015:633. Πρβλ. *Adrea Gideon, The saga of Mr Brouillard and the EU Courts* (F-148/15, T-420/13, C-298/14 ... and C-590/15 P), 29 February 2016, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2016/2/26/the-saga-of-mr-brouillard-and-the-eu-courts-f14815-t42013-c29814-and-c-59015-p>.

⁸²⁴ Με αναφορά στη σκέψη 45 της απόφασης στην υπόθεση C-314/01, ενώ και η Γενική Εισαγγελέας *Eleanor Sharpston*, στο σημείο 33 των Προτάσεών της, της 17^{ης} Νοεμβρίου 2015, ECLI:EU:C:2015:761, κάνει ρητή παραπομπή σημείο 82 των αντίστοιχων Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα *L. A. Geelhoed*, της 20^{ης} Νοεμβρίου 2003, ECLI:EU:C:2003:628, στην υπόθεση C-314/01.

σύμβασης⁸²⁵. Συνεπώς, κρίθηκε ότι είναι ασύμβατος με το ενωσιακό δίκαιο ένας τέτοιος όρος που τίθεται στη συγγραφή υποχρεώσεων μιας δημόσιας σύμβασης έργου και προβλέπει ότι ο μελλοντικός ανάδοχος θα πρέπει να εκτελέσει, κατά ένα ορισμένο ποσοστό, εξ ιδίων πόρων το έργο που διεκδικεί, χωρίς όμως εξειδίκευση και περαιτέρω προσδιορισμό του επίμαχου τμήματος, ώστε να μπορεί πράγματι να ελεγχθεί και να διαπιστωθεί αντικειμενικά η αναγκαιότητα θέσπισης αποκλεισμού της ανάθεσής του σε υπεργολάβο⁸²⁶.

Παραδόξως πάντως, για τη στάθμιση της συμβατότητας του επίδικου περιορισμού στην προκειμένη περίπτωση, με το ενωσιακό δίκαιο, δεν έγινε ουδεμία αναφορά από το Δικαστήριο στην αρχή της αναλογικότητας, η εφαρμογή της οποίας είχε υιοθετηθεί εκτενώς και κατ' εξακολούθηση για τη θεμελίωση των ορίων επιβολής θεμιτών περιορισμών εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, στο πεδίο του δανεισμού ικανοτήτων τρίτων φορέων⁸²⁷.

d. Η έκταση των θεμιτών περιορισμών της υπεργολαβίας στο πλαίσιο διαγωνισμών που διέπονται από ειδικό νομοθετικό καθεστώς.

Αντίθετη πορεία ακολούθησε το ΔΕΕ στην απόφασή του επί της υπόθεσης C-292/15⁸²⁸, με την οποία αναγνώρισε ως θεμιτή και άρα συμβατή με το δίκαιο της Ε.Ε.,

⁸²⁵ Βλ. και Brief 37, Public Procurement, Subcontracting, SIGMA-OECD, September 2016, available at <https://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-37-200117.pdf>, σελ. 9. Πρβλ. και *Benoît Schmalz*, Limiter la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées, AJDA 2016, σελ. 1669 επ.

⁸²⁶ Η όλη συλλογιστική του αποκλεισμού επιβολής απαγορεύσεων και περιορισμών που βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου, ακολουθεί πιστά τα πορίσματα της νομολογίας του ΔΕΕ σε υποθέσεις δάνειας εμπειρίας, όπως διαπιστώνεται άλλωστε ευχερώς και από τα σημεία 34 και επ. των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως της υπόθεσης, ενώ στο σημείο 39 αυτών γίνεται απευθείας αναφορά στο άρθρο 63 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, παρόλο που δεν ήταν το εφαρμοστέο δίκαιο στην κρινόμενη διαφορά και το οποίο αφορούσε αποκλειστικά και μόνο τη ρύθμιση του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας». Βλ. σχετικά και *Gregory Fox*, Restrictions on subcontracting under EU public procurement rules: à-propos the Opinion of AG Sharpston (C-406/14), 23 November 2015, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2015/11/restrictions-on-subcontracting-under-eu.html>, ο οποίος επισημαίνει τη σημασία της εν λόγω απόφασης, ιδίως καθ' όσον τεχνικά παρεκκλίνει από τη θεμελίωση της αιτιολογίας του Δικαστηρίου σε προηγούμενες αποφάσεις του που αφορούσαν τον θεσμό της «δάνειας εμπειρίας», διαφοροποιώντας τους δύο θεσμούς έμμεσης συμμετοχικής παρουσίας, δεδομένης και της ρύθμισής τους πλέον, σε εντελώς διαφορετικά άρθρα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

⁸²⁷ Υπαινιγμός μόνο της αρχής της αναλογικότητας θα μπορούσε να υποστηρίξει κανείς ότι διαφαίνεται στο σημείο 41 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως, όπου επισήμανε ότι η επίμαχη περιοριστική ρήτρα, ακόμη και αν υποτεθεί ότι συνιστά ειδικό όρο εκτέλεσης της σύμβασης κατά την έννοια του άρθρου 26 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, δεν είναι δυνατό να θεωρηθεί ότι είναι επιτρεπτή δυνάμει της συγκεκριμένης διάταξης, ενόψει του γεγονότος ότι, όπως καθίσταται σαφές ήδη από το γράμμα του άρθρου αυτού, αντιβαίνει στο άρθρο 48 παρ. 3 της εν λόγω οδηγίας και, ως εκ τούτου, προς το δίκαιο της Ένωσης. Από το γράμμα όμως της παρ. 3 του άρθρου 48 δεν προκύπτει ευθέως κάποιος περιορισμός και άρα αντίθεση στο ενωσιακό δίκαιο, παρά μόνο μέσω της ερμηνείας που έτυχε η επίμαχη διάταξη από τη νομολογία του ΔΕΕ σε περιπτώσεις επίκλησης δανεισμού μέσω τρίτων, όπου και πράγματι το εύρος των θεμιτών περιορισμών που μπορούσε να θέσει μία αναθέτουσα αρχή, προσδιορίστηκε με όρους αναλογικότητας.

⁸²⁸ Απόφαση ΔΕΕ της 27.10.2016, C-292/15, *Hörmann Reisen GmbH*, ECLI:EU:C:2016:817. Βλ. σχετικά *Michaela Salamun*, Ausschluss von Subunternehmern bei Verkehrsdiensten im öff Straßenpersonenverkehr, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2019 N°2, σελ. 73-74, *Aude Bouveresse*, Service public de transport de voyageurs par route, Europe 2016 Décembre n° 12, σελ. 32 και της ίδιας, La Cour confirme la possibilité de limiter voire d'interdire le recours à la sous-traitance

επιβαλλόμενη στον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης υποχρέωση, να εκπληρώσει ο ίδιος τη συμβατική παροχή σε ποσοστό 70% επί της αξίας της ανατεθείσας σε αυτόν δημόσιας σύμβασης, καίτοι εφαρμοστέο ήταν ένα υβριδικό νομοθετικό καθεστώς και όχι το «παραδοσιακό» δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων⁸²⁹. Το πρώτο ζήτημα, επί του οποίου κλήθηκε να αποφανθεί το ΔΕΕ αφορούσε το κατά πόσο πράγματι η συνδυαστική εφαρμογή των διατάξεων του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007 και της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, επιτρέπει να τεθούν νόμιμοι περιορισμοί στο δικαίωμα του αναδόχου να στηριχθεί σε υπεργολάβο για την εκτέλεση μέρους της σύμβασης που αναλαμβάνει να φέρει σε πέρας⁸³⁰. Πριν τοποθετηθεί επί των τριών συνολικά προδικαστικών ερωτημάτων⁸³¹, το τρίτο εκ των οποίων έθετε ζητήματα συμβατότητας με τους κανόνες της Ε.Ε. στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αναφορικά με τη θέσπιση περιορισμών στη χρήση υπεργολάβου, το Δικαστήριο επικαλούμενο για μία ακόμα φορά την αρχή *ratione temporis*, απέκλεισε το ενδεχόμενο να τύχει εφαρμογής η Οδηγία 2014/24/ΕΕ⁸³².

Ως προς το ρυθμιστικό πλαίσιο εντός του οποίου θα κρινόταν η επίδικη υπόθεση, το ΔΕΕ επισήμανε ότι η τότε ισχύουσα Οδηγία 2004/18/ΕΚ τυγχάνει γενικής εφαρμογής, ενώ ο κανονισμός (ΕΚ) 1370/2007 αφορά αποκλειστικά τις συμβάσεις για την παροχή δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών σιδηροδρομικών και οδικών μεταφορών και επομένως, στον βαθμό που τόσο το άρθρο 4 παρ. 7 του εν λόγω κανονισμού όσο και το άρθρο 25 της οδηγίας περιλαμβάνουν ρυθμίσεις σχετικά με την υπεργολαβία, η

conformément aux dispositions du règlement (CE) n° 1370/2007, qui demeurent applicables, au vu de l'interprétation stricte de l'exception prévue à l'article 5, § 1, du règlement, Europe 2016 Décembre Comm. n° 12, σελ. 32.

⁸²⁹ Συγκεκριμένα, εφαρμοστέες στην επίδικη υπόθεση ήταν οι διατάξεις του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23^{ης} Οκτωβρίου 2007 για τις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές και την κατάργηση των κανονισμών του Συμβουλίου (ΕΟΚ) αριθ. 1191/69 και (ΕΟΚ) αριθ. 1107/70 (ΕΛ L 315/1 της 03.12.2007) σε συνδυασμό με τις διατάξεις της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, όπως αντικαταστάθηκε με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ.

⁸³⁰ Βλ. σχετικά με τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης σκέψεις 22-27 και ειδικά για το εφαρμοστέο δίκαιο σκέψεις 34-48 της απόφασης.

⁸³¹ Τα ερωτήματα όπως τέθηκαν από το εθνικό δικαστήριο: «1) Σε περίπτωση διαδικασίας αναθέσεως κατά το άρθρο 5, παράγραφος 1, του κανονισμού 1370/2007, σε συνδυασμό με τις οδηγίες 2004/18], όπως έχει τροποποιηθεί,] και 2014/24, εφαρμόζονται, καταρχήν, μόνον οι διατάξεις των οδηγιών αυτών, με συνέπεια να πρέπει να μην εφαρμοστούν οι παρεκκλίνουσες από τις προαναφερθείσες οδηγίες διατάξεις του κανονισμού 1370/2007;

2) Με βάση τα ανωτέρω, σε περίπτωση διαδικασίας αναθέσεως κατά το άρθρο 5, παράγραφος 1, του κανονισμού 1370/2007 σε συνδυασμό με τις οδηγίες 2004/18], όπως έχει τροποποιηθεί,] και 2014/24, διέπεται η δυνατότητα υπεργολαβικής εκτέλεσεως αποκλειστικώς από τους κανόνες που έχει συναγάγει το Δικαστήριο βάσει της οδηγίας 2004/18], όπως έχει τροποποιηθεί,] και από τη ρύθμιση του άρθρου 63, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 ή μπορεί η αναθέτουσα αρχή, κατά παρέκκλιση από τα ανωτέρω, να επιβάλει στους διαγωνιζόμενους, ακόμη και σε περίπτωση τέτοιας διαδικασίας αναθέσεως, υποχρέωση αυτοπρόσωπης εκπλήρωσεως για ορισμένο ποσοστό της παροχής (υπολογιζόμενο βάσει των χιλιομέτρων της συγκοινωνιακής γραμμής) δυνάμει του άρθρου 4, παράγραφος 7, του κανονισμού 1370/2007;

3) Στην περίπτωση κατά την οποία το άρθρο 4, παράγραφος 7, του κανονισμού 1370/2007 τυγχάνει εφαρμογής σε διαδικασία αναθέσεως κατά το άρθρο 5, παράγραφος 1, του κανονισμού 1370/2007 σε συνδυασμό με τις οδηγίες 2004/18], όπως έχει τροποποιηθεί,] και 2014/24, έχει η αναθέτουσα αρχή, λαμβανομένης υπόψη της αιτιολογικής σκέψεως 19 του κανονισμού 1370/2007, ευχέρεια να καθορίζει το ποσοστό αυτοπρόσωπης εκπλήρωσεως, κατά τρόπον ώστε να δικαιολογείται η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής να αντιστοιχεί η αυτοπρόσωπη εκπλήρωση σε ποσοστό 70 % της παροχής υπολογιζόμενο βάσει των χιλιομέτρων της συγκοινωνιακής γραμμής;».

⁸³² Σκέψη 33 της απόφασης.

σχέση μεταξύ των δύο διατάξεων θα πρέπει να αντιμετωπίζεται ως σχέση ειδικού προς γενικό, υπό την έννοια ότι το πρώτο αναφερόμενο άρθρο συνιστά ειδικότερο κανόνα σε σχέση με τους κανόνες που θέτει η γενικότερη πρόβλεψη που περιέχεται στο άρθρο της οδηγίας και ως εκ τούτου, ως *lex specialis* κατ'εξουχίας των κανόνων αυτών⁸³³. Έτσι, απαντώντας το Δικαστήριο στο πρώτο και δεύτερο προδικαστικό ερώτημα που απαντήθηκαν από κοινού, κατέληξε ότι το άρθρο 5 παρ. 1 του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007 έχει την έννοια ότι, σε περίπτωση διαδικασίας για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την παροχή δημόσιων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών με λεωφορείο, όπως η προκειμένη της διαφοράς που οδήγησε στα προδικαστικά ερωτήματα, η εφαρμογή του άρθρου 4 παρ. 7 του ίδιου κανονισμού, το οποίο δίνει τη δυνατότητα να τεθούν επιπλέον περιορισμοί στη μορφή που θα λάβει η υπεργολαβική ανάθεση σε τρίτη επιχείρηση, δεν πρέπει να αμφισβητείται κατά τη διαδικασία ανάθεσης και την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών⁸³⁴.

Ενόψει της απάντησης που δόθηκε στα δύο πρώτα ερωτήματα, είναι σαφές ότι το πρίσμα, υπό το οποίο διαγνώστηκε η συμβατότητα της απαίτησης της διακήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού να εκπληρώσει ο ίδιος ο ανάδοχος ποσοστό του ανατεθέντος συμβατικού αντικειμένου μέχρι και 70% της δημοπρατούμενης παροχής υπηρεσιών⁸³⁵, διαφοροποιείται ουσιωδώς από άποψη ρυθμιστικού πεδίου σε σχέση με τις λοιπές περιπτώσεις που αφορούσαν την ερμηνεία επιτρεπτών ή μη περιορισμών κατ' εφαρμογή των διατάξεων των οδηγιών του 2004 ή του 2014 για τις συμβάσεις προμηθειών, υπηρεσιών και έργων. Ωστόσο, η θέση του Δικαστηρίου έχει αξία να αναλυθεί ως προς το σκεπτικό, με το οποίο αντιμετώπισε τον σχετικό περιορισμό. Η απάντηση λοιπόν στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα, αφορούσε το κατά πόσο πράγματι, κατ' εφαρμογή του ειδικού καθεστώτος του άρθρου 4 παρ. 7 του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007 στην περίπτωση σύναψης δημόσιας σύμβασης για την παροχή των

⁸³³ Πρβλ. και σημεία 36-37 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως της υπόθεσης, *Eleanor Sharpston*, της 28^{ης} Ιουνίου 2016, ECLI:EU:C:2016:480, η οποία τοποθετούμενη επί της σχέσης ειδικού προς γενικό, απέδωσε την κρίση περί *lex specialis* της διάταξης του άρθρου 4 παρ. 7 του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007 εν σχέσει προς το άρθρο 25 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ σε συμπεράσματα εξαγόμενα, μεταξύ άλλων και από την αιτιολογική σκέψη 9 του υπό κρίση κανονισμού, αλλά και την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη να παρασχεθεί η μέγιστη δυνατή ευελιξία στις αναθέτουσες αρχές, στο πλαίσιο της σύναψης τέτοιου είδους συμβάσεων, να αποφασίζουν, αναλόγως των περιστάσεων, αν η ανάθεση υπεργολαβίας και σε ποιο ποσοστό, μπορεί να συντελέσει σε αποτελεσματικότερη παροχή υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών γενικού συμφέροντος, τονίζοντας εκ παραλλήλου, ότι από κανένα σημείο του κανονισμού δεν προκύπτει σχετική βούληση του νομοθέτη της Ε.Ε. να στερήσει από τις αρμόδιες αρχές την ανωτέρω ευελιξία κατά τη σύναψη των ρυθμιστών από τον κανονισμό συμβάσεων.

⁸³⁴ Βλ. και *Albert Sanchez Graells*, ECJ clarifies coordination between transport and general procurement rules, but will this help in future? (C-292/15), 29 October 2016, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2016/10/29/ecj-leaves-rather-messy-set-of-rules-for-the-award-of-public-transport-concessions-c-29215>, ο οποίος ωστόσο αμφισβητεί κατά πόσο τα πορίσματα της επίμαχης απόφασης θα μπορούσαν να θέσουν έναν γενικό κανόνα για το μέλλον, ειδικά υπό το πρίσμα της εφαρμογής της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, αφού *a contrario* συνάγεται ότι αυτή δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις παραχώρησης παροχής υπηρεσιών λεωφορείων και τραμ, όπως υπάγονται αποκλειστικά στο ρυθμιστικό πεδίο του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007, σύμφωνα άλλωστε και με το άρθρο 10 παρ. 3 της οδηγίας.

⁸³⁵ Στην πραγματικότητα, πρόκειται για την αντίστροφη όψη της επιβολής ανώτατου ορίου (πχ. 30%) ως προς το επιμέρους τμήμα της σύμβασης που μπορεί να ανατεθεί σε υπεργολάβο, όπως κρίθηκε ασύμβατη με τους κανόνες της Ε.Ε. με αποφάσεις του ΔΕΕ, στις οποίες κλήθηκε να ερμηνεύσει τις αντίστοιχες διατάξεις των οδηγιών σχετικά με την υπεργολαβία.

υπηρεσιών του αντικειμένου της κύριας δίκης, είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο η απαίτηση εκ μέρους του αναδόχου της σύμβασης, να εκπληρώσει ο ίδιος της παροχή σε ποσοστό 70% της συνολικής αξίας αυτής⁸³⁶.

Το Δικαστήριο, έθεσε ως βάση του συλλογισμού του την παραδοχή ότι η επίμαχη διάταξη προβλέπει ρητά ότι τα έγγραφα για τη διενέργεια διαγωνισμού και οι συμβάσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας ορίζουν, με τρόπο διαφανή, αν και σε ποιο βαθμό μπορεί να εξεταστεί η περίπτωση να συναφθεί υπεργολαβία. Επομένως, εξ αυτού συνάγεται ότι το δίκαιο της Ένωσης αναγνωρίζει στις αρμόδιες αρχές ευρεία εξουσία εκτίμησης των παραμέτρων ανάθεσης τμήματος υπεργολαβικά σε δημοπρατούμενη σύμβαση για τη διαχείριση και τη λειτουργία δημόσιων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών, οι οποίες διέπονται από τον εν λόγω κανονισμό. Συναφώς, επισήμανε ότι, με βάση την ίδια διάταξη και τις εκεί προβλεπόμενες δυνατότητες που αναγνωρίζονται στην αναθέτουσα αρχή να επιβληθούν περιορισμοί ή απαγορεύσεις στον ανάδοχο, ως προς τον τρόπο ή την έκταση που θα αναθέσει αυτός περαιτέρω σε υπεργολάβους την εκτέλεση δημόσιων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών με λεωφορείο, προκύπτει ότι αυτή ακριβώς η εξουσία εκτίμησης που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή, περιλαμβάνει και τη δυνατότητα αυτής να απαγορεύσει την υπεργολαβία για ορισμένο μόνο τμήμα της συμβατικής παροχής⁸³⁷.

Εξάλλου, με τις επόμενες σκέψεις του, δέχτηκε το ΔΕΕ ότι όταν τίθεται ζήτημα υπεργολαβικής εκπλήρωσης μέρους της παροχής στο πλαίσιο διαχείρισης και λειτουργίας σχετικών υπηρεσιών, το άρθρο 4 παρ. 7, δεύτερη περίοδος του κανονισμού, δεν επιτρέπει την υπεργολαβική ανάθεση ολόκληρης της συμβατικής παροχής⁸³⁸, δεδομένου ότι, όπως σαφώς ορίζεται εκεί, ο ίδιος ο οικονομικός φορέας,

⁸³⁶ Πρβλ. *Giovanni Balocco*, La riforma del subappalto: l'ennesima lesione ai principi concorrenziali di matrice europea, Articolo, tratto dalla rivista Urbanistica e Appalti, Ipsa, segnalazione del 23.01.2018.

⁸³⁷ Σκέψεις 50-52 της απόφασης.

⁸³⁸ Προς αποφυγή παρανοήσεων το δεύτερο εδάφιο της παρ. 7 του άρθρου 4 του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007 ορίζει ότι: «*Σε περίπτωση υπεργολαβίας, ο φορέας που έχει αναλάβει τη διαχείριση και τη λειτουργία των δημοσίων επιβατικών μεταφορών σύμφωνα με τον παρόντα κανονισμό, είναι υποχρεωμένος να παράσχει ο ίδιος μεγάλο μέρος των δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών.*». Συνεπώς, η αναφορά που γίνεται στην εξεταζόμενη απόφαση περί μη επιτρεπτής ανάθεσης ολόκληρης της συμβατικής παροχής, μάλλον πρέπει να αποδοθεί σε εμφατική αντιδιαστολή με την υποχρέωση που υπέχει ο ανάδοχος, κατά την υλοποίηση αυτού του είδους των ρυθμιζόμενων από τον κανονισμό συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, να παράσχει ο ίδιος μεγάλο μέρος αυτών και όχι κάποιες μορφές διάστιξη με δυνατότητα ανάθεσης του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης σε υπεργολάβους. Η δυνατότητα αυτή, όπως έχει ήδη επισημανθεί εναργέστατα ανωτέρω υπό 2 του παρόντος κεφαλαίου και στην υποσημείωση 711, δεν υφίσταται σε καμία περίπτωση. Αυτό συνάγεται ευχερώς και από την επόμενη παραδοχή, στην οποία προβαίνει το ΔΕΕ στην ίδια σκέψη, δεχόμενο ότι μόνο στην περίπτωση που η σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας διέπει συγχρόνως τον σχεδιασμό, την κατασκευή και τη λειτουργία των δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών, είναι πράγματι δυνατό, δυνάμει του άρθρου 4 παρ. 7, τρίτη περίοδος του κανονισμού, να επιτραπεί η εξ ολοκλήρου υπεργολαβική εκτέλεση των εν λόγω υπηρεσιών (βλ. τη γραμματική διατύπωση του εν λόγω εδαφίου που ορίζει ότι: «*Για την παροχή αυτών των υπηρεσιών, σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας που διέπει συγχρόνως τον σχεδιασμό, την κατασκευή και τη λειτουργία των δημοσίων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών μπορεί να επιτρέψει πλήρως τις υπεργολαβίες. Η σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας προσδιορίζει, σύμφωνα με το εθνικό και το κοινοτικό δίκαιο, τους όρους που εφαρμόζονται στις υπεργολαβίες.*»). Σύμφωνα με την αυτονόητη ερμηνεία που αποδίδει το Δικαστήριο στην κρινόμενη διάταξη, είναι απολύτως επιτρεπτή η χρήση υπεργολάβων σε περίπτωση «*μεικτών*» κατά την ανωτέρω έννοια, συμβάσεων που διέπονται από τον κανονισμό, απεριόριστα και μάλιστα με δυνατότητα ανάθεσης ολόκληρου του αντικειμένου που

στον οποίο έχουν ανατεθεί οι εν λόγω υπηρεσίες υποχρεούται να παράσχει ο ίδιος μεγάλο μέρος αυτών⁸³⁹. Κατά συνέπεια, ερμηνευόμενο από το Δικαστήριο κατ' αυτόν τον τρόπο το εν λόγω άρθρο, κρίθηκε ότι δεν απαγορεύει στην αναθέτουσα αρχή να περιορίσει σε σημαντικό βαθμό τη δυνατότητα υπεργολαβίας στο πλαίσιο σύμβασης, όπως αυτή που αφορά η υπόθεση της κύριας δίκης⁸⁴⁰.

Σε συνέχεια λοιπόν των ανωτέρω συλλογισμών του, το ΔΕΕ απεφάνθη ότι η προκήρυξη του διαγωνισμού, βάσει της οποίας προβλέφθηκε ο περιορισμός στο δικαίωμα του αναδόχου να αναθέσει σε υπεργολάβο μέρος της σύμβασης, μεγαλύτερο από το 30%, πράγματι αποτελεί έγγραφο για τη διενέργεια διαγωνισμού, κατά την έννοια του πρώτου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 4 του κανονισμού και ως εκ τούτου, ορίζεται με τρόπο διαφανή, όπως αδιαμφισβήτητα κρίθηκε ότι προκύπτει και από την απόφαση περί παραπομπής, ο τρόπος και οι συναφείς περιορισμοί στην άσκηση του δικαιώματος υπεργολαβικής εκτέλεσης. Εκ περισσού δε διαπιστώθηκε ότι ο περιορισμός αυτός δεν υπερβαίνει τα όρια της εξουσίας εκτιμήσεως που αναγνωρίζονται στις αναθέτουσες αρχές, δυνάμει της ίδιας διάταξης του κανονισμού. Επομένως, στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα δόθηκε η απάντηση ότι με βάση τις κείμενες διατάξεις που εξετάστηκαν από το Δικαστήριο, δεν απαγορεύεται στην

περιλαμβάνει τον σχεδιασμό, την κατασκευή και τη λειτουργία των παρεχόμενων υπηρεσιών, όπως αυτές αποτελούν όμως επιμέρους τμήμα του συνολικού αντικείμενου μιας τέτοιας σύμβασης. Δεν ανατίθεται δηλαδή υπεργολαβικά το 100% της σύμβασης αυτής, όπως θα μπορούσε ενδεχομένως να υπολάβει εσφαλμένα ο μελετητής του δικαίου, αλλά είναι δυνατή η ανάθεση του 100% του συγκεκριμένου τμήματος που αντιστοιχεί στον σχεδιασμό, την κατασκευή και τη λειτουργία των παρεχόμενων υπηρεσιών, όπως όμως αυτό το τμήμα αναμφισβήτητα αποτελεί μόνο ένα μερικότερο ποσοστό επί του συνόλου της υπόλοιπης σύμβασης, η οποία ασφαλώς κατά το εναπομείναν τμήμα αυτής θα πρέπει να εκτελεστεί είτε εξ ολοκλήρου από τον ανάδοχο είτε σε ποσοστό από αυτόν, κατά τα ρητά οριζόμενα στα δύο πρώτα εδάφια της παρ. 7 του άρθρου 4 του κανονισμού.

⁸³⁹ Πάντως η Γενική Εισαγγελέας της υπόθεσης, στο σημείο 40 των Προτάσεών της εξέφρασε την άποψη ότι η έννοια «μεγάλο μέρος» είναι ασαφής και ότι περαιτέρω η υποχρέωση του επιλεγέντος μειοδότη να παράσχει μεγάλο μέρος των ανατιθέμενων υπηρεσιών δεν είναι ισοδύναμη με την υποχρέωση να παράσχει το μεγαλύτερο μέρος αυτών. Υπό την ίδια έννοια, η ίδια διαφοροποιήθηκε από την κρίση του Δικαστηρίου ως προς τα ανώτατα όρια των ποσοστών επιτρεπτής υπεργολαβικής ανάθεσης, χωρίς όμως να απόσχει από τη συνολική ερμηνεία που αποδόθηκε στις κρινόμενες διατάξεις του κανονισμού (πρβλ. και σημεία 42-47 των Προτάσεων).

⁸⁴⁰ Πρβλ. πάντως και *Albert Sanchez Graells*, ECJ clarifies coordination between transport and general procurement rules, but will this help in future? (C-292/15), 29 October 2016, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2016/10/29/ecj-leaves-rather-messy-set-of-rules-for-the-award-of-public-transport-concessions-c-29215>, ο οποίος επισημαίνει ότι η κρινόμενη απόφαση πρέπει να τύχει μινιμαλιστικής προσέγγισης και ερμηνείας, υπό την έννοια ότι απλώς υποδεικνύει ότι οι γενικοί κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις δεν μπορούν να εμποδίσουν μια αναθέτουσα αρχή που αναθέτει συμβάσεις (όχι με τη μορφή παραχώρησης) για την παροχή υπηρεσιών λεωφορείων και τραμ να προβλέψει απαγόρευση της υπεργολαβίας ή, με άλλους όρους, να απαιτήσει από τον ανάδοχο-μεταφορέα την άμεση και πλήρη εκ μέρους του εκπλήρωση όλων των συμβατικών υποχρεώσεων. Ως εκ τούτου, μια τέτοια ερμηνεία μπορεί να απενεργοποιήσει την αυστηρή ερμηνεία του άρθρου 63 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ μόνο στον τομέα των μεταφορών. Ομοίως, η ίδια υπό εξέταση απόφαση μπορεί να θεωρηθεί ότι υπαγορεύει ότι η εφαρμογή των γενικών κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις δεν μπορεί να μεταβάλλει τον τρόπο, με τον οποίο μια αναθέτουσα αρχή στον τομέα των μεταφορών, η οποία επιτρέπει τη χρήση υπεργολαβίας, επιβάλλει περιορισμούς κατά τρόπο, ώστε να διασφαλίζει ότι ο οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει ανατεθεί η διαχείριση και η εκτέλεση μιας δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών μεταφορών επιβατών, θα εκτελέσει ο ίδιος το μεγαλύτερο μέρος των υπηρεσιών αυτών. Ωστόσο, ο ίδιος επισημαίνει ότι ο συλλήβδην αποκλεισμός της δυνατότητας εφαρμογής των λοιπών κανόνων που θεσπίζει το άρθρο 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν συνιστά ορθή ανάγνωση των επίμαχων ρυθμίσεων, κυρίως επειδή δεν φαίνονται ασύμβατοι με το άρθρο 4 παρ.7 του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007.

αναθέτουσα αρχή να ορίσει ότι ο οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει ανατεθεί η διαχείριση και η λειτουργία δημόσιων υπηρεσιών επιβατικών μεταφορών με λεωφορείο, πράγματι δεσμεύεται να εκπληρώσει ο ίδιος τη συμβατική παροχή σε ποσοστό 70%⁸⁴¹.

- ε. Περιορισμοί στη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης στις δημόσιες συμβάσεις που εμπίπτουν στους πρώην εξαιρούμενους τομείς (*essential facilities*).

Μία ακόμα υπόθεση που απασχόλησε το ΔΕΕ και έδωσε σε αυτό την ευκαιρία να εκφέρει εκ νέου κρίση περί της δυνατότητας θεμιτού περιορισμού της δυνατότητας του οικονομικού φορέα που συμβάλλεται με την αναθέτουσα αρχή για την υλοποίηση ενός αντικείμενου δημόσιας σύμβασης, να στηριχθεί σε υπεργολαβίες, ήταν η C-298/15⁸⁴². Η συγκεκριμένη μάλιστα απόφαση, είχε την ευκαιρία να ερμηνεύσει τον θεσμό της «υπεργολαβίας» εντός του ρυθμιστικού πεδίου του άρθρου 37 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ για τους πρώην εξαιρούμενους τομείς. Η διαφορά που έδωσε αφορμή για τη διατύπωση – και σε αυτή την περίπτωση – τριών προδικαστικών ερωτημάτων εκ μέρους του εθνικού δικαστηρίου, αφορούσε τη ρήτρα στο κείμενο της διακήρυξης ανοιχτού διαγωνισμού, η οποία έθετε περιορισμούς στην υπεργολαβική ανάθεση μέρους της σύμβασης, απαιτώντας από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να εκτελέσει ο ίδιος το σύνολο των εργασιών που χαρακτηρίζονταν από τη συγγραφή υποχρεώσεων ως «κύριες», καταλείποντας ελεύθερο το πεδίο για στήριξη σε υπεργολάβους, μόνο για τις χαρακτηρισμένες ως «μη κύριες», προβλέποντας δε περαιτέρω ότι η πείρα των προτεινόμενων υπεργολάβων δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη

⁸⁴¹ Για όλα τα τελικά συμπεράσματα της απόφασης και την απάντηση στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα, βλ. σκέψεις 53-57 αυτής. Από ελληνικής πλευράς, εκτεταμένη αναφορά στα πορίσματα της αναλυθείσας απόφασης του ΔΕΕ έγινε στη ΣτΕ 136/2023, όπως επικύρωσε την ορθότητα της υπ' αριθμ. 1557/2022 Απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., με την οποία το ΣτΕ αρχικά δέχθηκε ότι ο αναθέτων φορέας που διεξήγαγε τον επίμαχο διαγωνισμό («Αττικό Μετρό Α.Ε.») αφενός αποτελεί «δημόσιο φορέα» κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1, περίπτωση (δ) του Ν. 3389/2005 και αφετέρου «αρμόδια αρχή» κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2 περίπτωση β) του Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007 και άρα οι διατάξεις του τελευταίου, με τους όποιους θεμιτούς περιορισμούς τίθενται στο ειδικό καθεστώς που θεσπίζεται με αυτόν, έχουν πλήρη εφαρμογή στην επίδικη διαφορά. Ακολούθως, κάνοντας εκτενή αναφορά στα κριθέντα με την απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση C-292/15 (βλ. σκέψεις 10-12 της απόφασης του ΣτΕ), δέχθηκε ουσιαστικά με αναλογική εφαρμογή των περιορισμών που προβλέπονται για τη χρήση υπεργολάβου, όπως τις πραγματεύτηκε και η συγκεκριμένη απόφαση του ΔΕΕ, ότι είναι θεμιτός ο αποκλεισμός της προσφυγής στις ικανότητες τρίτου φορέα, για την πλήρωση κριτηρίου τεχνικής ικανότητας, αναγομένου στην προηγούμενη εμπειρία, δοθέντος ότι, εάν η στήριξη αυτή ήταν επιτρεπτή, το μέρος της σύμβασης που καλύπτεται από την εμπειρία των τρίτων, θα κατέληγε να εκτελεσθεί υποχρεωτικά από αυτούς, καταστρατηγώντας με τον τρόπο αυτό, ευθέως ή εκ πλαγίου, την απαγόρευση εκτέλεσης από άλλον φορέα πλην του ιδίου του αναδόχου, όπως πράγματι την επιθυμούσε ο αναθέτων φορέας και προβλεπόταν στο ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού.

⁸⁴² Απόφαση ΔΕΕ της 05.04.2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266. Βλ. σχετικά *Delphine Dero-Bugny, Alix Perrin*: Cour de justice, 5e ch., 5 avril 2017, « Borta » UAB c/ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, aff. C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, *Jurisprudence de la CJUE* 2017, Bruylant, Bruxelles. *Décisions et commentaires* 2018, σελ. 745-762, *Safia Cazet*, *Égalité de traitement et transparence*, Europe 2017 Avril n° 06, σελ. 26-27, *Michaela Salamun*, *Substituierbarkeit*“ der technischen Leistungsfähigkeit unter BIEGE-Mitgliedern und Änderungen der AU während des Vergabeverfahrens, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2019, σελ. 29-32 και *Klemen Pohar*, *Omejitev možnosti sodelovanja med gospodarskimi subjekti v postopku javnega naročanja*, *Pravna praksa*, 2017 n° 20-21, σελ. 35.

για την εξακρίβωση του κατά πόσον πληρούνται οι απαιτήσεις που προβλέπονται από έτερους όρους της διακήρυξης.

Ειδικότερα, στην επίμαχη περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είχε προσφύγει κατά όρου της διακήρυξης, θεωρώντας ότι ήταν παράνομος, με το εθνικό δικαστήριο να διερωτάται ακολούθως στο ερώτημα που αφορούσε τον περιορισμό της υπεργολαβίας⁸⁴³, κατά πόσο η διάταξη του λιθουανικού δικαίου που αναφέρεται στον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, εγείρει ζήτημα συμβατότητάς της με τα αντίστοιχα άρθρα της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ⁸⁴⁴. Αποφαινόμενο το ΔΕΕ επί του τεθέντος ερωτήματος του εθνικού δικαστηρίου και κατόπιν ανάλογων σταθμίσεων, δεν βρήκε έρεισμα που να δικαιολογεί την ερμηνεία των διατάξεων της εν λόγω οδηγίας, προκειμένου να δοθεί απάντηση σε αυτό⁸⁴⁵. Εντούτοις, με βάση την εκτενή ανάλυση που παρατίθεται στις σκέψεις 43 έως και 49, κατέληξε τελικά ότι η επίμαχη λιθουανική διάταξη πράγματι εγείρει ζητήματα αντίθεσής της με τις θεμελιώδεις ελευθερίες της εγκατάστασης και της παροχής υπηρεσιών και συνιστά περιορισμό τους, οπότε και δεδομένου του διασυννοριακού ενδιαφέροντος του διαγωνισμού, το προδικαστικό ερώτημα θα πρέπει να αξιολογηθεί υπό αυτό το πρίσμα.

Συνεπεία των ανωτέρω εξαχθέντων συμπερασμάτων, το ΔΕΕ, προκειμένου να κρίνει τη συμβατότητα με το ενωσιακό δίκαιο των περιορισμών στην υπεργολαβία, όπως ορίζονταν στις διατάξεις της διακήρυξης της διαφοράς της κύριας δίκης, προέβη σε σταθμίσεις και αξιολογήσεις, βάσει της αρχής της αναλογικότητας, ενόψει και παλαιότερης νομολογίας του⁸⁴⁶ και κατέληξε να δώσει την ακόλουθη απάντηση. Σε

⁸⁴³ Το πρώτο ερώτημα όπως διατυπώθηκε από το εθνικό δικαστήριο σε σχέση με την υπεργολαβία, ανέφερε τα εξής: «1) Πρέπει οι διατάξεις των άρθρων 37, 38, 53 και 54 της οδηγίας 2004/17, σε συνδυασμό μεταξύ τους ή χωριστά (αλλά χωρίς περιορισμό στις εν λόγω διατάξεις), να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι:

α) αντιτίθενται σε 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;

β) απαγορεύουν να προβλέπεται στα έγγραφα του διαγωνισμού σύστημα που επιτρέπει την ομαδοποίηση των επαγγελματικών ικανοτήτων των προμηθευτών, όπως αυτές ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή στην επίμαχη [συγγραφή υποχρεώσεων], το οποίο απαιτεί το μέρος που αντιπροσωπεύει τις επαγγελματικές ικανότητες του οικείου οικονομικού φορέα (συμβλλόμενου στη σύμβαση περί συστάσεως κοινοπραξίας μέρους]) να αντιστοιχεί στο μέρος του συγκεκριμένου έργου που αυτός πράγματι θα εκτελέσει στο πλαίσιο της δημόσιας συμβάσεως;».

⁸⁴⁴ Αναφέρεται απλώς ότι και στην προκειμένη περίπτωση δεν λήφθηκαν υπόψη οι διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (σκέψη 29 της απόφασης), όπως προτάθηκε από τη λιθουανική κυβέρνηση. Αξίζει επίσης να σημειωθεί ότι προκαταρκτικά το Δικαστήριο αντιμετώπισε μεταξύ άλλων και προβληθέντες ισχυρισμούς εκ μέρους των διαδίκων που αφορούσαν εν γένει το κατά πόσο είναι εφαρμοστέα η Οδηγία 2004/17/ΕΚ, λόγω του ότι η διαφορά της κύριας δίκης υπολειπόταν των κατώτατων ορίων που έθετε αυτή για την εφαρμογή της και άρα η απάντηση στα υποβληθέντα ερωτήματα θα έπρεπε να δοθεί με αναδρομή στους γενικούς κανόνες και τις γενικές αρχές της Συνθήκης ΛΕΕ (σκέψεις 25-37).

⁸⁴⁵ Σκέψεις 39-42 της απόφασης.

⁸⁴⁶ Ειδικά, Αποφάσεις ΔΕΕ της 18.03.2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner*, ECLI:EU:C:2004:159 (σκέψη 45) και της 14.07.2016, C-406/14, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, ECLI:EU:C:2016:562 (σκέψη 34). Για το ότι ένας τέτοιος περιορισμός μπορεί να δικαιολογείται, στο μέτρο, κατά το οποίο επιδιώκει θεμιτό σκοπό γενικού συμφέροντος και εφόσον συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας, ήτοι κρίνεται κατάλληλος για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού βλ. ειδικότερα Αποφάσεις ΔΕΕ της 27.10.2005, C-234/03, *Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA*, ECLI:EU:C:2005:644 (σκέψη 25) και της 10.07.2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori*

περίπτωση δημόσιας σύμβασης που δεν εμπίπτει μεν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ, αλλά αναμφισβήτητα παρουσιάζει βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον, τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ πρέπει να ερμηνευθούν ως αντιβαίνοντα σε διάταξη εθνικής νομοθεσίας κράτους μέλους, όπως η επίμαχη του λιθουανικού δικαίου, η οποία προβλέπει υποχρέωση του αναδόχου να εκτελέσει τις χαρακτηρισμένες από το κείμενο της διακήρυξης εργασίες ως «κύριες», αποκλείοντας συλλήβδην και άνευ άλλων αξιολογήσεων, το ενδεχόμενο αυτές να ανατεθούν περαιτέρω σε υπεργολάβους⁸⁴⁷.

Μάλιστα, το Δικαστήριο υποστήριξε ότι ένας τέτοιος ολοκληρωτικός αποκλεισμός του δικαιώματος υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της σύμβασης από τον ανάδοχο, απαγορεύει τη χρήση υπεργολαβίας και όσον αφορά εργασίες, για τις οποίες η αναθέτουσα αρχή θα ήταν σε θέση, εφαρμόζοντας ηπιότερα και λυσιτελέστερα μέτρα, να επαληθεύσει τις ικανότητες των δηλωθέντων υπεργολάβων και θα εκτιμούσε, κατόπιν της επαλήθευσης αυτής, ότι μια τέτοια απαγόρευση δεν είναι αναγκαία για την ορθή εκτέλεση των συγκεκριμένων εργασιών, ιδίως λαμβανομένης υπόψη της φύσης των καθηκόντων που ο προσφέρων προτίθεται να αναθέσει στους υπεργολάβους του⁸⁴⁸. Παρά το γεγονός ότι αναγνώρισε το αναφαίρετο δικαίωμα των αναθετουσών αρχών να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα, προκειμένου να διασφαλίσουν ότι η εκάστοτε σύμβαση θα εκτελεστεί κατά τρόπο αποτελεσματικό και ορθό και φυσικά ότι τέτοια περίπτωση συνιστά και η θέση περιορισμών στην υπεργολαβική ανάθεση τμήματος της σύμβασης, το ΔΕΕ απεφάνθη ότι ο απόλυτος περιορισμός της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και της ελευθερίας εγκατάστασης, όπως μπορεί να προβλέπεται από διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας κράτους μέλους και μετουσιώνεται σε πλήρη απαγόρευση υπεργολαβικής ανάθεσης⁸⁴⁹, δεν φαίνεται να τελεί σε εύλογη αναλογία με έναν τέτοιο επιδιωκόμενο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, σκοπό⁸⁵⁰.

Μια τελευταία αναφορά, όσον αφορά τα πορίσματα του Δικαστηρίου στην αναλυθείσα υπόθεση, σχετίζεται με την παραδοχή που γίνεται στη σκέψη 59 της απόφασης. Εκεί, σχολιάζοντας προβληθέντα ισχυρισμό ότι ένας συλλήβδην αποκλεισμός του δικαιώματος υπεργολαβίας, δύναται να ερμηνευθεί ως ενθάρρυνση των ΜΜΕ να συμμετάσχουν σε μια δημόσια διαγωνιστική διαδικασία, προκρίνοντας

Publici, ECLI:EU:C:2014:2063 (σκέψη 31 και εκεί περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία), ενώ όσον αφορά την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας ως γενικής αρχής του δικαίου της Ε.Ε., στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ ή της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 22.10.2015, C-425/14, *Impresa Edilux Srl, ως εκπρόσωπος της κοινοπραξίας, Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)*, ECLI:EU:C:2015:721 (σκέψη 29).

⁸⁴⁷ Βλ. σχετικά και *Youri Musschebroeck, Flore Verhoeven*, Public Procurement Subcontracting: requiring contractor to execute main part of contract is, in principle, unlawful, 27.04.2017, διαθέσιμο σε https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/04/public-procurement-subcontracting-requiring-contractor-to-execute-main-part-of-contract-is-in-principle-unlawful?cc_lang=en.

⁸⁴⁸ Έτσι και στο σημείο 51 των Προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως *Elanor Sharpston*, της 1^{ης} Δεκεμβρίου 2016, ECLI:EU:C:2016:921, όπως το σημείο αυτό υιοθετήθηκε αυτούσιο και έγινε ρητή μνεία του στη σκέψη 57 της απόφασης.

⁸⁴⁹ Υπερβολικά «άκαμπτη και αόριστη» για να θεωρηθεί ότι πληροί το κριτήριο της αναλογικότητας χαρακτηρίζει την υπό κρίση ρύθμιση του λιθουανικού δικαίου η Γενική Εισαγγελέως στο σημείο 52 των Προτάσεών της.

⁸⁵⁰ Για όλες τις εκτεθείσες εκτιμήσεις του Δικαστηρίου, βλ. αναλυτικά σκέψεις 51-60 της απόφασης.

την επιλογή να καταθέσουν προσφορά υπό την ιδιότητα των συμπραττόντων (ένωση ή κοινοπραξία) και όχι υπό την ιδιότητα των υπεργολάβων, το ΔΕΕ πράγματι δεν απέκλεισε το ενδεχόμενο μια τέτοια επιδίωξη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, σε ορισμένες περιπτώσεις και υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, να συνιστά θεμιτό σκοπό⁸⁵¹.

- f. Η ασυμβατότητα με το ενωσιακό δίκαιο της πρόβλεψης ενός γενικού κανόνα που περιορίζει το ύψος του ποσοστού υπεργολαβικής ανάθεσης σε τρίτη οντότητα στο 30%.

Επίσης απερίφραστη και ξεκάθαρη νομολογιακή θέση πήρε το ΔΕΕ στην υπόθεση C-63/18⁸⁵², σχετικά με τη συμβατότητα εθνικής ρύθμισης που περιορίζει το δικαίωμα υπεργολαβικής ανάθεσης σε τρίτη οντότητα σε ποσοστό 30% επί του συνολικού ποσού της διεκδικούμενης δημόσιας σύμβασης⁸⁵³. Ειδικότερα, η απόφαση αυτή είχε το χαρακτηριστικό ότι ήταν η πρώτη που έκρινε τη νομιμότητα επιβαλλόμενων περιορισμών ως προς τη δυνατότητα εργολάβου να εκτελέσει ένα τμήμα της σύμβασης που του ανατέθηκε, μέσω υπεργολάβων, εντός του ρυθμιστικού πεδίου του εκτενέστατου και αναλυτικότερου άρθρου 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Το ΔΕΕ εν προκειμένω, αφού σημείωσε εισαγωγικά ότι, δεδομένης της υπέρβασης του κατώτατου ορίου που καθόριζε η οδηγία για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, πράγματι τίθετο ζήτημα ερμηνείας της τελευταίας και άρα η απάντηση στο μοναδικό προδικαστικό ερώτημα⁸⁵⁴ θα έπρεπε να δοθεί με βάση τις προβλέψεις της οδηγίας, είχε

⁸⁵¹ Βλ. κατ' αναλογία, Απόφαση ΔΕΕ της 25.10.2007, C-464/05, *Maria Geurts, Dennis Vogten*, ECLI:EU:C:2007:631 (σκέψη 26).

⁸⁵² Απόφαση ΔΕΕ της 26.09.2019, C-63/18, *Vitali SpA*, ECLI:EU:C:2019:718. Βλ. σχετικά *Michele Cozzio, Edoardo Tozzo*, *Subcontracting Limitation as Expressed by Italian Legislation of Public Contracts Does Not Comply with European Law: Judgment of the Court of Justice of the European Union (Fifth Chamber) of 26 September 2019 in Case 63/18 Vitali SpA v Autostrade per l'Italia SpA*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2020 n° 2, σελ. 176-180 και *Hannes Pesendorfer, Jacqueline Guger*, *Beschränkung der Weitergabe des Auftrags an Subunternehmer*, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2019, σελ. 474-479.

⁸⁵³ Κατ' αυτή την έννοια, η χώρα μας βρισκόταν για αρκετά χρόνια υπόλογος και σε διαρκή κατάσταση παραβίασης του ενωσιακού δικαίου, καθώς η διάταξη του άρθρου 68 παρ. 1 του καταργηθέντος Ν. 3669/2008 προέβλεπε απερίφραστα ότι ο ανάδοχος το έργο έπρεπε να διατηρεί τουλάχιστον ποσοστό ανερχόμενο σε 70% της αξίας της σύμβασης, καθώς και ότι σε δημόσιες συμβάσεις έργων που υπερέβαιναν τα τότε ισχύοντα όρια της σχετικής οδηγίας (2004/18/ΕΚ), η αναθέτουσα αρχή εδύνατο να υποχρεώσει τους αναδόχους-εργολάβους να αναθέσουν σε τρίτους υπεργολάβους συμβάσεις που αντιπροσώπευαν κατά μέγιστο όριο το 30% της συνολικής αξίας των έργων που αποτελούσαν το αντικείμενο της σύμβασης. Έτσι και ΕΑ ΣτΕ 446/2014 σκέψη 9. Βλ. σχετικά *Χ. Μηκίδης*, *Συμβάσεις Δημοσίων Έργων*, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009, σελ. 442, *του ιδίου*, *Η σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου μετά τις πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν. 4070/2012*, σελ. 177-178, αλλά και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 3709/03.09.2015, Κατευθυντήρια Οδηγία 10 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 139/2015, με θέμα: «*Θέματα που ανακύπτουν κατά τη χρήση της υπεργολαβίας και όροι εφαρμογής της*», σελ. 6-10 και *Ε. Κουλουμπίνη*, *ό.π.*, σελ. 15. Παρολαυτά, η ίδια ως άνω ρύθμιση, περί υποχρέωσης του αναδόχου της σύμβασης να διατηρεί ποσοστό εκτέλεσης αυτής, ανερχόμενο μέχρι και το 70% της συνολικής αξίας αυτής, παρέμεινε και στην παρ. 1 του άρθρου 165 του Ν. 4412/2016 και τροποποιήθηκε, λαμβάνοντας τη σημερινή και ισχύουσα μορφή της, μόλις το 2021, με το άρθρο 81 του Ν. 4782/2021.

⁸⁵⁴ Όπως διατυπώθηκε στη σκέψη 19 της απόφασης ως εξής: «*Αντιβαίνει στις κατά τα άρθρα 49 και 56 [ΣΛΕΕ], αρχές της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, στο άρθρο 71 της οδηγίας [2014/24], το οποίο δεν προβλέπει ποσοτικούς περιορισμούς για τις υπεργολαβίες, και στην κατά*

την ευκαιρία να κάνει μία ανακεφαλαίωση των κριθέντων σε σχετικές προηγούμενες αποφάσεις του, αναφορικά με τους νόμιμους και μη περιορισμούς κατά την άσκηση του δικαιώματος του αναδόχου δημόσιας σύμβασης να αναθέσει υπεργολαβικά κάποιο τμήμα αυτής, σε έτερο, ξένο προς αυτόν, φορέα⁸⁵⁵.

Παρά το γεγονός ότι το ΔΕΕ δεν απέφυγε και στην κρινόμενη υπόθεση τις αναφορές στο άρθρο 63 και τη ρυθμιζόμενη από αυτό περίπτωση της δάνειας εμπειρίας, εντούτοις, έκανε ξεκάθαρη αναφορά στο άρθρο 71 αυτής και επισήμανε παράλληλα ότι αυτό αφορά ειδικά την υπεργολαβία, προβαίνοντας κατά την εκτίμηση του γράφοντος σε έναν σαφή διαχωρισμό των δύο θεσμών έμμεσης συμμετοχικής παρουσίας σε διεξαγόμενο δημόσιο διαγωνισμό⁸⁵⁶. Επιπρόσθετα, έκανε ρητή διάζευξη μεταξύ του άρθρου 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 25 της καταργηθείσας Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αναγνωρίζοντας ωστόσο ότι το πρώτο, καίτοι κατά βάση επαναλαμβάνει το περιεχόμενο του δεύτερου, είναι πέραν πάσης αμφιβολίας δεδομένο ότι θεσπίζει πρόσθετους κανόνες στον θεσμό της «υπεργολαβίας»⁸⁵⁷. Έτι περαιτέρω δε, προέβη στην παραδοχή ότι, ασχέτως της εισαγωγής πρόσθετων όρων και προϋποθέσεων, μέσω της θέσπισης συγκεκριμένων κανόνων που οριοθετούν και προσδιορίζουν τις καταστάσεις, εντός των οποίων ο προσφέρων μπορεί να κάνει χρήση της υπεργολαβικής συνδρομής ενός τρίτου φορέα, δεν μπορεί να συναχθεί σχετική βούληση του ενωσιακού νομοθέτη να παράσχει στα κράτη μέλη τη δυνατότητα να περιορίζουν τη χρήση αυτή σε τμήμα της σύμβασης καθοριζόμενο με τρόπο αφηρημένο υπό τη μορφή ποσοστού αυτής, όπως διαπιστώθηκε από το Δικαστήριο ότι συμβαίνει στην περίπτωση του ορίου που επιβάλλει η επίμαχη στην κύρια δίκη ρύθμιση⁸⁵⁸.

Καταληκτικά, το ΔΕΕ αντικρούοντας τα υποστηριζόμενα από την ιταλική κυβέρνηση στις σκέψεις 31 έως και 40 της απόφασης, δεν είχε κανέναν ενδοιασμό να κρίνει ασύμβατο με το ενωσιακό δίκαιο, εθνικό κανόνα δικαίου, ο οποίος περιορίζει στο όριο του 30% το τμήμα της σύμβασης που ο προσφέρων δικαιούται να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους⁸⁵⁹. Ειδικότερα, θεωρήθηκε ασύμβατη μια τέτοια εθνική ρύθμιση, εφόσον απαγορεύει γενικά και αφηρημένα τη χρήση υπεργολαβίας που υπερβαίνει ένα σταθερό ποσοστό της οικείας δημόσιας σύμβασης, οπότε η απαγόρευση αυτή εφαρμόζεται όλως αόριστα και ανεξαρτήτως του οικονομικού τομέα επιχειρηματικής δράσης που αφορά το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, της

το δίκαιο της Ένωσης αρχή της αναλογικότητας η εφαρμογή εθνικής ρυθμίσεως στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, όπως η ιταλική ρύθμιση που περιλαμβάνεται στο άρθρο 105, παράγραφος 2, τρίτη περίοδος, του [νομοθετικού διατάγματος 50/2016], κατά την οποία η υπεργολαβία δεν μπορεί να υπερβεί το 30% του συνολικού ποσού της συμβάσεως έργου, υπηρεσιών ή προμηθειών.»

⁸⁵⁵ Βλ. αναλυτικά σκέψεις 23-44 της απόφασης.

⁸⁵⁶ Σκέψεις 24 και 25 της απόφασης.

⁸⁵⁷ Έτσι και *Albert Sanchez Graells*, ECJ clarifies coordination between transport and general procurement rules, but will this help in future? (C-292/15), 29 October 2016, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2016/10/29/ecj-leaves-rather-messy-set-of-rules-for-the-award-of-public-transport-concessions-c-29215>.

⁸⁵⁸ Πρβλ. σχετικά και *Antonio Macolino*, Il subappalto nei contratti pubblici dopo il D.L. n. 77/2021, Interpretazione dei principi giuridici eurounitari nell'attuazione delle nuove norme, 10.01.2022, διαθέσιμο σε <https://www.altalex.com/documents/news/2022/01/10/il-subappalto-nei-contratti-pubblici-dopo-il-dl-77-2021>.

⁸⁵⁹ Βλ. και *Laura Pergolizzi*, ό.π.

φύση των απαιτούμενων εργασιών ή ακόμα και της ταυτότητας των προτεινόμενων υπεργολάβων. Εξάλλου, η επιβολή μιας τέτοιας γενικής απαγόρευσης στη χρήση υπεργολάβων δεν καταλείπει κανένα περιθώριο για κατά περίπτωση εκτίμηση και αξιολόγηση επιμέρους παραμέτρων μιας ενδεχόμενης υπεργολαβικής ανάθεσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, στερώντας αδικαιολόγητα, πρωτίστως την ίδια, από ηπιότερες και περισσότερο τελέσφορες λύσεις⁸⁶⁰.

- g. Η αυτοτέλεια της συνδρομής λόγων αποκλεισμού ως προς δηλωθέντες υπεργολάβους συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και η ανάγκη για απόλυτα εξειδικευμένη κρίση της αναθέτουσας αρχής εκάστης διαγωνιστικής διαδικασίας ως προς σταθμίσεις σοβαρής και επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας εκ μέρους του, μέσω της εκτίμησης και των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων.

Συναφώς, μία ακόμα πτυχή του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τον θεσμό της «υπεργολαβίας» αποσαφηνίστηκε με την επίσης ενδιαφέρουσα απόφαση του ΔΕΕ, στην υπόθεση C-267/18⁸⁶¹. Στην προκειμένη περίπτωση, η υπεργολαβική ανάθεση μέρους μιας δημόσιας σύμβασης συνδέθηκε με τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, όπως είχαν προκύψει σε βάρος διαγωνιζόμενου από συμμετοχή του σε προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία. Συγκεκριμένα, τέθηκε το ερώτημα από το αιτούν δικαστήριο της κύριας δίκης, κατά πόσο η καταγγελία συναφθείσας δημόσιας σύμβασης σε βάρος ενός οικονομικού φορέα, λόγω του ότι αυτός χρησιμοποίησε για την υλοποίηση του αντικειμένου της, υπεργολάβο που δεν είχε δηλώσει εξ αρχής ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, συνιστά σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια εκ μέρους του, όπως ορίζεται στο άρθρο 57 παρ. 4, περίπτωση ζ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά την εκτέλεση ουσιώδους υποχρέωσης που προβλεπόταν σε προηγούμενη δημόσια σύμβαση. Έτσι, το αιτούν δικαστήριο κατέληγε να αναρωτηθεί αν η παράλειψη δήλωσης αυτού του γεγονότος, μέσω του Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε σε επόμενη διαγωνιστική διαδικασία, στην οποία έλαβε μέρος, μπορούσε πράγματι να έχει ως αποτέλεσμα τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή του στον δεύτερο αυτόν διαγωνισμό⁸⁶².

Ειδικότερα, όπως προκύπτει από το ιστορικό της υπόθεσης της κύριας δίκης, η προσωρινή κοινοπραξία, με επικεφαλής της εταιρεία «Delta» είχε συνάψει σύμβαση κατασκευαστικών εργασιών με τον Δήμο *Râmnicu Vâlcea* για την ανακαίνιση και τον εκσυγχρονισμό ενός συγκροτήματος εγκαταστάσεων αναψυχής. Η σύμβαση αυτή καταγγέλθηκε από την αναθέτουσα αρχή, λόγω του ότι η εργολάβος σύμπραξη ανέθεσε

⁸⁶⁰ Τις σκέψεις αυτές υιοθέτησε το ΔΕΕ κατ' αναλογία προς την αιτιολογία που ακολούθησε στην Απόφαση ΔΕΕ της 05.04.2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266 (σκέψεις 54 και 55).

⁸⁶¹ Απόφαση ΔΕΕ της 03.10.2019, C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA*, ECLI:EU:C:2019:826. Βλ. σχετικά *Vincent Bassani*, *Marchés publics. Exclusion du soumissionnaire*, Europe 2019 Décembre Comm. n° 12, σελ. 27-28.

⁸⁶² Στη σκέψη 23 το προδικαστικό ερώτημα όπως διατυπώθηκε από το εθνικό ρουμανικό δικαστήριο: «Έχει το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας [2014/24] την έννοια ότι η καταγγελία δημόσιας συμβάσεως, λόγω της υπεργολαβίας τμήματος των εργασιών άνευ εγκρίσεως της αναθέτουσας αρχής, συνιστά σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους υποχρέωσης που προβλεπόταν σε προηγούμενη δημόσια σύμβαση, η οποία είχε ως αποτέλεσμα τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή του σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως;».

σε υπεργολάβο την εκτέλεση μέρους των επίμαχων εργασιών, χωρίς προηγουμένως να λάβει την έγκριση του αντισυμβαλλόμενου Δήμου. Σε επόμενη διαγωνιστική διαδικασία με αναθέτουσα αρχή την *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA* (εφεξής «CNAIR») όπου συμμετείχε εκ νέου με τη μορφή προσωρινής σύμπραξης, συμμετοχικό μόρφωμα, του οποίου επίσης ήταν μέλος η εταιρεία *Delta*⁸⁶³ διαπιστώθηκε ότι στο Ε.Ε.Ε.Σ. που προσκόμισε η εν λόγω κοινοπραξία, δεν είχε δηλώσει τη σε βάρος της καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, όπως πρόκυπτε από σχετικό διαπιστωτικό έγγραφο που είχε αναρτηθεί από τον καταγγέλλοντα Δήμο στην εθνική διαδικτυακή πλατφόρμα «*Ηλεκτρονικό σύστημα δημοσίων συμβάσεων*» (*système électronique des marchés publics*, εφεξής «SEMP»).

Στις σχετικές διευκρινίσεις που ζητήθηκαν από τη συμμετέχουσα κοινοπραξία (και τον Δήμο), η *Delta* υποστήριξε ότι είχε αμφισβητήσει τη νομιμότητα του περιεχομένου του διαπιστωτικού εγγράφου, ασκώντας μάλιστα δύο σχετικές προσφυγές⁸⁶⁴ και σε κάθε περίπτωση, εξαιτίας της διαρκούς εκκρεμοδικίας, δεν ήταν υποχρεωμένη σε δήλωση των ανωτέρω περιστατικών, εφόσον δεν υφίστατο ως προς αυτήν λόγος αποκλεισμού, αναγόμενος σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ή κατάσταση που να οδήγησε σε πρόωρη καταγγελία προγενέστερης δημόσιας σύμβασης, στην καταβολή αποζημίωσης ή στην επιβολή άλλης, ανάλογης κύρωσης σχετικής με τη πρώτη σύμβαση. Εντούτοις, η *CNAIR* δεν έκρινε επαρκείς τις εξηγήσεις που δόθηκαν, απέρριψε την προσφορά της κοινοπραξίας και έτσι, η διαφορά οδηγήθηκε αρχικά ενώπιον του ρουμανικού Εθνικού Συμβουλίου Επίλυσης Διαφορών (*Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor*, εφεξής «CNSC»). Το τελευταίο απέρριψε την ασκηθείσα ενώπιόν του ένσταση και έτσι, η *Delta* αφού δεν δικαιώθηκε, προσέφυγε εκ νέου, στο εθνικό εφετείο του Βουκουρεστίου (*Curtea de Apel București*) με σκοπό την ακύρωση της απόφασης του *CNSC*⁸⁶⁵. Το εφετείο με τη σειρά του διαπίστωσε ότι δεν είχε ακόμη την ευκαιρία να ερμηνεύσει την επίμαχη διάταξη περί λόγων αποκλεισμού της οδηγίας και αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο προδικαστικό ερώτημα επ' αυτού.

Το ΔΕΕ έκρινε σκόπιμο να προβεί σε κάποιες προκαταρκτικές παρατηρήσεις, διευκρινίζοντας συγκεκριμένες παραμέτρους του επίμαχου λόγου αποκλεισμού, υπό το πρίσμα προηγούμενης νομολογίας του⁸⁶⁶, επισημαίνοντας ότι με τον υπό κρίση λόγο αποκλεισμού επιδιώκεται ειδικώς να παρασχεθεί στην εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, η δυνατότητα να αξιολογήσει την ακεραιότητα και την αξιοπιστία καθενός από τους διαγωνιζομένους. Επιπλέον, σκοπείται η δημιουργία μιας σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ αναθέτουσας αρχής και αναδόχου, για την εμπέδωση της οποίας προϋποτίθεται ότι εκάστη αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση που διεξήγαγε στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας σύμβασης άλλη αναθέτουσα αρχή,

⁸⁶³ Από το πραγματικό της υπόθεσης ωστόσο, δεν προκύπτει αν η σύνθεση των συμμετεχόντων στην κοινοπραξία μελών ήταν η ίδια με εκείνη που είχε συνάψει την καταγγελλθείσα σύμβαση, αλλά μόνο ότι κοινός εκπρόσωπος και στις δύο περιπτώσεις ήταν η ίδια εταιρεία.

⁸⁶⁴ Τόσο κατά της απόφασης καταγγελίας της σύμβασης όσο και κατά του ίδιου του διαπιστωτικού εγγράφου, προβάλλοντας αιτιάσεις ως προς την ορθότητα της πραγματικότητας που αυτό αποτύπωνε.

⁸⁶⁵ Για το λεπτομερές ιστορικό της υπόθεσης της κύριας δίκης βλ. σκέψεις 9-22.

⁸⁶⁶ Και ειδικά της Απόφασης ΔΕΕ της 19.06.2019, C-41/18, *Meca Srl*, ECLI:EU:C:2019:507 (σκέψεις 29-30, 32 και 34). Βλ. σκέψεις 25-32 της πραγματευόμενης απόφασης.

λαμβάνοντας υπόψη ότι, μεταξύ άλλων, είναι κομβικής σημασίας για την ίδια την αξιολογούσα αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να αποδώσει ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας κατά το χρονικό σημείο της εφαρμογής των λόγων προαιρετικού αποκλεισμού, εντός του χωροχρονικού πλαισίου διεξαγωγής του διαγωνισμού που έχει προκηρύξει η ίδια.

Υπό την έννοια αυτή, δεν είναι νοητό μία αναθέτουσα αρχή να μπορεί αυτομάτως να συναγάγει από την απόφαση που έλαβε στο παρελθόν άλλη αναθέτουσα αρχή για καταγγελία προγενέστερης δημόσιας σύμβασης, οφειλόμενης σε ανάθεση εκ μέρους του αναδόχου σε υπεργολάβο τμήματος των εργασιών, χωρίς την προηγούμενη έγκρισή της, ότι ο εν λόγω ανάδοχος, όπως λαμβάνει μέρος σε νέα διαδικασία ανάθεσης έτερης σύμβασης, με την παράλειψη δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ. του, της ως άνω καταγγελίας, πράγματι διέπραξε σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, με την έννοια του άρθρου 57 παρ. 4, περίπτωση ζ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά την εκτέλεση ουσιώδους υποχρέωσης που απορρέει από το κανονιστικό πλαίσιο της επιγενόμενης αυτής δημοπρατούμενης δημόσιας σύμβασης.

Αντιθέτως, η (χρονικά) δεύτερη αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει σε ιδιαίτερη αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα, για τον οποίον είχε αποφασιστεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας σύμβασης, στο πλαίσιο αυτοτελούς αξιολόγησης της συνδρομής ή μη λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του, εντός του διεξαγόμενου από αυτήν, προσυμβατικού σταδίου ανάθεσης της νέας σύμβασης. Προσέτι, η ίδια αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα, βάσει όλων των κρίσιμων στοιχείων, ιδίως της προηγούμενης απόφασης περί καταγγελίας και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι, κατά την άποψη που σχηματίζει αυτόνομα και σε χρόνο ενεστότα, υπεύθυνος για τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρέωσης, την οποία υπείχε στο πλαίσιο της νυν διεκδικούμενης από αυτόν σύμβασης, αποφαινόμενη περαιτέρω, κατά πόσο η εν λόγω πλημμέλεια είναι όντως ικανή να προκαλέσει τον κλονισμό της σχέσης εμπιστοσύνης της με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα⁸⁶⁷.

Περαιτέρω, αφού το ΔΕΕ στην εξεταζόμενη απόφασή του, υπενθύμισε ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διερευνήσει και το κατά πόσο η χρήση υπεργολάβου ενδέχεται να συνιστά ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς που υπέβαλε ο ανάδοχος, επιφέροντας ούτως σημαντική αλλοίωση των αρχικών όρων της διακήρυξης, με την εν τοις πράγμασι προσθήκη εκ των υστέρων, νέων προϋποθέσεων συμμετοχής, κατά την έννοια που αντιμετωπίστηκαν σχετικές περιπτώσεις στην υποθέσεις C-454/06 και C-91/08, κατέληξε ότι εναπόκειται στην *CNAIR*, ως αναθέτουσα αρχή του δεύτερου

⁸⁶⁷ Συναφώς, ο Γενικός Εισαγγελέας της υπόθεσης, *Manuel Campos Sánchez-Bordona*, στα σημεία 38 και επ. των Προτάσεών του, της 8^{ης} Μαΐου 2019, ECLI:EU:C:2019:393, επισημαίνει τις ουσιώδεις διαφοροποιήσεις που επέφερε στο νομοθετικό καθεστώς της υπεργολαβίας, σε σχέση με το παρελθόν και την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, η διάταξη του άρθρου 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, απαιτώντας σε πιο στέρεη πλέον νομική βάση, την εγκαθίδρυση διαφάνειας στην αλυσίδα της υπεργολαβικής ανάθεσης, επί τη βάση της οποίας θα διεξαχθούν από την αναθέτουσα αρχή όλες οι σχετικές αξιολογήσεις, σταθμίσεις και κατ' επέκταση οι τελικές κρίσεις για τη διαπίστωση ή όχι της συνδρομής ενός λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο ενός συμμετέχοντος οικονομικός φορέα, όπως ελέγχεται εντός ενός συγκεκριμένου πλαισίου μιας ορισμένης διαδικασίας για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης.

διαγωνισμού να διαγνώσει εάν η συμμετέχουσα κοινοπραξία, επέδειξε εν τέλει τη συμπεριφορά που διαλαμβάνεται στο άρθρο 57 παρ. 4, περίπτωση η) της οδηγίας.

Καταληκτικά, στην προκειμένη περίπτωση το ΔΕΕ έκρινε ότι, αφού διαπιστώθηκε επισήμως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής του δεύτερου διαγωνισμού η καταγγελία προηγούμενης εκτελούμενης σύμβασης σε βάρος της συμμετέχουσας κοινοπραξίας, εναπόκειται στην ίδια, βάσει των επιταγών της διαφάνειας και της καλής πίστης, να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή για την κατάστασή της. Συνεπώς, όφειλε η ίδια η κοινοπραξία, ως συμμετέχων οικονομικός φορέας, να μεριμνήσει και να παράσχει ευθύς εξ αρχής το σύνολο των πληροφοριών που θα μπορούσαν να αποδείξουν ότι ήταν εσφαλμένη η καταγγελία της πρώτης σύμβασης και ως εκ τούτου ότι δεν είχε παραβεί τις υποχρεώσεις που υπείχε στο πλαίσιο εκτέλεσής της ή ενδεχομένως ότι η έλλειψη προηγούμενης έγκρισης της υπεργολαβίας από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως συνιστούσε απλώς ήσσονος σημασίας παρατυπία και δεν θα μπορούσε να επιφέρει έννομες συνέπειες σε βάρος της, στο πλαίσιο αξιολόγησης της προσφοράς της στον δεύτερο διαγωνισμό. Η απόφαση του ΔΕΕ επίσης σχολίασε ότι οι διευκρινίσεις αυτές θα μπορούσαν ειδικότερα να περιληφθούν στο οικείο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε η υποβάλλουσα προσφορά κοινοπραξία⁸⁶⁸.

Ενόψει των ανωτέρω παραδοχών και διαπιστώσεων, το ΔΕΕ απεφάνθη καταληκτικά ότι, οσάκις μια αναθέτουσα αρχή, βάσει του ελέγχου που διεξάγει αυτοτελώς και με απόλυτους όρους⁸⁶⁹, εντός του πλαισίου διεξαγωγής μίας συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, κρίνει ότι πληρούνται στο πρόσωπο ενός συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, οι προϋποθέσεις του άρθρου 57 παρ. 4, περίπτωση ζ) ή η) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τότε οφείλει, σε συμμόρφωση με τα προβλεπόμενα στην παρ. 6 του ίδιου άρθρου και σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 102 της ίδιας οδηγίας, να παράσχει στον εν λόγω οικονομικό φορέα τη δυνατότητα να προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία, από τα οποία να προκύπτει ότι τα διορθωτικά μέτρα που έλαβε είναι επαρκή, ώστε να αποφευχθεί η επανάληψη της παρατυπίας, εξαιτίας της οποίας συντελέστηκε σε βάρος του η προγενέστερη καταγγελία εκτελούμενης από αυτόν δημόσιας σύμβασης. Συναφώς, τα επικαλούμενα μέσα επανόρθωσης του διαγωνιζόμενου θα πρέπει, κρινόμενα από άποψη προσφορότητας και λυσιτέλειας να μπορούν να τεκμηριώσουν επαρκώς την αξιοπιστία του, παρά τη συνδρομή συναφούς λόγου προαιρετικού αποκλεισμού.

Υπό τις συνθήκες αυτές, το Δικαστήριο κατέληξε να δώσει την εξής απάντηση στο υποβληθέν προδικαστικό ερώτημα. Οι επίμαχες ρυθμίσεις του άρθρου 57 της

⁸⁶⁸ Το Δικαστήριο στη σκέψη 36 της εξεταζόμενης απόφασης αναφέρεται στο «Μέρος III: Λόγοι αποκλεισμού», όπου υπό «Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» και ειδικότερα στο πεδίο που αναφέρεται ως «Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», όπου οι υποψήφιοι ανάδοχοι οφείλουν, μεταξύ άλλων, να απαντήσουν στο ερώτημα κατά πόσο πράγματι έχουν κριθεί ένοχοι σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, καλούνται να παράσχουν σχετικές διευκρινίσεις ή να δηλώσουν τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβαν προς άρση της σε βάρος τους, διαμορφωθείσας κατάστασης.

⁸⁶⁹ Όχι δηλαδή εν συγκρίσει με πιθανές διαπιστώσεις έτερης αναθέτουσας αρχής που προέκυψαν από προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία, στις οποίες δεν μπορεί να στηριχθεί για την εξαγωγή ασφαλών συμπερασμάτων ως προς τη συνδρομή των επίμαχων λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του ελεγχόμενου προσφέροντος.

οδηγίας έχουν την έννοια ότι η ανάθεση σε υπεργολάβο, από οικονομικό φορέα, μέρους των έργων που του ανατέθηκαν στο πλαίσιο εκτέλεσης προγενέστερης δημόσιας σύμβασης, χωρίς την έγκριση της αναθέτουσας αρχής, όπως μια τέτοια ενέργεια συνετέλεσε στην καταγγελία της σύμβασης αυτής, δύναται πράγματι να συνιστά σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, διαπιστωθείσα κατά την εκτέλεση ουσιώδους υποχρέωσης σχετικής με την ως άνω σύμβαση, δυνάμει των οριζομένων στο εν λόγω άρθρο. Προσέτι, είναι ενδεχόμενο να δικαιολογήσει τον αποκλεισμό του ίδιου οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή του σε διαδικασία σύναψης επιγενόμενης δημόσιας σύμβασης, εάν η αναθέτουσα αρχή που οργανώνει τη δεύτερη χρονικά διαγωνιστική διαδικασία, αφού προβεί σε ίδια αξιολόγηση όσον αφορά την ακεραιότητα και την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα, για τον οποίο είχε αποφασιστεί η καταγγελία της προγενέστερης δημόσιας σύμβασης, καταλήξει να αποφανθεί ότι μια τέτοια υπεργολαβία συνεπάγεται τον κλονισμό της σχέσης εμπιστοσύνης της με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Ωστόσο, πριν λάβει απόφαση για τον αποκλεισμό του προσφέροντος, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στη σκέψη 37 της απόφασης, να παράσχει σε αυτόν τη δυνατότητα να εκθέσει τα διορθωτικά μέτρα που έλαβε κατόπιν της καταγγελίας της προηγούμενης δημόσιας σύμβασης⁸⁷⁰.

- h. Συμβατότητα με το δίκαιο της Ε.Ε. περιορισμών του ανώτατου ορίου ανάθεσης σε υπεργολάβο ποσοστού της σύμβασης σε 30% και υποχρέωση του αναδόχου για διατήρηση τιμών μονάδος των παροχών που ανατέθηκαν σε υπεργολάβους, με μείωση όχι μεγαλύτερη το 20%.

Τέλος, αξίζει να αναφερθεί μία τελευταία απόφαση του ΔΕΕ, η οποία επίσης έκρινε επί της δυνατότητας επιβολής θεμιτών περιορισμών στο δικαίωμα υπεργολαβικής ανάθεσης μέχρι ποσοστού 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, όπως το ζήτημα αυτό αντιμετωπίστηκε εκ νέου στην υπόθεση C-402/18⁸⁷¹. Η εν λόγω απόφαση αξιολόγησε τη συμβατότητα της πρόβλεψης περιορισμών ως προς την άσκηση του δικαιώματος υπεργολαβίας, υπό το πρίσμα του νομοθετικού πλαισίου που

⁸⁷⁰ Ως προς το τελικό συμπέρασμα του Δικαστηρίου βλ. και σημεία 49-58 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα, με ιδιαίτερη μνεία στα σημεία 51 και 53, όπου αναφέρεται ότι, κατά την υποβολή των ψευδών δηλώσεων δεν είναι αναγκαία η ύπαρξη δόλου εκ μέρους του οικονομικού φορέα, αλλά αρκεί και η επίδειξη εκ μέρους του αρκετά βαριάς αμέλειας, ήτοι αμέλειας ικανής να έχει καθοριστική επιρροή στις αποφάσεις αποκλεισμού, επιλογής ή ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, όπως ερμηνεύτηκε στην υπόθεση C-387/14, ενώ περαιτέρω, σύμφωνα με την ερμηνεία που αποδόθηκε στις ερμηνευόμενες διατάξεις, με την Απόφαση ΔΕΕ της 20.12.2017, C-178/16, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, Guerrato SpA*, ECLI:EU:C:2017:1000, η σοβαρότητα της παράβασης σταθμίζεται και καταβάσκειται, ασχέτως της προσκόμισης ψευδών πληροφοριών ή απόκρυψης αυτών, καθώς είτε με ενεργητική συμπεριφορά του υποψηφίου αναδόχου είτε με εκ μέρους του παράλειψη πληροφόρησης της αναθέτουσας αρχής, το αποτέλεσμα είναι το ίδιο και επιφέρει τον αποκλεισμό του.

⁸⁷¹ Απόφαση ΔΕΕ της 27.11.2019, C-402/18, *Tedeschi Srl & Consorzio Stabile Istant Service*, ECLI:EU:C:2019:1023. Βλ. σχετικά *Adrian Brown*, The lawfulness of national rules limiting the percentage of a public contract which may be subcontracted to third parties and limiting the percentage by which the price of the subcontracted services may be reduced: *Tedeschi Srl* (C-402/18), *Public Procurement Law Review*, 2020 σελ. NA58-NA63 *Fabienne Peraldi-Leneuf*, *Marchés publics - Sous-traitance*, *Europe 2020 Janvier Comm. n° 1*, σελ. 15 και *Corina Jürschik*, *Vergaberecht: Vergabe eines Unterauftrags an Dritte und Preisabschläge*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2020, σελ. 63-69.

έθετε η Οδηγία 2004/18/ΕΚ⁸⁷², όχι μόνο αναφορικά με το ανώτατο όριο του 30% των ανατιθέμενων στον υπεργολάβο εργασιών, αλλά και σε ό,τι αφορά την υποχρέωση του αναδόχου δημόσιας σύμβασης να εφαρμόζει για τις παροχές, η εκπλήρωση των οποίων ανατέθηκε σε υπεργολάβους, τις ίδιες τιμές μονάδος που προέκυψαν από την ανάθεση της σύμβασης, με μείωση μη υπερβαίνουσα το 20%⁸⁷³.

Ως προς το πρώτο σκέλος του προδικαστικού ερωτήματος, το ΔΕΕ υιοθετώντας κατά βάση την ίδια αιτιολογική θεμελίωση που είχε ακολουθήσει και στις υποθέσεις C-298/15 και C-63/18⁸⁷⁴, και αντλώντας επιχειρήματα από τα κριθέντα σε προηγούμενες αποφάσεις του⁸⁷⁵, κατέληξε απερίφραστα να επαναλάβει την αντίθεση στους κανόνες του δικαίου της Ένωσης, εθνικής ρύθμισης, η οποία περιορίζει στο ανώτατο όριο του 30%, το τμήμα της σύμβασης που επιτρέπεται να αναθέσει ο ανάδοχος υπεργολαβικά σε τρίτους φορείς. Το δεύτερο σκέλος του προδικαστικού ερωτήματος πραγματευόταν ένα ζήτημα που απτόταν μεν της υπεργολαβίας, εντούτοις έθετε για πρώτη φορά στην κρίση του ΔΕΕ το ερώτημα της συμβατότητας εθνικού κανόνα δικαίου που περιορίζει τη δυνατότητα μείωσης των τιμών που εφαρμόζονται στις παροχές, των οποίων η εκπλήρωση έχει ανατεθεί σε υπεργολάβους, σε ποσοστό άνω του 20% σε σχέση με τις προκύπτουσες από την ανάθεση της σύμβασης τιμές. Μάλιστα, ο αμφισβητούμενος εθνικός κανόνας του ιταλικού δικαίου, είχε τεθεί με τη μορφή αναγκαστικού δικαίου, επιφέροντας σε περίπτωση μη συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα με αυτόν ως αυτόθροη συνέπεια, τον αποκλεισμό του⁸⁷⁶.

⁸⁷² Με εφαρμογή και εδώ της αρχής *ratione temporis* (σκέψεις 29-31 της απόφασης).

⁸⁷³ Για το ιστορικό της υπόθεσης βλ. σκέψεις 13-19 της απόφασης, ενώ τα (κατ' ουσίαν) δύο προδικαστικά ερωτήματα διατυπώθηκαν στη σκέψη 20 αυτής ως εξής: «Αντιβαίνει στις κατά τα άρθρα 49 και 56 [ΣΛΕΕ] αρχές της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, στο άρθρο 25 της οδηγίας [2004/18] και στο άρθρο 71 της οδηγίας [2014/24], τα οποία δεν προβλέπουν ποσοτικούς περιορισμούς όσον αφορά τις υπεργολαβίες και τη μείωση των τιμών που εφαρμόζεται στους υπεργολάβους, καθώς και στην κατά το δίκαιο της Ένωσης αρχή της αναλογικότητας, η εφαρμογή εθνικής ρυθμίσεως στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, όπως η ρύθμιση του ιταλικού δικαίου που περιλαμβάνεται στο άρθρο 118, παράγραφοι 2 και 4, του νομοθετικού διατάγματος [163/2006], σύμφωνα με την οποία η υπεργολαβία δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει το 30% της συνολικής αξίας της συμβάσεως και ο ανάδοχος οφείλει να εφαρμόζει, για τις παροχές η εκπλήρωση των οποίων ανατέθηκε σε υπεργολάβους, τις ίδιες τιμές μονάδος που προέκυψαν από την ανάθεση της συμβάσεως, με μείωση μη υπερβαίνουσα το 20%,».

⁸⁷⁴ Τη σκέψη 40 της οποίας εξάλλου και την εκεί μνημονευόμενη νομολογία, κατ' αναλογία επικαλέστηκε στη σκέψη 47 αυτής.

⁸⁷⁵ Κυρίως στις υποθέσεις C-406/14, C-94/12, αλλά και C-425/14 και στην Απόφαση ΔΕΕ της 23.12.2009, C-376/08, *Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl*, ECLI:EU:C:2009:808. Βλ. σκέψεις 33-51 της απόφασης.

⁸⁷⁶ Έχει ενδιαφέρον ότι η Επιτροπή υποστήριξε ότι ένας τέτοιος περιορισμός θα μπορούσε να θεωρηθεί συμβατός με την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών και την ελευθερία εγκατάστασης, εδράζοντας τον προβαλλόμενο ισχυρισμό της στην ερμηνεία των διαπιστώσεων του αιτούντος δικαστηρίου, κατά τις οποίες ο περιορισμός αυτός επιτρέπει την κατά περίπτωση εκτίμηση του αν η εφαρμογή του είναι πράγματι αναγκαία για την αποφυγή του κοινωνικού ντάμπινγκ, με το Δικαστήριο πάντως να υπενθυμίζει ότι το ίδιο οφείλει να λαμβάνει υπόψη, στο πλαίσιο της κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ των δικαστηρίων της Ένωσης και των εθνικών δικαστηρίων, το πραγματικό και νομοθετικό πλαίσιο στο οποίο εντάσσονται τα προδικαστικά ερωτήματα, όπως ακριβώς το πλαίσιο αυτό ορίζεται με την απόφαση περί παραπομπής. Ως εκ τούτου, ανεξαρτήτως του τρόπου κατά τον οποίο η Επιτροπή έχει κατανοήσει το εθνικό δίκαιο, το Δικαστήριο εκτίμησε ότι η εξέταση των τεθέντων προδικαστικών ερωτημάτων έπρεπε να γίνει υπό το πρίσμα της ερμηνείας του δικαίου αυτού, στην οποία προβαίνει το αιτούν δικαστήριο [βλ. κατ' αναλογία, Απόφαση ΔΕΕ της 29.10.2009, C-63/08, *Virginie Pontin*, ECLI:EU:C:2009:666 (σκέψη 38 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία)].

Εν προκειμένω, το ΔΕΕ αντιστρέφοντας ελαφρώς τη συνήθη συλλογιστική του πορεία, στις σκέψεις 59 και 60, εκκίνησε από το καταληκτικό συμπέρασμα και εν συνεχεία προέβη σε αναλυτική τεκμηρίωση αυτού⁸⁷⁷, αποφαινόμενο εξ αρχής ότι ο επίμαχος περιορισμός του 20% δύναται να καταστήσει λιγότερο ελκυστική τη δυνατότητα ανάθεσης υπεργολαβιών για την εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, όπως παρέχεται στους οικονομικούς φορείς από την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, δεδομένου ότι η εν λόγω ρύθμιση περιορίζει το ενδεχόμενο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, από την άποψη του κόστους που συνιστούν οι απασχολούμενοι εργαζόμενοι, στο πλαίσιο ανάθεσης υπεργολαβίας για τις επιχειρήσεις που επιθυμούν να αξιοποιήσουν τη σχετική δυνατότητα⁸⁷⁸. Ένα τέτοιου είδους αποτρεπτικό αποτέλεσμα όμως, αντιβαίνει κατά το ΔΕΕ προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, όπως είχε υπομνησθεί και στη σκέψη 39 της εξεταζόμενης απόφασης και ειδικότερα, στον σκοπό της πρόσβασης των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις, τον οποίον επιδιώκουν οι σχετικές οδηγίες. Υπό την έννοια αυτή, κανείς από τους σκοπούς, των οποίων έγινε επίκληση ενώπιον του Δικαστηρίου στο πλαίσιο της συγκεκριμένης υπόθεσης δεν είναι ικανός να δικαιολογήσει έναν περιορισμό της ανάθεσης υπεργολαβιών, όπως είναι ο υπό κρίση περιορισμός του 20%.

Έτσι, το Δικαστήριο κατέληξε ως προς την απάντηση που έπρεπε να δοθεί στο δεύτερο σκέλος του προδικαστικού ερωτήματος ότι πράγματι κρίνεται ασύμβατη με το δίκαιο της Ε.Ε., εθνική ρύθμιση, όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, η οποία περιορίζει τη δυνατότητα μείωσης των τιμών που εφαρμόζονται στις παροχές, των οποίων η εκπλήρωση έχει ανατεθεί σε υπεργολάβους, σε ποσοστό άνω του 20% σε σχέση με τις τιμές που προκύπτουν από την ανάθεση της σύμβασης.

7. Η σχέση υπεργολαβίας και δάνειας εμπειρίας.

Συγκεφαλαιωτικά, έχοντας πλέον ολοκληρώσει την επισκόπηση και των δύο θεσμών «εν ευρεία εννοία» συμμετοχικής παρουσίας σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, όπως αναλυτικά παρουσιάστηκαν στο Κεφάλαιο ΙΙΙ της παρούσας μελέτης και στο παρόν Κεφάλαιο αντίστοιχα, δεν θα μπορούσε να μη γίνει ειδική αναφορά σε

⁸⁷⁷ Στις σκέψεις 61-74 της απόφασης παρατίθεται αναλυτική αιτιολογία, η οποία κατά το ΔΕΕ στοιχειοθετεί τον αντίθετο στα κελύσματα των ενωσιακών ρυθμίσεων, χαρακτήρα μιας τέτοιας εθνικής διάταξης. Ειδικότερα, οι βασικοί άξονες τεκμηρίωσης της θέσης που έλαβε το Δικαστήριο – καταλείποντας όμως στον εθνικό δικαστή να προβεί στον απαιτούμενο έλεγχο περί του κατά πόσο συντρέχουν ή όχι οι σχετικές περιστάσεις – αφορούν την απόρριψη των προβληθέντων αντίθετων επιχειρημάτων, όπως αυτά σχετίζονται πρώτον, με σκοπούς προστασίας των εργαζομένων στο πλαίσιο ανάθεσης υπεργολαβίας, ικανούς να δικαιολογήσουν ορισμένους περιορισμούς, οι οποίοι δύναται να αφορούν κοινωνικές παραμέτρους [βλ. κατ' αναλογία Απόφαση ΔΕΕ της 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*, ECLI:EU:C:2014:2235 (σκέψεις 28 και 31)], δεύτερον, με σκοπούς διασφάλισης της βιωσιμότητας της προσφοράς και της ορθής εκτέλεσης της σύμβασης, όπως τέτοιοι σκοποί δύναται να δικαιολογήσουν ορισμένους περιορισμούς στην ανάθεση υπεργολαβιών, σύμφωνα και με τα γενόμενα δεκτά στην Απόφαση ΔΕΕ της 05.04.2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266 (σκέψεις 54 και 57 και εκεί μνημονεύομενη νομολογία) και τρίτον, με βάση σταθμίσεις που σχετίζονται με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών.

⁸⁷⁸ Πρβλ. σχετικούς προβληματισμούς για την επίδραση *ex post* τροποποιήσεων της σύμβασης, σχετικά με το κόστος που προκύπτει σε επίπεδο κόστους μονάδας, τόσο για έργα που ανατίθενται με τη μορφή υπεργολαβίας όσο και για εσωτερικά (*in house*) εκτελούμενα έργα σε άλλες έννομες τάξεις *Daniel P. Miller*, *Subcontracting and competitive bidding on incomplete procurement contracts*, *The Rand Journal of Economics*, vol. 45, issue 4, 2014, σελ. 705-746.

ένα από τα δυσχερέστερα, πλέον δυσερμήνευτα και εριζόμενα ζητήματα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Πρόκειται στην πραγματικότητα για ένα αληθινό «κουτί της Πανδώρας», καθώς η διαρκής αλληλεπίδραση μεταξύ των δύο θεσμών έμμεσης συμμετοχής τρίτου και οι δημιουργούμενες σχέσεις ταλανίζουν τον εκάστοτε μελετητή του δικαίου, ιδίως από την άποψη των τυπολογικών χαρακτηριστικών που τις διακρίνουν, των σημείων που τυχόν εφάπτονται, των κυριότερων διαφοροποιήσεών τους, αλλά και του τρόπου που πλέον, υπό το φως των διατάξεων των οδηγιών του 2014, διαπιστώνεται πιθανή αλληλοεπικάλυψη των προϋποθέσεων εφαρμογής των δύο θεσμών, σε σημείο που να τίθεται ενδεχομένως εν αμφιβόλω η χρησιμότητα διατήρησης και των δύο. Σε μία προσπάθεια να αποσαφηνιστούν στο μέτρο του εφικτού, συγκεκριμένες πτυχές εκάστης μορφής παροχής υποστήριξης εκ μέρους τρίτου, σε οικονομικό φορέα που καταθέτει προσφορά σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, αλλά και ταυτόχρονα να αναδειχθούν καίρια ζητήματα, κομβικής σημασίας για την κατανόηση και την ορθή εφαρμογή των δύο θεσμών, αναπτύσσονται αμέσως κατωτέρω οι τελικές παρατηρήσεις επί των αναφερόμενων ζητημάτων⁸⁷⁹.

Η εγγενής δυσκολία να προσδιοριστεί με απόλυτη ακρίβεια και σαφήνεια το εύρος που καταλαμβάνει έκαστος θεσμός παρίσταται εκ προοιμίου δεδομένη, ενόψει της κοινής καταγωγής των δύο μορφών στήριξης στις ικανότητες και τα μέσα τρίτων προς τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, επιχειρήσεων. Ήδη κατέστη σαφής και προκύπτει εναργώς από τις αναλυθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, ότι ειδικά υπό το κανονιστικό πλαίσιο των οδηγιών του 2004, αλλά και προηγούμενων αυτών, όπως η Οδηγία 92/50/ΕΟΚ, η νομοθετική θεμελίωση τόσο του δανεισμού εμπειρίας από τρίτη οντότητα όσο και η υπεργολαβική ανάθεση μέρους μιας δημόσιας σύμβασης σε τρίτο φορέα, εδράζετο επί των αυτών διατάξεων⁸⁸⁰. Εξάλλου, η εναλλαγή της χρήσης όρων

⁸⁷⁹ Για τη σαφή διάκριση μεταξύ υπεργολαβίας και δάνειας εμπειρίας, βλ. αναλυτικά ΔΕφαθ 2519/2018, σκέψεις 6 και επ., ΔΕφΘεσσαλ (Αναστ.) 143/2021 σκέψη 16, ΔΕφαθ 1939/2021, σκέψη 7-9, ΔΕφαθ 1127/2022 σκέψη 12, ΔΕφαθ 1685/2022, σκέψεις 7-8, ΑΕΠΠ 149/2017, σκέψη 16, ΑΕΠΠ 269/2018, σκέψεις 5-6, ΑΕΠΠ 216/2020, ΑΕΠΠ 536/2020 σκέψη 36, ΑΕΠΠ 505/2021 σκέψη 21, ΑΕΠΠ 588/2021 σκέψη 28, ΑΕΠΠ 620/2021 σκέψεις 26-29, ΑΕΠΠ 679/2021 σκέψη 32 και ΑΕΠΠ 1004/2021 σκέψη 26, αλλά και ΕΑ ΣτΕ 446/2014 σκέψη 9, υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς. Κατά βάση ορθή φαίνεται η κρίση της ΑΕΠΠ 1752/2021 ως προς την εκ παραδρομής δήλωση στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. ως υπεργολάβου, τρίτης επιχείρησης, στην οποία όμως η συμμετέχουσα στον διαγωνισμό εταιρεία, προτίθετο να στηριχθεί κατά την έννοια του άρθρου 78 του νόμου, επικαλούμενη τις τεχνικές ικανότητές της. Η απόφαση αυτή ωστόσο ακυρώθηκε, δυνάμει της ΔΕφαθ 1384/2022, καθώς στη σκέψη 9 αυτής, κρίθηκε, με εξάντληση των ορίων αυστηρότητας και τυπικότητας ότι η μεταβολή της ιδιότητας του δηλωθέντος τρίτου από υπεργολάβο σε δανείζοντα εμπειρία συνιστά ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς του υποψηφίου αναδόχου, καθιστώντας αυτήν απορριπτέα. Με πλημμελή αιτιολογία και παντελώς εσφαλμένη ερμηνεία του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, ενόψει του οποίου ανέκυψε η ενόπιον της διαφορά, η ΕΑΔΗΣΥ Σ873/2022.

⁸⁸⁰ Βλ. ενδεικτικά ανωτέρω την ανάλυση της απόφασης του ΔΕΕ στην υπόθεση C-314/01, σε συνδυασμό με τα πορίσματα στην υπόθεση C-176/98, δυνάμει των οποίων η νομολογιακή αναγνώριση της δάνειας εμπειρίας στηριζόταν στη διατύπωση του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ), όπως το εν λόγω άρθρο ρύθμιζε τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες που θα έπρεπε να καλύπτουν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς. Ταυτόχρονα όμως η περίπτωση η) της παρ. 1 του ίδιου άρθρου περιλάμβανε και πρόβλεψη για την αναφορά του τμήματος που ο ανάδοχος είχε την πρόθεση να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους φορείς, παρά το γεγονός ότι στο άρθρο 25 της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ ρυθμιζόταν αυτοτελώς η προσφυγή σε υπεργολαβική εκτέλεση από τρίτο, μέρους της διεκδικούμενης δημόσιας σύμβασης. Η ίδια δε πρακτική ακολουθήθηκε και στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, όπου στο άρθρο 48 αυτής με τίτλο «Τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες», η παρ. 3 συνιστά την πρώτη αυτοτελή νομοθετική

σχετικών με την υπεργολαβική ανάθεση για περιπτώσεις που αφορούσαν καταφανώς δάνεια εμπειρία ή αντίστροφα, εκείνων που αφορούσαν τη στήριξη στις δυνάμεις τρίτου σε υποθέσεις που σχετίζονταν ξεκάθαρα με ανάθεση υπεργολαβίας, ακόμα και στο κείμενο αποφάσεων του ΔΕΕ⁸⁸¹, αναντίρρητα επέτεινε τα ήδη δυσδιάκριτα όρια μεταξύ των δύο θεσμών έμμεσης από κοινού παρουσίας περισσότερων οικονομικών φορέων. Σημειώνεται δε ότι η πρώτη απολύτως διακριτή ρύθμισή τους σε χωριστές και αυτόνομες διατάξεις, συντελέστηκε για πρώτη φορά στο κείμενο των σχετικών οδηγιών του 2014, όπως μεταφέρθηκαν στο βασικό εθνικό νομοθέτημα του 2016.

Επιχειρώντας να διακρίνουμε συστηματικά τις βασικές ομοιότητες, αλλά και τις ουσιώδεις διαφορές που παρουσιάζουν τα δύο σχήματα στήριξης ενός προσφέροντος σε μέσα που διαθέτουν τρίτες επιχειρήσεις, θα πρέπει να ξεκινήσουμε από τη γενική, θεμελιώδη παραδοχή, η οποία άλλωστε αποτελεί και βασικό πυρήνα της όλης μελέτης και έγκειται στο γεγονός ότι τόσο στην περίπτωση της δάνειας εμπειρίας όσο και σε εκείνη της υπεργολαβίας, γίνεται πάντοτε λόγος για τρίτο, αλλότριο προς τον συμμετέχοντα σε έναν δημόσιο διαγωνισμό, οικονομικό φορέα. Και μάλιστα, υπό το πρίσμα του ανοίγματος των αγορών δημοσίων συμβάσεων στο ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό και της βασικής στόχευσης του δικαίου της Ένωσης για ενίσχυση της επιχειρηματικότητας των ΜΜΕ, ανεξαρτήτως των νομικών δεσμών και της φύσης της έννομης σχέσης που διέπει τη συνεργασία του διαγωνιζόμενου με την τρίτη οντότητα που προτίθεται να τον συνδράμει στην ανάληψη της σύμβασης που διεκδικεί και εν συνεχεία στην εκτέλεση αυτής. Θα μπορούσε δηλαδή να ειπωθεί με αρκετή ασφάλεια, ότι μόνο η διαπίστωση της διαφορετικής νομικής προσωπικότητας του φορέα επιχειρηματικής δραστηριότητας, ακόμα και εντός ενός ομίλου επιχειρήσεων ή εντός του πλαισίου που διαμορφώνουν οι στενοί δεσμοί μητρικής-θυγατρικής, αρκεί για την απόδοση του χαρακτηρισμού του «*τρίτου*» σε μία οντότητα, όπως αυτή επακολούθως θα κριθεί ως παρέχουσα τη στήριξη της ή ως αναλαμβάνουσα υπεργολαβικά την εκτέλεση μέρους μιας σύμβασης σε προσφέροντα, κατά τη διαδικασία ανάθεσής της.

Εντούτοις, είναι σαφές ότι η σύνδεση μεταξύ υποψηφίου αναδόχου και δανείζοντος ικανότητα, φορέα μπορεί να αποτυπωθεί και συνάμα να αποδειχθεί με οποιονδήποτε πρόσφορο τρόπο, χωρίς να μπορεί η αναθέτουσα αρχή εκ προοιμίου να αποκλείσει συγκεκριμένες μεθόδους τεκμηρίωσης, εκτός και αν σχετίζονται με τη φύση και το αντικείμενο του προκηρυσσόμενου διαγωνισμού και τηρούν την αρχή της αναλογικότητας, ενώ αντίθετα, η υπεργολαβία συνάπτεται μονοσήμαντα με την προσκόμιση έγγραφης συμφωνίας μεταξύ υπεργολάβου και υποψηφίου αναδόχου.

αναγνώριση του θεσμού της «*δάνειας εμπειρίας*», ωστόσο, στην περίπτωση θ) της παρ. 2 του ίδιου άρθρου, γίνεται εκ νέου ρητή αναφορά σε δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης ποσοστού της συνολικής αξίας της σύμβασης, παρά το γεγονός ότι το άρθρο 25 της ίδιας οδηγίας με τίτλο «*Υπεργολαβίες*», περιέχει ξεχωριστή ρύθμιση της δυνατότητας χρήσης υπεργολαβίας.

⁸⁸¹ Όπως ενδεικτικά βλ. αποφάσεις του ΔΕΕ στις υποθέσεις C-176/98, C-94/12, C-406/14, C-298/15, C-223/16 και C-63/18. Ρητή διάκριση μεταξύ των δύο θεσμών, αποτυπώνοντας όμως μόνο μέρος των θεμελιακών διαφορών τους, φαίνεται να γίνεται για πρώτη φορά στο σημείο 22 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα *Niilo Jääskinen*, της 8^{ης} Σεπτεμβρίου 2105, ECLI:EU:C:2015:558 στην υπόθεση C-324/14. Για την παραδοχή ότι και σε άλλες έννομες τάξεις, όπως πχ. στη Γαλλία, το επιστημονικό ενδιαφέρον επικεντρώνεται κυρίως στον συναφή θεσμό της «*υπεργολαβίας*» με αναφορές που δεν διακρίνουν σαφώς τα όρια μεταξύ αυτής και του δανεισμού ικανοτήτων, βλ. *I. Μαθιοδάκη*, ό.π. σελ. 1, με εκτενείς παραπομπές σε γαλλική θεωρία, αλλά και ενδεικτικά *Benoît Schmaltz*, ό.π., σελ. 1675.

Επιπλέον, ένα σημείο επαφής μεταξύ των δύο θεσμών είναι ότι αμφότεροι θα πρέπει να δηλώνονται και να αποδεικνύονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του διαγωνιζόμενου που προτίθεται να κάνει χρήση τους για την πλήρωση των όρων που προβλέπονται στο κείμενο της διακήρυξης ενός διαγωνισμού⁸⁸². Επέκεινα, είναι ταυτόσημη η διαδικασία ελέγχου και διαπίστωσης της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του προτεινόμενου υπεργολάβου και του τρίτου που θέτει τα μέσα του στη διάθεση της διαγωνιζόμενης επιχείρησης, με τον τελευταίο να ελέγχεται επιπλέον και ως προς την πλήρωση των σχετικών κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, για την πλήρωση των οποίων συνδράμει τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα.

Ως εκ περισσού επισημαίνεται εκ νέου, καίτοι πρέπει να έχει καταστεί πλέον σαφής, η υποχρέωση της τρίτης οντότητας, στους πόρους της οποίας θα στηριχθεί ο προσφέρων, να υποβάλλει σε κάθε περίπτωση, αυτοτελής Ε.Ε.Ε.Σ. Αντίθετα, ο δηλωθείς υπεργολάβος του υποψηφίου αναδόχου, υποβάλλει ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. μόνο εφόσον το ποσοστό της σύμβασης που προτίθεται να του ανατεθεί υπερβαίνει το 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης ή όταν υπάρχει ρητός όρος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής στα έγγραφα της σύμβασης, ο οποίος απαιτεί υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ. και για τον υπεργολάβο ανεξαρτήτως του εκτελούμενου από αυτόν ποσοστού της σύμβασης.

Περαιτέρω, θα πρέπει να τονιστεί για μία ακόμα φορά ότι η παροχή στήριξης σε διαγωνιζόμενο από την πλευρά τρίτης επιχείρησης, είτε με τη μορφή δανεισμού προσόντων είτε με την ανάληψη εκτέλεσης ενός επιμέρους τμήματος μιας ανατεθείσας σε αυτόν σύμβασης, αλλά και η υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ. κατά τα ανωτέρω, δεν καθιστά ούτε τον δανείζοντα εμπειρία ούτε τον υπεργολάβο, παράγοντα εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Έχει ήδη καταδειχθεί ότι και στη μία και στην άλλη περίπτωση, ο τρίτος συνδέεται συμβατικά μόνο με τον συμμετέχοντα και υποβάλλοντα προσφορά, οικονομικό φορέα, χωρίς να δημιουργείται υπό οποιεσδήποτε συνθήκες μία νέα αυτοτελής συμβατική σχέση, απευθείας ή εμμέσως, μεταξύ της τρίτης οντότητας και της αναθέτουσας αρχής. Η παρουσία της αλλότριας επιχείρησης έχει μόνο παρακολουθηματικό, επιβοηθητικό και υποστηρικτικό χαρακτήρα ως προς την πληρότητα της υποβαλλόμενης προσφοράς εκ μέρους ενός διαγωνιζόμενου και σε κανένα σημείο του προσυμβατικού σταδίου ή του σταδίου εκτέλεσης της σύμβασης ανάθεσης δεν αυτονομείται έναντι αυτής. Εξ αυτού του γεγονότος, ο τρίτος φορέας δεν μπορεί να θεμελιώσει με κανέναν τρόπο έννομο συμφέρον να επιδιώξει νομικά, με άσκηση προδικαστικών προσφυγών ή ενδίκων μέσων και βοηθημάτων την ανάθεση

⁸⁸² Με τον τρόπο αυτό, ο Έλληνας νομοθέτης, επιλέγοντας να καταστήσει υποχρεωτικό για τις αναθέτουσες αρχές τον έλεγχο των στοιχείων των δηλωθέντων υπεργολάβων και του τμήματος που καλούνται αυτοί να εκτελέσουν, δυνάμει της σύμβασής τους με τον υποψήφιο ανάδοχο, ήδη από το αρχικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, εξομοίωσε στο σημείο αυτό τις δύο μορφές *lato sensu* συμμετοχικής παρουσίας. Υπενθυμίζεται ότι με βάση και όσα εκτέθηκαν ανωτέρω στο παρόν κεφάλαιο, οι ενωσιακές οδηγίες προβλέπουν ως υποχρεωτικό τον έλεγχο της χρήσης υπεργολαβιών κατά το στάδιο της κατακύρωσης και μόνο προαιρετικά στο στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης, εκτός και αν άλλως επιλέξουν τα κράτη μέλη.

της σύμβασης στον προσφέροντα που ενισχύει ή την άρση πλημμελειών της διαδικασίας ανάθεσης, την επιδίκαση αποζημίωσης κλπ.⁸⁸³.

Η ίδια θέση επιρρωνύεται και από την παραδοχή ότι, όπως εκτέθηκε στους οικείους τόπους της παρούσας μελέτης, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, τόσο ο δανειζών ικανότητα, τρίτος όσο και ο υπεργολάβος, δύνανται σε έναν και τον αυτό διαγωνισμό να παρέχουν τα μέσα που διαθέτουν και σε περισσότερους του ενός ανταγωνιστικούς φορείς που διεκδικούν την ανάληψη της ίδιας σύμβασης. Εξάλλου, ακόμα και στην περίπτωση που προβλεφθεί για συγκεκριμένη σύμβαση η δυνατότητα απευθείας καταβολής αμοιβής στον υπεργολάβο, η εξόφλησή της προς αυτόν συντελείται αφενός υπό αυστηρές προϋποθέσεις και πάντοτε κατόπιν έγκρισης του ίδιου του εργολάβου-αναδόχου, ενώ σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα καταβάλλει στον υπεργολάβο για λογαριασμό του αναδόχου-εργολάβου και προς απόσβεση δικής της ενοχής απέναντι στον τελευταίο και όχι γιατί συνδέεται καθ' οιονδήποτε τρόπο με συμβατικό δεσμό ενοχικής φύσης με τον υπεργολάβο αυτού. Επιπλέον, πρέπει να αναφερθεί ότι η τρίτη επιχείρηση που παρέχει τα μέσα αυτής στον υποψήφιο ανάδοχο ή ο υπεργολάβος του που εκτελεί τμήμα του αντικειμένου της σύμβασης ιδίω ονόματι, χωρίς καμία απολύτως εμπλοκή του εργολάβου-αναδόχου, βάσει του συμφωνητικού υπεργολαβικής ανάθεσης που έχουν συνάψει μεταξύ τους, δεν δύνανται να λάβουν από την αναθέτουσα αρχή οποιαδήποτε βεβαίωση καλής εκτέλεσης, στο πλαίσιο της παροχής της συνδρομής τους είτε με τον ένα είτε με τον άλλο τρόπο⁸⁸⁴. Αντιστρόφως ιδωμένο το ίδιο πραγματευόμενο ζήτημα, ούτε και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να στραφεί κατά φορέων που δεν μετέχουν στη διαδικασία ανάθεσης με κατάθεση αυτοτελούς προσφοράς, είτε αυτοί παρέχουν τη στήριξή τους σε άλλο φορέα είτε προτείνονται ως υπεργολάβοι αυτού.

Έτι περαιτέρω, ενόψει του εννοιολογικού περιεχομένου και της ίδιας της φύσης των δύο θεσμών έμμεσης στήριξης σε τρίτες επιχειρήσεις, συνάγεται αυτονοήτως μία εγγενής, όσο και θεμελιακή διάκριση μεταξύ τους. Η δάνεια εμπειρία συνίσταται στην εκ μέρους του προσφέροντος, επίκληση ικανοτήτων τρίτων φορέων, για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που αφορούν είτε την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια ή/και την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αυτού, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών που επιλέγουν τα μέρη να επικυρώσουν τη συνεργασία τους και με μοναδική υποχρέωση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα έναντι της αναθέτουσας αρχής, να προσκομίσει ο τελευταίος – αν δεν ορίζεται άλλως στη διακήρυξη – οποιαδήποτε πρόσφορη, σχετική δέσμευση της τρίτης συνεργαζόμενης οντότητας, δυνάμει ης οποίας θα αποδεικνύεται

⁸⁸³ Σωστή η επισήμανση που κάνει ως προς αυτό το ζήτημα, ο *A. Γέροντας*, Η δάνεια εμπειρία, υπεργολαβία και η συμπλήρωση ή διευκρίνιση των προσφορών-Ανατροπές και αδιέξοδα, ΘΠΔΔ, Τεύχος 1/2023, σελ. 5.

⁸⁸⁴ Με μοναδική εξαίρεση τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 165 του Ν. 4412/2016 για την αναγνώριση της σχετικής εμπειρίας του υπεργολάβου, όπως προκύπτει από την εκτέλεση του τμήματος της σύμβασης που του ανατίθεται. Πρβλ. και ΑΕΠΠ 620/2021 σκέψη 29 και ΕΑ ΣτΕ 15/2021 σκέψη 23, με την οποία κρίθηκε ότι σε περίπτωση υπεργολαβίας η απαιτούμενη από την διακήρυξη βεβαίωση καλής εκτέλεσης, εκδίδεται αποκλειστικά από τον ανάδοχο, ως τον κατ' εξοχήν ικανό να πιστοποιήσει την προσήκουσα εκτέλεση του ανατιθεμένου στον υπεργολάβο μέρους της σύμβασης, λαμβάνοντας υπόψη ότι μόνο με αυτόν συνδέεται με συμβατικό δεσμό ο υπεργολάβος (πρβλ. και ΕΑ ΣτΕ 988/2003).

ότι ο εν λόγω φορέας θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης για όλο το χρονικό διάστημα που απαιτείται. Πρόκειται λοιπόν για μία διάχυτης μορφής στήριξη στις ικανότητες τρίτων, ασφαλώς οριζόμενη *in concreto* ως προς το κριτήριο ποιοτικής επιλογής που καλύπτει, αλλά απολύτως *in abstracto* ως προς τον τρόπο που θα υλοποιηθεί εν τοις πράγμασι, αφού απλώς τίθενται στη διάθεση του υποβάλλοντος προσφορά υποψηφίου, εν συνόλω οι δυνάμεις του τρίτου που κατατείνουν στην πλήρωση του σχετικού κριτηρίου, αλλά και στην εν τέλει εκτέλεση της σύμβασης, κατά τρόπο που να μην τίθεται εν αμφιβόλω η προσήκουσα εκτέλεσή της από άποψη δυνατότητας του αναδόχου να ανταποκριθεί στο οριζόμενο στη διακήρυξη, επίμαχο κριτήριο τεχνικής ή οικονομικής ποιοτικής στάθμης. Ο θεσμός δηλαδή της «*δάνειας εμπειρίας*» αφορά την εν γένει παροχή εγγυήσεων για την κάλυψη των επίμαχων κάθε φορά κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ενός υποψηφίου αναδόχου.

Στον αντίποδα των ανωτέρω παραδοχών, η υπεργολαβία ορίζεται πάντοτε στο πλαίσιο σύναψής της μεταξύ διαγωνιζόμενου και υπεργολάβου, επ' αφορμή της διεκδίκησης από τον πρώτο της ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης, κατά τρόπο συγκεκριμένο και απολύτως εξειδικευμένο. Συνεκδοχικά, σχετίζεται με την εκτέλεση ενός ειδικού τμήματος, όπως αυτό αντιστοιχεί σε ορισμένο ποσοστό επί τοις εκατό (%) της διεκδικούμενης σύμβασης, το οποίο θα εκτελεστεί κατ' αποκλειστικότητα από τον προτεινόμενο υπεργολάβο. Αναμφισβήτητα πάντως – επιστρέφοντας στις ομοιότητες που εμφανίζουν οι δύο θεσμοί – προβλέπεται και στις δύο περιπτώσεις έμμεσης υποστήριξης μιας υποβληθείσας προσφοράς από τρίτους, η δυνατότητα αντικατάστασης των τελευταίων, είτε αυτοί επικουρούν τον διαγωνιζόμενο μέσω της δικής τους τεχνικής ή οικονομικής ικανότητας είτε προτίθενται να εκτελέσουν για λογαριασμό του υπεργολαβικά ένα τμήμα της σύμβασης, με τους ειδικότερους όρους και τις προϋποθέσεις που τίθενται για εκάστη περίπτωση από τις οικείες διατάξεις.

Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων και πλέον υπό το πρίσμα της εκτενούς εμβάθυνσης και στον θεσμό της «*υπεργολαβίας*», στο σημείο αυτό θα πρέπει να επαναφέρουμε τους προβληματισμούς που διατυπώθηκαν στο Κεφάλαιο III της παρούσας μελέτης, υπό 7.1ν, αναφορικά με την πρωτόγνωρη στο κείμενο των οδηγιών του 2014 ρύθμιση, η οποία φαίνεται να εισάγει για πρώτη φορά και υπό τις εκεί οριζόμενες προϋποθέσεις, την απαίτηση ο τρίτος δανειζών εμπειρία, φορέας, να αναλαμβάνει και την εκτέλεση των σχετικών εργασιών ή υπηρεσιών. Εξ όσων αναπτύχθηκαν στα δύο κεφάλαια της δεύτερης ενότητας του παρόντος πονήματος, εξάγεται εναργώς και πέραν πάσης αμφιβολίας το συμπέρασμα ότι, κομβικής ερμηνευτικής σημασίας στην εννοιολογική οροθεσία μεταξύ δάνειας εμπειρίας και υπεργολαβίας, παρίσταται η παραδοχή ότι στην πρώτη περίπτωση ο τρίτος φορέας δεν εκτελεί ο ίδιος κάποιο ποσοστό της σύμβασης, ενώ αντίθετως στη δεύτερη, πράγματι αναλαμβάνει ο ίδιος να φέρει σε πέρας συγκεκριμένο τμήμα αυτής, με ταυτόχρονη αποξένωση από την εκτέλεσή του, του ίδιου του υποψηφίου αναδόχου. Η επίμαχη λοιπόν πρόβλεψη των οδηγιών (και φυσικά των αντίστοιχων άρθρων του Ν. 4412/2016) φαίνεται να τορπιλίζει τη συστηματική διάστιξη μεταξύ των δύο θεσμών, είτε εισάγοντας καινοφανή στοιχεία στην ενεργοποίηση του δικαιώματος επίκλησης δυνάμεων τρίτων επιχειρήσεων είτε επιφέροντας την αναπόφευκτη αλληλοεπικάλυψη των δύο μορφών συνεργασίας στο πεδίο αυτό.

Η αφετηρία στη σκέψη του νομοθέτη και η προκρινόμενη επιλογή να τεθούν σαφείς περιορισμοί στο δικαίωμα στήριξης σε δυνάμεις τρίτων οντοτήτων, όπως άλλωστε προέκυψαν και μέσα από σχετικές αποφάσεις του ΔΕΕ, είναι απολύτως κατανοητή. Ωστόσο, η καταληκτική ενσωμάτωση στο κείμενο των οδηγιών ενός οριζόντιου και εκ προοιμίου τιθέμενου, τέτοιας μορφής περιορισμού, όχι μόνο φαίνεται να αλλοιώνει τον ίδιο τον χαρακτήρα και τη *ratio legis* της νομοθετικής κατοχύρωσης του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», αλλά ευλόγως εμφανίζεται και εκ διαμέτρου αντίθετη, με την εκ των υστέρων νομολογιακή περιστολή της κατ' αρχήν απεριόριστης επίκλησης μέσων τρίτων, όπως όλως περιπτωσιολογικά και εντός των ορίων συγκεκριμένων και πολύ ειδικών περιστάσεων, διαμορφώθηκε από το Δικαστήριο. Εξάλλου, οδηγεί και σε άκρως διαφορετικό αποτέλεσμα η επιγενόμενη διαπίστωση εκ μέρους μιας αναθέτουσας αρχής ή ενός δικαστηρίου (ή διοικητικής αρχής) της αδυναμίας στήριξης στις τεχνικές ικανότητες μιας τρίτης επιχείρησης, δεδομένης της ιδιάζουσας φύσης του αντικειμένου ενός διαγωνισμού και η συνεπεία αυτής, απαίτηση για αντικατάσταση του τρίτου δανειζόντος εμπειρία, φορέα ή η απόρριψη της προσφοράς, εφόσον προφανώς ο προσφέρων, δεν δύναται να καλύψει τα επίμαχα κριτήρια μεμονωμένα από τη μία πλευρά και από την άλλη, η εξ αρχής, οριζόντια, απარέγκλιτη και επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του διαγωνιζόμενου, απαίτηση να εκτελέσει ο ίδιος ο δανειζών ικανότητα, φορέας, τις προβλεπόμενες στις οικείες διατάξεις, εργασίες ή υπηρεσίες.

Η φαλκίδευση των όρων προσφυγής στους τεχνικούς πόρους τρίτων μέσω του συγκεκριμένου θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», ο εν δυνάμει περιορισμός του ανταγωνισμού, η απονεύρωση της δυνατότητας συμμετοχής ΜΜΕ στις εν λόγω διαγωνιστικές διαδικασίες, καθώς και οι ανυπέρβλητες δυσχέρειες που εγείρει ως προς τον ακριβή τρόπο εφαρμογής της και τις παρεπόμενες συνέπειες που έχει αυτή η διάταξη, έχουν ήδη αναλυθεί και οι σχετικές παρατηρήσεις διατηρούνται ακέραες. Ως εκ περισπού, υπογραμμίζεται ότι η στήριξη στις ικανότητες τρίτου, βρίσκει το όριό της στην εκ μέρους του προσφέροντος που τις επικαλείται διασφάλιση επαρκών μέσων απόδειξης ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα επικαλούμενα μέσα του τρίτου, με την προσκόμιση σχετικών δικαιολογητικών εγγράφων και σε περίπτωση αδυναμίας τεκμηρίωσής της, στην ενεργοποίηση του δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής είτε να απαιτήσει την αντικατάσταση της υποστηρικτικής επιχείρησης είτε να απορρίψει την προσφορά. Η υπερβατική και ακραία απαίτηση να εκτελεί ο ίδιος ο τρίτος φορέας τις επίμαχες εργασίες ή υπηρεσίες, προκειμένου να εξασφαλιστεί επαρκέστερα η αναθέτουσα αρχή απέναντι στον υποψήφιο ανάδοχο που τις επικαλείται, λειτουργεί σαρωτικά, ισοπεδώνοντας την εκ διαμέτρου αντίθετη νομοτεχνική κατασκευή της δάνειας εμπειρίας.

Ετέρωθεν, τίθεται το ερώτημα, εάν με τις υπό εξέταση διατάξεις, επιδιώχθηκε μέσω της επιβολής του εν λόγω περιορισμού να υποχρεωθεί ο υποψήφιος ανάδοχος σε σύναψη υπεργολαβίας για την παροχή των επίμαχων εργασιών ή υπηρεσιών εκ μέρους της τρίτης οντότητας, στη λογική ότι με τη σύναψη υπεργολαβίας, διασφαλίζονται καλύτερα τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για την άρτια, έντεχνη και εμπρόθεσμη υλοποίηση του προκηρυσσόμενου αντικειμένου. Κατ' αρχήν, μια τέτοια ερμηνεία δεν φαίνεται να βρίσκει έρεισμα ούτε σε κάποια αιτιολογική σκέψη των

οδηγιών ούτε σε *de lege ferenda* ερμηνεία των εξεταζόμενων διατάξεων. Αντιθέτως, όπως ήδη ειπώθηκε, η σαφής και αδιάστικτη διάκριση μεταξύ των δύο θεσμών έμμεσης συμμετοχικής παρουσίας, κατέστη πλέον απόλυτη και αναμφισβήτητη με την εξονυχιστική ρύθμισή τους σε χωριστά άρθρα. Εάν ο νομοθέτης επιθυμούσε πράγματι την επιβολή κάποιας μορφής υποχρεωτικής υπεργολαβίας για τις κρινόμενες περιπτώσεις, θα το όριζε ρητά και από συστηματικής άποψης θα τις ενέτασσε στο ρυθμιστικό πεδίο της υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της σύμβασης⁸⁸⁵.

Επιπλέον, ουδόλως μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι διαρρηγνύοντας τη συμπαγή δυνατότητα επίκλησης μέσων τρίτων φορέων, με τον τρόπο που περιγράφεται στα επίμαχα άρθρα, καίτοι αναμφίβολα στο σημείο αυτό η δάνεια εμπειρία εισέρχεται πλέον και καλύπτει περιπτώσεις διεπόμενες από το κανονιστικό πλαίσιο της υπεργολαβίας, μπορεί να συναχθεί ότι ο προσφέρων υποχρεούται να συνάψει σύμβαση υπεργολαβίας με τον τρίτο⁸⁸⁶, καταλείποντας ούτως ο νομοθέτης μετέωρη την εν λόγω

⁸⁸⁵ Για τους προβληματισμούς αυτούς, βλ. και *Θ. Ροζή*, ό.π., σελ. 1142-1143. Εξάλλου, προς επίρρωση της υποστηριζόμενης εδώ θέσης, επιχείρημα αντλείται και από το γεγονός ότι στην περίπτωση ι) του Μέρους ΙΙ, του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016, ορίζεται σαφώς ως ένα απολύτως διακριτό μέσο τεκμηρίωσης της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας ενός προσφέροντος, η ενδεχόμενη υπεργολαβική ανάθεση της εκτέλεσης μέρους της διεκδικούμενης σύμβασης σε τρίτο φορέα. Η εν λόγω αναφορά *a contrario* οδηγεί με αρκετή ασφάλεια στην προφανή αντιδιαστολή της υπεργολαβίας, αφενός ως διαθέσιμου (μεταξύ άλλων) τρόπου κάλυψης της κατά περίπτωση απαιτούμενης από το κείμενο μιας διακήρυξης, ποιοτικής στάθμης εκάστου υποβάλλοντος προσφορά, οικονομικού φορέα, κατά την αξιολόγηση περί επαρκούς τεκμηρίωσής της, υπό το πρίσμα του δανεισμού πόρων και μέσων τρίτου και αφετέρου στην πλήρωση ενός κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, αυτοτελώς από έναν μεμονωμένο υποψήφιο ανάδοχο, κατά τρόπο που δεν μπορεί να θεωρηθεί ομαλά συμβατή, με την υποχρέωση που φαίνεται να εισάγει και μάλιστα απαρέγκλιτα ο νομοθέτης (και εσφαλμένα μέρος της εθνικής νομολογίας) στην επίμαχη διάταξη της παρ. 1, εδάφιο δεύτερο του άρθρου 78 του νόμου. Πρβλ. σχετικά και την ορθή διάστιξη που κάνει η ΕΑ ΣτΕ 102/2018 στη σκέψη 11, αλλά περιοριζόμενη στην τεκμηρίωση υποχρεωτικής ή μη υποβολής Ε.Ε.Σ., απέχοντας από αξιολογήσεις ουσιαστικού δικαίου. Αντίθετη με την επιβολή «*υποχρεωτικής υπεργολαβίας*» και η *Β. Πισμύρη*, ό.π., σελ. 821. Ανεξάρτητα από θεωρητικές και δογματικές τοποθετήσεις, τους πρακτικούς κινδύνους μιας τέτοιας αντιμετώπισης των δύο θεσμών αναδεικνύουν απολύτως εύστοχα οι *Β. Γιαννακού-Μ. Πανταλού*, ό.π., σελ. 1168.

⁸⁸⁶ Όπως εσφαλμένα έχει διαμορφωθεί σχετική τάση στην ελληνική νομολογία. Ενδεικτικά βλ. ΕΑ ΣτΕ 170/2020 σκέψη 9 και ΣτΕ 1612/2022 σκέψη 7, η οποία ερμηνεύοντας τον σχετικό όρο της διακήρυξης ότι η εκτέλεση των προβλεπόμενων εργασιών είναι επιτρεπτή μόνο στην περίπτωση που οι τρίτοι οικονομικοί φορείς θα εκτελέσουν τις εργασίες, για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, συνήγαγε απερίφραστα ότι αυτοί λαμβάνουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα υπεργολάβου, χωρίς να ασκεί επιρροή το είδος της σύμβασης που θα συνάψουν με τον ανάδοχο για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών. Με ορθή κατά βάση αιτιολόγηση και σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του επίμαχου διαγωνισμού, κατόπιν διευκρινίσεων που χορηγήθηκαν από τον ίδιο τον αναθέτοντα φορέα, η ΕΑΔΗΣΥ 306/2023, όπως επικυρώθηκε η ορθότητα της κρίσης της από την ΕΑ ΣτΕ 1347/2023, αλλά χωρίς να αποφεύγει το ολίστημα να ταυτίσει υποχρεωτικά τη δάνεια εμπειρία με την υπεργολαβία. Οριακές οι ΣτΕ 1552-1553/2022 σκέψη 13 αμφοτέρων. Αντίθετη και ορθή η ΔΕφΑθ 1127/2022, σκέψη 12. Ερμηνευτική πυξίδα προς κατανόηση των ορίων μεταξύ των αντίστοιχων διατάξεων για τις δύο μορφές έμμεσης συμμετοχής αποτελεί και η Απόφαση ΔΕΕ της 26.01.2023, C-403/21, *SC NV Construct SRL*, ECLI:EU:C:2023:47 (σκέψεις 70-75), με την οποία το Δικαστήριο διαπίστωσε την αντίθεση εθνικής ρύθμισης του ρουμανικού δικαίου στο σχετικό κανονιστικό πλαίσιο που θέτει το άρθρο 63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπό την έννοια της αδυναμίας επιβολής σε προσφέροντα να συνάψει υποχρεωτικά υπεργολαβική σύμβαση με τρίτη επιχείρηση για την εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών που περιλαμβάνονται στη δημόσια σύμβαση που αναλαμβάνει ο ίδιος να εκτελέσει. Συγκεκριμένα, κρίθηκε από το ΔΕΕ ότι ανεξαρτήτως της θεμιτής κατ' αρχήν, δυνατότητας που έχει μία αναθέτουσα αρχή να θέτει ως προς την απόδειξη πλήρωσης των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων αναδόχων, πρόσθετες υποχρεώσεις που απορρέουν από ειδικές ρυθμίσεις, όπως ισχύουν για

πραγματική και νομική κατάσταση, αφού υφίσταται απόσχισή της από την παραδοσιακή μορφή παροχής απλώς εγγυήσεων εκ μέρους τρίτης οντότητας, χωρίς όμως και να ενσωματώνεται ομαλά στην ασφαλώς πιο περιοριστική δυνατότητα υπερβολαβικής εκτέλεσης ενός ποσοστού μιας ανατιθέμενης σύμβασης. Ούτε όμως μπορεί να εξαχθεί επιχείρημα και περί υπέρτερης δέσμευσης του εκτελούντος τρίτου απέναντι στην αναθέτουσα αρχή, εφόσον αυτός κληθεί να εκτελέσει τις επίμαχες εργασίες ή υπηρεσίες, δεδομένου ότι με την υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ., ο ίδιος ελέγχεται από αυτήν με τους αυτούς όρους, όπως και αν δεν εκτελούσε τις συγκεκριμένες εργασίες ή υπηρεσίες. Συναφώς, αν θεωρηθεί «υποχρεωτικά» υπερβολαβός, όχι μόνο δεν θα υποβάλλει χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ., εφόσον το εκτελούμενο από αυτόν τμήμα δεν αντιστοιχεί σε ποσοστό άνω του 30% και άρα δεν θα ελεγχθεί ως προς τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του στο στάδιο ανάθεσης, αλλά μόνο στο στάδιο της κατακύρωσης, με ό,τι αυτό συνεπάγεται, ενώ παράλληλα θα ελεγχθεί και με περιορισμένο τρόπο έναντι της ιδιότητας, με την οποία αρχικά προτίθετο να δηλωθεί ως δανείζων εμπειρία, αφού ο υπερβολαβός δεν ελέγχεται ως

τις σχετικές με την προς ανάθεση σύμβαση, δραστηριότητες και οι οποίες αφενός προβλέπονται απευθείας στα έγγραφα του διαγωνισμού (πρβλ. σκέψεις 60 και επ. της απόφασης), αφετέρου δεν χαρακτηρίζονται ως ιδιαίτερα σημαντικές, δεν είναι συμβατός με το δίκαιο της Ε.Ε. ο αποκλεισμός ενός συμμετέχοντος οικονομικού φορέα από διαγωνισμό, λόγω του ότι αυτός δεν έχει ορίσει υπερβολαβό για την εκτέλεση των ως άνω υποχρεώσεων, παρά το γεγονός ότι ο εν λόγω προσφέρων έχει διευκρινίσει εντός της κατατεθείσας προσφοράς του ότι οι συγκεκριμένες υποχρεώσεις θα εκπληρωθούν μέσω της στήριξής του σε μέσα και πόρους τρίτης επιχείρησης, με την οποία ωστόσο δεν συνδέεται με σύμβαση υπερβολαβίας (βλ. σχετικά *Vincent Bassani-Winckler, Marchés publics - Critères de sélection, Europe 2023, n° 3 Mars, comm. 102*). Από πλευράς ελληνικής νομολογίας, προανατολισμένες σαφώς σε ορθή ερμηνεία των επίμαχων διατάξεων, με αναφορά και στην προαναφερθείσα απόφαση του ΔΕΕ, η ΕλΣυν Τμήμα VII 886/2023, ΕλΣυν Τμήμα VII 1159/2023 και η ΔΕφΑθ 1002/2023, όπως άλλωστε και ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 578/2023. Μετεωρίζουσα εμφανίζεται μερίδα της θεωρίας, εκφράζοντας μεν ενδιαφέρουσες και εν μέρει ορθές θέσεις, αλλά δεχόμενη *a priori* ότι ο δανείζων εμπειρία είναι αναγκαστικά και υπερβολαβός, κατ' εφαρμογή των πραγματευόμενων διατάξεων, εστιάζοντας εν τέλει, αποκλειστικά στις δημόσιες συμβάσεις έργων και με έμφαση στο κατά πόσο μια τέτοια μορφή συνεργασίας μεταξύ οικονομικών φορέων, θα πρέπει να δηλωθεί ή όχι στο Ε.Ε.Ε.Σ. τόσο ως στήριξη σε ικανότητες τρίτου όσο και σαν υπερβολαβία και περαιτέρω, κατά πόσο η παράλειψη τέτοιας δήλωσης μπορεί να τύχει συμπλήρωσης μέσω παροχής διευκρινίσεων κατά το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 (βλ. σχετικά *Σ. Μαυρίδη-Ι. Συκούδη, ό.π., σελ. 542-543*). Κρίση περί ανεπίτρεπτης συμπλήρωσης του Ε.Ε.Ε.Σ. με επίκληση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 διέλαβε και η ΔΕφΘεσσαλ 516/2022, στη λογική ότι «...η επίκληση της ικανότητας τρίτων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αναφέρονται στους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του διαθέσιμου προσωπικού είναι επιτρεπτή μόνο στην περίπτωση που οι εν λόγω οικονομικοί φορείς θα εκτελέσουν τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, αυτοί έχουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα υπερβολαβού υπό την ανωτέρω έννοια, χωρίς να ασκεί επιρροή το είδος της σύμβασης που θα συνάψουν με τον ανάδοχο για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών.» (σκέψη 12), θεωρώντας περαιτέρω ότι η στήριξη στις δυνάμεις αλλότριας οντότητας κατά την ανωτέρω έννοια, συνιστά περίπτωση «υποχρεωτικής υπερβολαβίας», η παράλειψη δήλωσης της οποίας στο Ε.Ε.Ε.Σ. της υποψήφιας αναδόχου επιχείρησης, αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό %, των τμημάτων της σύμβασης που θα εκτελούνταν από την τρίτη εταιρεία, συνιστούσε ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς και έπρεπε να οδηγήσει αναπόδραστα στην απόρριψή της (σκέψεις 13-14). Με αυτή την αιτιολογία επικυρώθηκε η ορθότητα της κρίσης της ΑΕΠΠ 328/2022. Ομοίως, η ΔΕφΘεσσαλ 236/2023 αρνήθηκε τη δυνατότητα διευκρίνισης της παράλειψης δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ. ποσοστού υπερβολαβικής ανάθεσης βάσει του άρθρου 102 του νόμου, χωρίς όμως συσχετισμό με παράλληλη στήριξη στις ικανότητες του τρίτου φορέα στην προκειμένη περίπτωση, απορρίπτοντας αίτηση ακύρωσης κατά της ΕΑΔΗΣΥ 1438/2022. Έτσι, ορθά και η ΔΕφΘεσσαλ 179/2023 για περίπτωση παράλειψης υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου δανείζοντος εμπειρία, φορέα, ακυρώνοντας την ΕΑΔΗΣΥ 1605/2022.

προς την πλήρωση των σχετικών κριτηρίων επιλογής, γιατί δεν παρέχει τέτοια εχέγγυα στον υποψήφιο ανάδοχο που συνδράμει⁸⁸⁷.

Ως εκ τούτου και σύμφωνα με τα ανωτέρω εξαχθέντα συμπεράσματα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η επιδιωκόμενη λειτουργία της επίμαχης διάταξης, δεν φαίνεται να εξυπηρετείται στην πράξη, πέρα από το γεγονός ότι εγείρει σειρά ερμηνευτικών ζητημάτων που προς ώρας, δεν έχουν αντιμετωπιστεί ή επιλυθεί πειστικά. Συνεπώς, δεν θα ήταν υπερβολή να λεχθεί ότι είτε η συνολική αναμόρφωση της υπό κρίση διάταξης είτε η ολοκληρωτική απαλοιφή της από το κείμενο των οδηγιών (και του νόμου) σε κάποια μελλοντική νομοθετική πρωτοβουλία, θα λειτουργούσε ανακουφιστικά για τον εκάστοτε μελετητή και εφαρμοστή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.

Άλλωστε, είναι δεδομένο ότι ανεξάρτητα από τα σημεία τριβής που παρατηρούνται, οι δύο θεσμοί έμμεσης συμμετοχικής παρουσίας, συνυπάρχουν χωρίς σοβαρές ενστάσεις αλληλοαναιρέσής τους, επιτελώντας εντελώς διαφορετικούς σκοπούς και εξυπηρετώντας εκ διαμέτρου αντίθετες ανάγκες των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Η διατήρηση και των δύο μορφών συνεργασίας των προσφερόντων με τρίτους φορείς δεν μπορεί να τεθεί εν αμφιβόλω σε σοβαρή βάση, ενώ δεν είναι καθόλου τυχαίο ότι ήδη προϋπάρχοντος του παλαιότερου θεσμού της «υπεργολαβίας», η ανάπτυξη και η εξέλιξη του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», όπως διαπλάστηκε από τη νομολογία του ΔΕΕ και εκφράστηκε νομοθετικά σε χωριστά άρθρα των οδηγιών, συνηγορεί υπέρ της αναγκαιότητας διατήρησης και περαιτέρω επεξεργασίας τους, υπό το πρίσμα των διαρκών αναγκών της πράξης, η οποία αποδεδειγμένα ξεπερνάει σε φαντασία τόσο τον νομοθέτη όσο και τον δικαστή⁸⁸⁸.

Κλείνοντας τη συγκριτική επισκόπηση των δύο θεσμών, θα πρέπει να επισημανθεί ότι ασχέτως της σαφούς διάκρισης μεταξύ τους, είναι δεδομένη η δυνατότητα συνδυασμού υπεργολαβίας και δάνειας εμπειρίας⁸⁸⁹, με τους αντίστοιχους τρόπους υλοποίησης ενός τέτοιου συνδυασμού να καταλείπονται στην απεριόριστη

⁸⁸⁷ *Ad hoc* ΑΕΠΠ 588/2021, σκέψη 27 και ΔΕφΘεσσαλ (Αναστ.) 143/2021, με απολύτως ορθή αιτιολόγηση στη σκέψη 16 αυτής, όπου αποφαινεται το αυτονόητο, ήτοι ότι η στήριξη ενός οικονομικού φορέα στις δυνάμεις τρίτου δεν καθιστά αυτομάτως (υποχρεωτικώς) τη δανείζουσα εταιρεία υπεργολάβο, χωρίς την επίκληση και τεκμηρίωση στο πρόσωπο αυτής των προϋποθέσεων της υπεργολαβίας.

⁸⁸⁸ Χωρίς πάντως να αμφισβητείται η αναγνωρισμένη και από το ΔΕΕ, εξουσία του εθνικού δικαστή να διαγνώσει τα επιμέρους τυπολογικά στοιχεία εκάστης συνεργατικής παρουσίας περισσοτέρων οικονομικών φορέων μέσω των θεσμών έμμεσης συμμετοχής σε έναν διαγωνισμό και να κατατάξει αυτήν στη μία ή την άλλη περίπτωση. Βλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 1939/2021, με αντίθετη όμως μειοψηφία, όπως επικύρωσε την ορθότητα της κρίσης της ΑΕΠΠ 1424/2021, η οποία παρά τις αντίθετες περιεχόμενες δηλώσεις στην προσφορά υποψηφίου αναδόχου, αναγνώρισε πρωτοτύπως τη συμβατική σχέση μεταξύ συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και τρίτου, όχι ως δάνεια εμπειρία, αλλά ως υπεργολαβία. Η άποψη της μειοψηφίας, όπως εκφράστηκε στη σκέψη 9 της απόφασης, αφού κάνει ορθή διάκριση μεταξύ δάνειας εμπειρίας και υπεργολαβίας, θεώρησε ότι η προσφυγή έγινε δεκτή από την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π. με πλημμελή αιτιολογία και άρα ότι η ασκηθείσα ενώπιον του δικαστηρίου, αίτηση ακύρωσης έπρεπε να γίνει δεκτή υπό την έννοια ότι αποτελεί επιχειρηματική επιλογή η απόφαση του υποψηφίου αναδόχου να επιλέξει να στηριχθεί στις δυνάμεις τρίτου με τη μορφή της δάνειας εμπειρίας ή να κάνει χρήση υπεργολαβίας για την εκτέλεση της σύμβασης, ενώ σε καμία περίπτωση δεν μπορεί αυτή η επιλογή να ερμηνευθεί διαφορετικά από τον τρόπο, με τον οποίο αυτή δηλώθηκε στο Ε.Ε.Σ. του προσφέροντος και ως εκ τούτου, δεν μπορεί για τον λόγο αυτό να αποκλειστεί ο τελευταίος από τη συνέχεια του διαγωνισμού.

⁸⁸⁹ Βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 505/2021, σκέψεις 21-22.

ευρηματικότητα των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων⁸⁹⁰. Συγκεκριμένα, όπως άλλωστε έχει κριθεί⁸⁹¹, δεν προκύπτει σε καμία περίπτωση από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής των δημόσιων διαγωνισμών, ότι αποκλείεται ένας συμμετέχων οικονομικός φορέας να στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου φορέα και ταυτόχρονα να προτίθεται να αναθέσει μέρος της εκτέλεσης της διεκδικούμενης από αυτόν σύμβασης, υπεργολαβικά στον ίδιο οικονομικό φορέα.

Ωστόσο, η άποψη που έχει εκφραστεί από μερίδα της θεωρίας περί (έστω οιονεί) διεύρυνσης των υποκειμένων του διαγωνισμού και συνεπακόλουθα, διάσπασης του συμβατικού δεσμού που συνδέει την αναθέτουσα αρχή με τον ανάδοχο μίας δημόσιας σύμβασης⁸⁹², η οποία επέρχεται συνεπεία εκτεταμένης χρήσης των θεσμών έμμεσης συμμετοχικής παρουσίας οικονομικών φορέων, είτε μέσω της υπεργολαβικής ανάθεσης σε τρίτη οντότητα τμήματος της σύμβασης είτε ιδίως μέσω της στήριξης στις δυνάμεις τρίτου, δεν φαίνεται να έχει σοβαρό θεωρητικό και δογματικό υπόβαθρο.

Οι όροι και οι προϋποθέσεις προσφυγής ενός οικονομικού φορέα που ενδιαφέρεται να συμμετάσχει σε μία προκηρυσσόμενη διαγωνιστική διαδικασία, συνεπικουρούμενος από τρίτες επιχειρήσεις – παρά τις περιστασιακές ανωμαλίες – αποτυπώνονται με σαφήνεια και λεπτομέρεια στις διατάξεις των οδηγιών. Ήδη, η αδιαπραγμάτευτη διατήρηση της ιδιότητας του «*τρίτου*» καθ' όλη τη διάρκεια διεξαγωγής του σταδίου ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης, αλλά και κατά το στάδιο εκτέλεσής της, με όλες τις συνέπειες που αυτή επιφέρει, όπως εκτέθηκαν στους οικείους τόπους της παρούσας μελέτης, σε καμία περίπτωση δεν αφήνει περιθώρια παρερμηνειών περί υποκειμενικής «*διαστολής*» των εκ του νόμου οριζόμενων παραγόντων διαμόρφωσης της προσυμβατικής διαδικασίας και ανάληψης μιας δημόσιας σύμβασης⁸⁹³. Εξίσου σαφές είναι ότι τόσο στην περίπτωση της υπεργολαβίας όσο και σε εκείνη της δάνειας εμπειρίας, κύρια στόχευση είναι ο πολλαπλασιασμός των δυνατοτήτων συμμετοχής και των ευκαιριών ανάδειξης ΜΜΕ σε μειοδότες στην πανευρωπαϊκή αγορά δημοσίων συμβάσεων.

Η επίκληση μέσων, ικανοτήτων, εμπειρίας, πόρων κλπ. έτερων φορέων που οι ίδιοι οι προσφέροντες δεν κατέχουν, μέσω ενός εκ προοιμίου προσδιορισμένου φάσματος άσκησης των συναφών δυνατοτήτων υπεργολαβικής ανάθεσης ή στήριξης στις ικανότητες τρίτου, οι οποίες ωστόσο κατ' ουδένα τρόπο δεν επιδρούν στον συμβατικό δεσμό μεταξύ του ίδιου του αναδόχου και της αναθέτουσας αρχής, ουδόλως δύναται να υποστηριχθεί βάσιμα ότι μετατρέπει τον τελικό μειοδότη σε «*μεσάζοντα*» του τρίτου φορέα. Ειδικά στην περίπτωση του δανεισμού τεχνικής και οικονομικής επιφάνειας εκ μέρους του τρίτου, είναι απολύτως σαφές ότι ο τελευταίος κατά βάση

⁸⁹⁰ Επιχείρημα που υποστηρίζεται άλλωστε και από τη δυνατότητα δήλωσης της χρήσης υπεργολαβίας σε διαφορετικά σημεία του υποβαλλόμενου από τον διαγωνιζόμενο Ε.Ε.Ε.Σ., όπως αναφέρεται ανωτέρω στην υποσημείωση 726.

⁸⁹¹ ΑΕΠΠ 536/2020, σκέψη 36 και ΑΕΠΠ 588/2021, σκέψη 27.

⁸⁹² Βλ. *Ι. Μαθιουδάκη*, ό.π., σελ. 12-13.

⁸⁹³ Αντίθετος φαίνεται να είναι ως προς αυτό ο *Α. Γέροντας*, *Η δάνεια εμπειρία, υπεργολαβία και η συμπλήρωση ή διευκρίνιση των προσφορών-Ανατροπές και αδιέξοδα*, ΘΠΔΔ, Τεύχος 1/2023, σελ. 5, όπου αναφερόμενος στην προσφυγή στη δάνεια εμπειρία κάνει λόγο για «*μορφή οιονεί διεύρυνσης*» των υποκειμένων της διαγωνιστικής διαδικασίας, με ορθή επισήμανση ωστόσο ότι πράγματι η χρήση της, ενισχύει τον ελεύθερο ανταγωνισμό με τη μορφή της συμμετοχής στη διαδικασία αυτή των μικρομεσαίων επιχειρήσεων.

δεν επιδεικνύει κανένα ενδιαφέρον διεκδίκησης της σύμβασης για λογαριασμό του, επιδιώκοντας κατά την έννοια που περιεγράφηκε στο προηγούμενο κεφάλαιο να παραμείνει σε μία «απόσταση ασφαλείας» από τη διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Ομοίως, σε περίπτωση χρήσης υπεργολαβίας, ο τρίτος που αναλαμβάνει υπεργολαβικά μόνο ένα ποσοστό του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης, δεν θα είχε λόγο, εάν πράγματι μπορούσε ή επιθυμούσε να αναλάβει για λογαριασμό του το σύνολο της διεκδικούμενης σύμβασης, να παραμείνει «αθέατος» από την αναθέτουσα αρχή, στη σκιά ενός άλλου υποψηφίου αναδόχου, με σκοπό την εκτέλεση μόνο του τμήματος που του έχει ανατεθεί, με περιορισμένο για αυτόν όφελος ως προς την ενίσχυση της εμπειρίας του.

Εξάλλου, ένα πρόσθετο επιχείρημα προς αποδόμηση των συγκεκριμένων θέσεων, πηγάζει και από το γεγονός ότι ο τρίτος φορέας δεν έχει λόγο να καταστήσει «μεσάζοντά» του έναν άλλο οικονομικό φορέα, απλώς παρέχοντας σε αυτόν στήριξη υπεργολαβικά ή με τη διάθεση σε αυτόν ίδιων πόρων, αφού θα μπορούσαν αμφότεροι να ωφεληθούν συνασπιζόμενοι σε ένα *stricto sensu* συμμετοχικό σχήμα, με τη μορφή είτε της ένωσης οικονομικών φορέων είτε της κοινοπραξίας, κατά την έννοια που οι δύο αυτές μορφές σύμπραξης περισσοτέρων οικονομικών φορέων αναλύθηκαν στα δύο πρώτα κεφάλαια της παρούσας μελέτης. Έτσι, αναδεικνύεται και εμπεδώνεται η αξία και η σπουδαιότητα εκάστης διαφορετικής δυνατότητας που παρέχει ο νομοθέτης για τη συνένωση των δυνάμεων πλειόνων οικονομικών φορέων, προκειμένου να διεκδικήσουν από κοινού την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης, από τη σκοπιά ότι κάθε μία εξυπηρετεί και καλύπτει διαφορετικές ανάγκες, προσδοκίες, επιδιώξεις κλπ. των συνεργαζόμενων μερών. Αναμφίβολα επιδέχονται διορθώσεων και βελτιώσεων, όπως αυτές κάθε φορά επιτάσσονται από την ίδια τη χρήση του συνόλου των θεσμών συμμετοχικής παρουσίας και διαπλάθονται μέσα από τη νομολογία του ΔΕΕ και των εθνικών δικαστηρίων, εντούτοις, η λειτουργία τους επιτελείται κατά γενική ομολογία τελέσφορα και οι γενεσιουργοί λόγοι θέσπισής τους, εξυπηρετούνται λυσιτελώς.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Ολοκληρώνοντας τη μελέτη αυτή, μοιραία οδηγούμαστε σε κάποιες αναπόδραστες παραδοχές. Η πολυπλοκότητα των συμβατικών αντικειμένων στον σύγχρονο χώρο των δημοσίων συμβάσεων, η ανάγκη ταχύτητας, ευελιξίας, οι αυξημένες τεχνικές και οικονομικές απαιτήσεις, στις οποίες πρέπει να μπορούν να ανταποκριθούν οι υποψήφιοι ανάδοχοι, αλλά και οι δικές τους επιδιώξεις για τη μείωση του λειτουργικού κόστους των επιχειρήσεων, σε συνδυασμό με την επιζητούμενη αύξηση της παραγωγικότητάς τους, μέσα από τη δημιουργία οικονομικών κλίμακας, αναγκαστικά κατατείνουν στην αναζήτηση ευρύτερων συνεργατικών πλαισίων δράσης. Προσέτι, όπως έχει καταστεί πλέον σαφές, επίκεντρο όλων των προσεγγίσεων και των αναλύσεων που περιέχονται στην παρούσα διατριβή, είναι η αποδελτίωση των δυνατοτήτων που τίθενται στη διάθεση των ΜΜΕ για την ανάδειξή τους σε αναδόχους εκτέλεσης έργων, προμηθειών και υπηρεσιών στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων. Βασική μέριμνα του νομοθέτη του δικαίου της Ένωσης είναι ο πολλαπλασιασμός των εγγενώς περιορισμένων δυνάμεων των επιχειρήσεων αυτών, μέσα από κατάλληλα μεθοδολογικά εργαλεία, τα οποία αποσκοπούν στο να αυξήσουν τις ευκαιρίες συμμετοχής τους σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες, καθιστώντας τους οικονομικούς φορείς αυτής της εμβέλειας, ισότιμους παίχτες στον χώρο των δημόσιων αναθέσεων και επιπλέον, ανταγωνιστικούς διεκδικητές για την ανάληψη σημαντικού μεγέθους, συμβάσεων έργων, υπηρεσιών και αγαθών. Απώτερος στόχος φυσικά, σε πλήρη σύμπλευση και με το όλο το πνεύμα της εναρμόνισης των εθνικών νομοθεσιών και της οικονομικής σύγκλισης εντός των κόλπων της Ε.Ε. παραμένει η ενίσχυση του ανταγωνισμού, με την καθιέρωση ενός *level playing field*, μέσα από συνθήκες διαφάνειας, αμεροληψίας, παροχής ίσων ευκαιριών, μακριά από αδικαιολόγητες διακρίσεις και περιοριστικές του ανταγωνισμού, πρακτικές.

Υπό αυτή τη σκοπιά ιδωμένοι οι θεσμοί συμμετοχικής παρουσίας περισσότερων οικονομικών φορέων, τόσο άμεσης συμμετοχής (ένωση προσώπων, κοινοπραξία) όσο και έμμεσης (δάνεια εμπειρία, υπεργολαβία), προσφέρουν το κατάλληλο πλαίσιο ανάπτυξης των κατά περίπτωση και με βάση τις εκάστοτε ανάγκες των ίδιων των οικονομικών φορέων, απαραίτητων συνεργειών. Σε συνέχεια των σκέψεων αυτών, οι θεσμοί αυτοί εν συνόλω, θα πρέπει να αντιμετωπίζονται όχι ως κάτι στατικό, αλλά διαρκώς μεταβαλλόμενο. Οι κανόνες που διέπουν τη λειτουργία τους δεν αποτελούν σε καμία περίπτωση θέσφατο, αφού η εφαρμογή και η υλοποίησή των επίμαχων συμπράξεων στην πράξη δεν συνιστά αυτοσκοπό, αλλά απλώς και μόνο το μέσο για την επίτευξη μιας λειτουργικής και αποδοτικής συνεργασίας μεταξύ περισσότερων οντοτήτων.

Ως εκ τούτου, οι ίδιοι κανόνες δεν θα πρέπει να αντιμετωπίζονται δογματικά ως κάτι τετελεσμένο, με συγκεκριμένα όρια και μορφή, αφού η ίδια η πράξη έχει αποδείξει ότι η πολυσχιδής επιχειρηματική δράση, οι διαρκώς αυξανόμενες ανάγκες των προκληρυσσόμενων διαγωνισμών, σε συνδυασμό με τις νέες τεχνολογίες, διαμορφώνουν ένα μόνιμα εξελισσόμενο συναλλακτικό περιβάλλον, εντός του οποίου, οι θεσμοί άμεσης και έμμεσης από κοινού συμμετοχής περισσότερων επιχειρήσεων, μεταλλάσσονται, εκσυγχρονίζονται και ανατροφοδοτούνται σε μία ατέρμονη

διαδικασία, οριζόμενη υποχρεωτικά και κατ' ανάγκη μόνο μέσα σε ένα πολύ συγκεκριμένο χωροχρονικό πλαίσιο. Κατά συνέπεια, οι γενικεύσεις, η φορμαλιστική και μονοσήμαντη απόπειρα οριζόντιας εφαρμογής των αυτών ερμηνευτικών μεθόδων σε απροσδιόριστο αριθμό περιπτώσεων και η αδιάλλακτη αντιμετώπισή τους διαχρονικά, μόνο ως παρακινδυνευμένη μπορεί να χαρακτηριστεί, οδηγώντας σε όλως επισφαλή αποτελέσματα.

Από την άλλη πλευρά, είναι εξίσου σαφές ότι το κανονιστικό πλαίσιο που θεσπίζει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων επιδιώκει την ανάθεση των δημοπρατούμενων αντικειμένων στους πλέον κατάλληλους από επαγγελματική άποψη, τεχνικά καταρτισμένους, οικονομικά φερέγγυους και εν γένει, αξιόπιστους και ικανούς αναδόχους. Συνεπεία τούτου, οι ισχύουσες διατάξεις για την πραγμάτωση των συνεργατικών μορφών προς υποβολή προσφοράς, όπως έχουν ερμηνευθεί, εμπλουτιστεί και έχουν τύχει επεξεργασίας μέσα και από τις αποφάσεις τόσο του ΔΕΕ, όσο και των ελληνικών δικαστηρίων, ασφαλώς καταδεικνύουν τον εκτεθέντα ευμετάβολο χαρακτήρα των μορφών συμμετοχικής παρουσίας, ταυτόχρονα όμως προκρίνουν την προσδιορισμένη και όχι ανεξέλεγκτη χρήση των μέσων συνασπισμού περισσότερων οικονομικών φορέων. Και ο έλεγχος της υλοποίησης στην πράξη της ευχέρειας που παρέχεται από τον νομοθέτη επιτυγχάνεται μόνο μέσα από ρυθμισμένες διαδικασίες, όπως αποτυπώνονται στα αντίστοιχα για κάθε θεσμό, ισχύοντα άρθρα των οδηγιών και του Ν. 4412/2016. Η εξισορρόπηση των αντίρροπων δυνάμεων, ήτοι αφενός της επιδιωκόμενης ασφάλειας δικαίου για τις αναθέτουσες αρχές και τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, μέσα από ρητές διατάξεις και κανόνες και αφετέρου, η αναγνώριση της αναγκαίας δόσης ρευστότητας, ευελιξίας και μεταβλητότητας των δημιουργούμενων κάθε φορά σχέσεων, στοιχείο σύμφυτο με την ίδια τη δομή, το περιεχόμενο και τον χαρακτήρα τέτοιων συμμετοχικών σχημάτων, αποτελεί μία διαρκή πρόκληση και ένα στοίχημα, για τον εκάστοτε εφαρμοστή και μελετητή του δικαίου, είτε πρόκειται για τον νομοθέτη, τον δικαστή, την αναθέτουσα αρχή, τον οικονομικό φορέα ή τον νομικό.

ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ/ΠΕΡΙΟΔΙΚΑ

Α.Ε.Π.Π. (Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών)
ΑΚ (Αστικός Κώδικας)
ΑΠ (Άρειος Πάγος)
Αρμ (Αρμενόπουλος)
ΑρχΝ (Αρχείο Νομολογίας)
ΑχΝομ (Αχαϊκή Νομολογία)
Γνμδ. (Γνωμοδότηση)
Δ (Δίκη)
ΔΕΕ (Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιρειών)
ΔΕΕ (Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης)
ΔΕΚ (Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Κοινότητας)
ΔΕΝ (Δελτίο Εργατικής Νομοθεσίας)
ΔΕφ (Διοικητικό Εφετείο)
ΔηΣΚΕ (Δημόσιες Συμβάσεις και Κρατικές Ενισχύσεις)
ΔιΔικ (Διοικητική Δίκη)
ΔικΠροΣΕτ (Δίκαιο Προσωπικών Εταιρειών)
ΔικΠΕ (Δίκαιο Προσωπικών Εταιρειών)
Δ/νη (Δικαιοσύνη)
ΔΠρ (Διοικητικό Πρωτοδικείο)
Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων)
Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων)
ΕΔΔΔΔ (Επιθεώρηση Δημοσίου και Διοικητικού Δικαίου)
ΕΔΕ (Επιθεώρηση Διοικητικής Επιστήμης)
ΕΔΚΑ (Επιθεώρηση Δικαίου Κοινωνικής Ασφάλισης)
ΕΕΕυρΔ (Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου)
ΕΕμπΔ (Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου)
ΕΕΝ (Εφημερίδα Ελλήνων Νομικών)
ΕΕργΔ (Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου)
ΕλλΔνη (Ελληνική Δικαιοσύνη)
ΕλΣυν (Ελεγκτικό Συνέδριο)
ΕπισκΕμπΔ (Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου)
Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων)
ΕφαρμΑστΔ (Εφαρμογές Αστικού Δικαίου)
ΕφαρμΔΔ (Εφαρμογές Διοικητικού Δικαίου)
ΕφημΔΔ (Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου)
Εφ (Εφετείο)
ΘΠΔΔ (Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου)
ΚΔΔ (Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας)
ΚΠολΔ (Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας)
ΜΠρ (Μονομελές Πρωτοδικείο)
ΝοΒ (Νομικό Βήμα)
ΝΣΚ (Νομικό Συμβούλιο του Κράτους)
ΠειρΝομολ (Πειραϊκή Νομολογία)

ΠΠρ (Πολυμελές Πρωτοδικείο)
ΣΥΝ (Συνήγορος)
ΣτΕ (Συμβούλιο της Επικρατείας)
ΦΕΚ (Φύλλο Εφημερίδας της Κυβερνήσεως)
ΧρΙΔ (Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου)

ΙΣΤΟΣΕΛΙΔΕΣ

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/el/home>

<https://www.iso.org/home.html>

ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΕΙΣ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ

2003/361/ΕΚ Σύσταση της Επιτροπής της 6^{ης} Μαΐου 2003 (ΕΕ L 124/36 της 20.05.2003)

Έγγραφο εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής με τίτλο «*Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*», 25.06.2008, SEC(2008) 2193

Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, στο Συμβούλιο, στην Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και στην Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Προτεραιότητα στις μικρές επιχειρήσεις-Μια "Small Business Act" για την Ευρώπη*», 25.06.2008, COM(2008) 394 τελικό

Ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «*Ευρώπη 2020, Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη*», 03.03.2010, COM(2010) 2020 τελικό
Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Ανασκόπηση της πρωτοβουλίας «Small Business Act» για την Ευρώπη*», 23.02.2011, COM(2011) 78 τελικό

Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Να γίνουν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών αποτελεσματικές μέσα στην Ευρώπη και για την Ευρώπη*», 03.10.2017, COM(2017) 572 τελικό,

Ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «*Κατευθυντήριες γραμμές για τη συμμετοχή προσφερόντων και αγαθών από τρίτες χώρες στην αγορά δημοσίων συμβάσεων της ΕΕ*», 27.07.2019, C(2019), 5494 τελικό,

Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Ευρωπαϊκή στρατηγική για τα δεδομένα*», 19.02.2020, COM(2020) 66 τελικό, αλλά και τα Συμπεράσματα της Συνόδου του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου (21 και 22 Μαρτίου 2019), 22 Μαρτίου 2019

Ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «*Ευρώπη 2020, Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη*», 03.03.2010, COM(2010) 2020 τελικό
EL C-326/51 της 26.10.2012 και την Ενοποιημένη Απόδοση της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση και της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (EL C 202/1 της 07.06.2016)

Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «Ανασκόπηση της πρωτοβουλίας «Small Business Act» για την Ευρώπη», 23.02.2011, COM(2011) 78 τελικό

Έγγραφο εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής με τίτλο «Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις», 25.06.2008, SEC(2008) 2193

Έγγραφο εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής με τίτλο «Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις», 25.06.2008, SEC(2008) 2193

Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, στο Συμβούλιο, στην Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και στην Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «Προτεραιότητα στις μικρές επιχειρήσεις-Μια "Small Business Act" για την Ευρώπη», 25.06.2008, COM(2008) 394 τελικό

ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΕΣ ΟΔΗΓΙΕΣ (ΠΡΩΗΝ) ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.)

Κατευθυντήρια Οδηγία 10 με θέμα: «Θέματα που ανακύπτουν κατά τη χρήση της υπεργολαβίας και όροι εφαρμογής της».

Κατευθυντήρια Οδηγία 11 με θέμα: «Κριτήρια ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων».

Κατευθυντήρια Οδηγία 13 με θέμα: «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα».

Κατευθυντήρια Οδηγία 14 με θέμα: «Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων».

Κατευθυντήρια Οδηγία 16 με θέμα: «Οδηγίες συμπλήρωσης των Προτύπων Τευχών διακηρύξεων ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων μελετών, άνω των ορίων και κάτω των ορίων του Ν. 4412/2016, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016».

Κατευθυντήρια Οδηγία 17 με θέμα «Ενίσχυση συμμετοχής των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων».

Κατευθυντήρια Οδηγία 23 με θέμα: «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.)».

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΠΡΟΕΔΡΟΥ ΤΗΣ (ΠΡΩΗΝ) Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Υπ' αριθμ. 158/2016 Απόφασης του Προέδρου της πρώην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με τίτλο «Έγκριση "Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης" (Τ.Ε.Υ.Δ.) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016), για διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων των οδηγιών».

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ - ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

Ελληνική

Αδαμαντίδου Έλσα, Συμμετοχή κοινοπραξιών σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων και μεταβολές στη σύνθεση αυτών, ΔηΣΚΕ 1/2004

της ίδιας, σχόλιο στην Υπόθεση C-92/00, ΕΕΕυρΔ 2002

Αλεξανδρίδου Ελίζα, Δίκαιο Εμπορικών Εταιρειών, Προσωπικές & Κεφαλαιουχικές Εταιρείες, 2^η Έκδοση, 2016

Αλεξόπουλος Ηρακλής, Η κοινοπραξία εκτέλεσης δημοσίου έργου μετά την ΟΛΑΠ 22/1998, ΔΕΕ 2000

του ιδίου, Η ενεργητική νομιμοποίηση διαδίκου στις δίκες των κοινοπραξιών μετά τον Ν. 4072/2012, Δ/νη 2017

Αληφαντής Γεώργιος, Η Λογιστική και Φορολογία της Κοινοπραξίας, ΛΟΓ 2009

Αντωνίου Ευριπίδης, περί της κοινοπραξίας, ΕΕμπΔ 34, 1983

Αντωνόπουλος Βασίλειος, Ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα. Ικανότητα να είναι διάδικοι, Επιστημονική Επετηρίδα Δικηγορικού Συλλόγου Θεσσαλονίκης 3, 1982

Απαλαγάκη Χαρίκλεια σε *Κ. Μακρίδου/Χ. Απαλαγάκη/Γ. Διαμαντόπουλο*, Πολιτική Δικονομία. Επικαιροποιημένη και με το Ν. 4512/2018, Θεωρία – Νομολογία – Υποδείγματα, 2^η Έκδοση, 2018

Αργυρός Αντώνιος, σχόλιο στην ΣτΕ (Ολομ.) 3472/2011, ΕΔΔΔΔ 2012

Βάθης Βασίλειος, Συμπράξεις Επιχειρήσεων (Joint Ventures), 2009

Βαθρακοκόιλης Βασίλειος, Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, 2012

Βελεγράκης Μανόλης, Το νομοθετικό πλαίσιο για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων – Ο νόμος 4412/2016, μια πρώτη παρουσίαση, ΘΠΔΔ, Τεύχος 8-9/2016

Βενιέρης Ιάκωβος, Συμπράξεις Δημόσιου & Ιδιωτικού Τομέα, Το Συμβατικό Πλαίσιο, 2007

Βερβενιώτης Παναγιώτης, Η δυνατότητα επίκλησης των τεχνικών και χρηματοοικονομικών ικανοτήτων τρίτων, Οι δημόσιες συμβάσεις στο κοινοτικό δίκαιο - πρόσφατες εξελίξεις, Ημερίδα Ε.ΜΕ.ΔΙ.ΤΕ.ΚΑ. – ΜΟ.ΠΑ.ΔΙ.Σ. – Κ.Δ.Ε.Ο.Δ., 1 Νοεμβρίου 2007, 2008

Βλάχου Ευαγγελία, Η συμμετοχή του τρίτου στην ανάθεση και εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, διημερίδα Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.-Εθνικής Σχολής Δικαστικών Λειτουργών με τίτλο «Δημόσιες Συμβάσεις-Κρατικές Ενισχύσεις», Πρακτικά συνεδρίου 21-23.11.2019, 2021

της ίδιας, σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, 2018

της ίδιας, Η στήριξη του οικονομικού φορέα από τρίτους στις δημόσιες συμβάσεις: οι νέες ενωσιακές ρυθμίσεις και οι διαχρονικοί προβληματισμοί, ΕΔΔΔΔ 2020

Γαζής Ανδρέας Α., Γενικά Αρχαία Αστικού Δικαίου, 1973

του ιδίου, Ζητήματα από την ανώμαλη εξέλιξη των σχέσεων μεταξύ εταιρειών που συμμετέχουν σε διεθνή κοινοπραξία (Γνμδ.), ΝοΒ 2000

Γέροντας Απόστολος, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009

του ιδίου, Η δάνεια εμπειρία, υπεργολαβία και η συμπλήρωση ή διευκρίνιση των προσφορών-Ανατροπές και αδιέξοδα, ΘΠΔΔ, Τεύχος 1/2023

του ιδίου σε Διοικητικό Δίκαιο, *Γέροντας Απόστολος, Παυλόπουλος Προκόπης, Σιούτη Γλυκερία, Φλογαϊτής Σπυρίδων*, 5^η Έκδοση, 2022

Γεωργακόπουλος Λεωνίδα, σημείωμα στην ΑΠ 1211/1994, ΔΕΕ 1995

Γεωργιάδης Απόστολος, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 4^η Έκδοση, 2012

Γιαννακόπουλος Κωνσταντίνος, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2003,
του ιδίου, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006
του ιδίου, Δημόσιες Συμβάσεις και Συμβάσεις Παραχώρησης. Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2019

Γιαννακού Βαρβάρα-Πανταλού Μαρίνα, Ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβίας υπό το πρίσμα των πρόσφατων νομολογιακών εξελίξεων, ΘΠΔΔ, Τεύχος 11/2023

Γκλαβίνης Παναγιώτης, Διεθνείς συμβάσεις κατασκευών & Παροχής σχετικών υπηρεσιών, εις Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών, Επιμ. Χ. Παμπούκη, 2010

Δέγλερης Παναγιώτης, Δίκαιο Προμηθειών και Υπηρεσιών Δημοσίου, Τόμος II, 2009
του ιδίου, Οι Δημόσιες Συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη, 2019

Δεληγιάννης Ιωάννης, Κοινοπραξία του άρθρου 8 Ν.Δ. 3874/1958, Αρμ 1985

Δελλής Γεώργιος, Κροκιδάς Γεώργιος, Πούγγουρας Πέτρος, Τσιρωνάς Αθανάσιος, Το νέο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, Γενική ανάλυση του νέου Ν. 4782/2021, 2021

Δεσποτίδου-Αντωνιάδου Άννα, παρατηρήσεις στην ΜΠρΒολ 1134/1993, ΕπισκΕΔ 1995

Διαθεσόπουλος Μιχάλης, Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου προς αποκλεισμό των λοιπών μετεχόντων. Η ενωσιακή και εθνική νομολογία σε δυναμική διαδρομή, ΠειρΝομ, Τεύχος 3/2020

Δωρής Φίλιππος, παρατηρήσεις στην ΑΠ (Ολομ.) 22/1998, σε ΝοΒ 47, 1999

Ζαχαράκη Ιωάννα, Ο θεσμός «Δάνεια Εμπειρία», ΔιΔικ 5/2021

Καλαβρός Κωνσταντίνος, Διάδικοι χωρίς νομική προσωπικότητα στην πολιτική δίκη, ΧρΙΔ 2003
του ιδίου, Πολιτική Δικονομία, Γενικό Μέρος II, 2^η Έκδοση, 2006
του ιδίου, Πολιτική Δικονομία, Γενικό μέρος: Διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, Δ' Έκδοση 2016

Καλλιτσιώτη Ευαγγελία, Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 78 Ν. 4412/2016, δάνεια εμπειρία), σε Ε. Κουλουμπίνη/Η. Μάζος/Ι. Κίτσος (επιμ.), Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016. Νομολογιακή προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, 2019

Καλονόμος Κωνσταντίνος-Παρλάτζα Ράνια, Έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος υποψηφίου από τη διαγωνιστική διαδικασία δημοσίων συμβάσεων υπό το πρίσμα των σύγχρονων αποφάσεων του ΔΕΕ και του ΣτΕ, ΕφαρμΔΔ, Τεύχος I, 2019

Καραγκουνίδης Απόστολος, εις ΔικΠροσΕτ, 2017

Καραμανάκου Ελένη, εις ΔικΠροσΕτ, 2017, Παράρτημα II, Η Αστική Εταιρεία με νομική προσωπικότητα

Καστήσιος Ελευθέριος, «Η κοινοπραξία και άλλες Ενώσεις Προσώπων» σε Κ. Ρούσο (επιμ.), Δίκαιο Νομικών Προσώπων, 2010

Κιουπτσίδου-Στρατουδάκη Ευδοξία, Νομιμοποίηση ενώσεων προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα, σε ΕΕΔ/Δικηγορικός Σύλλογος Πατρών, Ενώσεις προσώπων και λοιπές οντότητες στην πολιτική δίκη, Πρακτικά του 40^{ου} Πανελληνίου Συνεδρίου ΕΕΔ (2015), 2016

Κίτσος Ιωάννης, Συμπράξεις Δημόσιου-Ιδιωτικού Τομέα και Συμβάσεις Παραχώρησης, Συνεργασίες δημόσιων και ιδιωτικών φορέων για την ανάπτυξη δημόσιων υποδομών με επενδύσεις κεφαλαίων, σύμφωνα με το διεθνές, το ευρωπαϊκό και το ελληνικό δίκαιο, 2014

του ιδίου, Η οδηγία 2014/23/ΕΕ σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, 2016

Κόκκινος Σωτήριος, Ο νόμος 4072/2012 και το εταιρικό δίκαιο - Η αφανής εταιρεία και η κοινοπραξία αντιμέτωπες με τον νομοθέτη, Αρμ 2013

Κονδύλης Διονύσιος, Το δεδικασμένο κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2^η Έκδοση, 2007

Κοκοτσής Δημήτριος, σε *Ε. Κουλουμπίνη/Η. Μάζος/Ι. Κίτσος* (επιμ.), Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016. Νομολογιακή προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, 2019

Κοτσίρης Λάμπρος, Η εταιρεία ευκαιρίας, ΝοΒ 9, 1961

Κουλουμπίνη Ευαγγελία-Ελισάβετ, Η υποκατάσταση αναδόχου κατά την εκτέλεση σύμβασης δημόσιου έργου ή μελέτης, σύμφωνα με τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, «Δημόσιο Δίκαιο» Επιστημονικό Περιοδικό της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), 2016 (1)

Κουμάνης Σταμάτιος, παρατηρήσεις στην ΕφΘΕσσαλ 1201/2006, Αρμενόπουλος 2008

Κουτούπα-Ρεγκάκου Ευαγγελία, Δημόσιες Συμβάσεις και κοινοτικό δίκαιο, 1995

της ίδιας, Δημόσιες Συμβάσεις και Κρατικές Ενισχύσεις, 2005

της ίδιας (επιμ.), Η νομολογία του ΔΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις, 2021

Κουτράκης Γρηγόριος, Κοινοπραξία εκτέλεσης δημοσίων έργων, Τεύχος Α΄, 1993

του ιδίου, παρατηρήσεις στην ΠΠρΘεσσαλ 11999/1995, ΕπισκΕΔ 1996

Λάμπου Φίλιππος, Η δημόσια σύμβαση ανάμεσα στο αστικό και το δημόσιο δίκαιο (Συμβαλλόμενα μέρη, Αντικείμενο), Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2014

Λεβαντής Ελευθέριος, Και πάλι, τί είναι η κοινοπραξία, Δ/νη (32), 1991

του ιδίου, Τι είναι κοινοπραξία, ΝοΒ 33

Λεοντάρης Μιλτιάδης, Προσωπικές Εταιρείες, Ε.Π.Ε., Κοινοπραξίες, 2003

Λιακόπουλος Αθανάσιος, Η νομοθετική ρύθμιση της κοινοπραξίας, εις Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου Ι, 1985

Μαθιουδάκης Ιάκωβος, Η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων στις δημόσιες συμβάσεις μετά τον Ν. 4782/2021 – Εφαλτήριο ενός ευρύτερου ανταγωνισμού, ΕφημΔΔ (2), 2022

Μαραγκού Γεωργία-Πέππα Βασιλική, Πρακτικός Οδηγός για τον έλεγχο από το Ελεγκτικό Συνέδριο των Δημοσίων Συμβάσεων, 2011

Μαρίνος Μιχαήλ-Θεόδωρος/Κατσάς Θεόδωρος, εις ΔικΠροσΕτ, 2017

Μαρκόπουλος Νικόλαος, Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, ΝΟ.Δ.Ε.ΠΕ., 7/2018

Μάρκου Ιωάννης, Οι νέες ρυθμίσεις στο δίκαιο της κοινοπραξίας, ΕφαρμΑστΔ 2013

Μαυρίδης Στυλιανός-Συκούδη Ιωάννα, Η υπεργολαβία και η στήριξη στην ικανότητα τρίτων στις δημόσιες συμβάσεις έργων, ΔιΔικ 4/2023(35)

Μεταξάς Αντώνιος, Ευθύνη του Δημοσίου για παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου από αποφάσεις των ανώτατων εθνικών δικαστηρίων, 2005

του ιδίου, Ευθύνη κράτους μέλους λόγω παραβάσεων του κοινοτικού δικαίου καταλογιζόμενων σε ανώτατα εθνικά δικαστήρια, ΕΔΔΔΔ (2), 2004

Μητκίδης Χρήστος, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Ν. 3669/2008 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2009

του ιδίου, Δημόσιες Συμβάσεις Μελετών και Συναφών Υπηρεσιών, Ν. 3316/2005 – Κατ' άρθρο ερμηνεία & νομολογία, 2010

του ιδίου, Οι αλλοιώσεις των δημοσίων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης – Η υπόθεση Pressetext, ΘΠΔΔ, Τεύχος 10/2010

του ιδίου, Η σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου μετά τις πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν. 4070/2012, 2012

του ιδίου, Η Σύμβαση Εκτέλεσης Δημοσίου Έργου, Ερμηνεία κατ' άρθρο του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά τον Ν. 4782/2021, 2^η Έκδοση, 2021

Μητσόπουλος Γεώργιος, Η ικανότης ως διαδίκων των ενώσεων προσώπων μη κεκτημένων νομική προσωπικότητα, Δ (1), 1970

του ιδίου, Και πάλιν περί της εννοίας της διατάξεως του άρθρου 62 εδ. 2 ΚΠολΔ, Δ (23), 1992

Μπαλά Ιωάννα, σε Δημόσιες Συμβάσεις, Διεύθυνση Έκδοσης Θ. Πανάγος-Β. Σπηλιοπούλου, 2021

Μπασδέλη Ναυσικά-Σοφία, Κριτήρια Επιλογής & Κριτήρια Ανάθεσης των Δημοσίων Συμβάσεων, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Δημοσίου Δικαίου & Πολιτικής Επιστήμης, Διοικητικό Δίκαιο, Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης, 2015

Μπέης Κωνσταντίνος, Ικανότητα δικαίου και δικαιοπρακτική ικανότητα ενώσεων προσώπων που δεν έχουν νομική προσωπικότητα, Δ 1997

του ιδίου, παρατηρήσεις στην ΑΠ (Ολομ.) 22/1998, Δ (30), 1998

του ιδίου, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 14/2007, Δίκη 2007

Μπεχρή-Κεχαγιόγλου Γεωργία, Κοινοπραξία για την κατασκευή δημόσιου έργου, ΕπισκΕΔ 1996

Νίκας Νικόλαος, σε Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας, ΚΠολΔ, 2000

Οικονόμου Μιχάλης, Δημόσιες Συμβάσεις και Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2009

του ιδίου, Οι συμβάσεις *in house*, 2010

του ιδίου, Η «περιδίνηση» της υποχρεωτικότητας ηλεκτρονικής υποβολής ψηφιακά υπογεγραμμένων εγγράφων και προδικαστικών προσφυγών στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων υπό το φως της πρόσφατης νομολογίας και των αποφάσεων της ΑΕΠΠ, ΘΠΔΔ, Τεύχος 12/2022

Παμπούκης Κωνσταντίνος, Νομική φύση της «κοινοπραξίας» και σχέσις αυτής προς τα μέλη της (Γνμδ.), Αρμ 1976

του ιδίου, Η κοινοπραξία, Νομική φύση και μεταχείριση, στον τόμο «Οι προσωπικές εμπορικές εταιρείες στο εμπορικό και φορολογικό δίκαιο», 1993

του ιδίου, Κοινοπραξία προς εκτέλεση δημόσιου έργου (Γνμδ.), Δ/νη 1994

του ιδίου, παρατηρήσεις στην ΑΠ 1180/1995, ΕπισκΕμπΔ 1995

του ιδίου, Η κοινοπραξία προς κατασκευή έργου, ΕπισκΕΔ 1996

του ιδίου, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 22/1998, ΕπισκεΕΔ 1998
του ιδίου, Ενώσεις προσώπων που δεν αποτελούν σωματείο. Ικανότητα βουλήσεως και
ικανότητα δικαίου αυτών, ΕπισκεΕΔ 2006
του ιδίου, παρατηρήσεις στην ΕφΘεσσαλ 2186/2006, ΕπισκεΕΔ 2006
του ιδίου, Νομική προσωπικότητα - ανακίνηση μιας παλιάς συζήτησης, ΕπισκεΕΔ 2012
του ιδίου, Κοινοπραξία προς εκτέλεση δημόσιου έργου (Γνμδ.), Δ/νη 1994
Παναγιώτου Παναγιώτης, Το νομοθετικό πρόβλημα της αναγνώρισης ουσιαστικής
αυτοτέλειας στην αδημοσίευτη ομόρρυθμη εταιρεία και στην κοινοπραξία, ΝοΒ 2013
Παναγόπουλος Κωνσταντίνος, Οιονεί νομικά πρόσωπα, σε Δίκαιο νομικών προσώπων,
επιμέλεια Κλ. Ρούσσου, 2010
του ιδίου, Ατελής ικανότητα δικαίου μορφωμάτων δίχως νομική
του ιδίου, Κοινοπραξία & Ο.Ε. δίχως νομική προσωπικότητα ως υποκείμενα του
δικαίου, ΕΕμπΔ 2014
του ιδίου, Ατελής ικανότητα δικαίου μορφωμάτων δίχως νομική προσωπικότητα,
Ομιλία στο 11^ο Συνέδριο της Ένωσης Αστικολόγων, Πάτρα 24.04.2015, Digesta 2015,
δημοσιευμένη στις ΕφαρμΑστΔ, 2015
του ιδίου, Ομάδες περιουσίας στερούμενες νομικής προσωπικότητας ως διάδικοι,
ΕφαρμΑστΔ 2013
Πανάγος Θεόδωρος, σε Δημόσιες Συμβάσεις, Διεύθυνση Έκδοσης Θ. Πανάγος-Β.
Σπηλιοπούλου, 2021
Παπαγεωργίου Θεόδωρος, Η ικανότητα διαδίκου και η δικανική ικανότητα φυσικών
προσώπων κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, Σχετ. Νομολ. ΑΠ (Ολομ.)
22/1998, Π.Μ.Σ. Αστικού Δικαίου, Δ 2001
Παπαευαγγέλου Θωμάς, Δημόσια Έργα και Μελέτες, Β' Έκδοση, 2012
του ιδίου, Δημόσια Έργα και Μελέτες, Συμπλήρωμα Νομολογίας, Β' Έκδοση, 2015
Παπαθανασοπούλου Βένια, Κοινοπραξία: Σκέψεις γύρω από τη νομική μορφή, το
νομικό καθεστώς και την αντιμετώπιση του εταιρικού αυτού μορφώματος από τη
νομοθεσία και τη νομολογία, ΔηΣΚΕ 1/2004
Παπαπαναγιώτου Άννα-Ζάχου Χαρίκλεια, Προσέγγιση του Ν. 4412/2016 υπό το πρίσμα
των σημαντικότερων αλλαγών που εισήγαγε προσαρμόζοντας την κοινοτική Οδηγία
2014/24/ΕΕ, ΘΠΔΔ, Τεύχος 2/2018
Παπασταμάτης Ζήσης, Η έννοια της Υπεργολαβίας κατά την εκτέλεση Δημοσίων
Έργων, διαθέσιμο σε https://e-postirixis.gr/blog/law_explanation/%CE%B7-%CE%AD%CE%BD%CE%BD%CE%BF%CE%B9%CE%B1-%CF%84%CE%B7%CF%82-%CF%85%CF%80%CE%B5%CF%81%CE%B3%CE%BF%CE%BB%CE%B1%CE%B2%CE%AF%CE%B1%CF%82-%CE%BA%CE%B1%CF%84%CE%AC-%CF%84%CE%B7%CE%BD-%CE%B5%CE%BA%CF%84/
Περάκης Ευάγγελος, Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, 2000
του ιδίου, παρατηρήσεις ΑΠ (Ολομ.) 14/2007, ΔΕΕ 2007
του ιδίου, σημειώσεις στην ΟΛΑΠ 14/2007, Δ 2007
Πετροπούλου Μαρία, Οι περιορισμοί στη δυνατότητα προσφυγής στη δάνεια εμπειρία
με βάση την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Χρονικό
Νομολογίας, Τεύχος 2-2017

Πισίνα Ιωάννα, Η δικονομική μεταχείριση των ενώσεων προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Πολιτική Δικονομία και Εργατικό Δίκαιο, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2018-2019

Πισμύρη Βικτωρία, Το ζήτημα της «υποχρεωτικής υπεργολαβίας» υπό τη σκοπιά της απόφασης ΔΕΕ της 26ης Ιανουαρίου 2023 επί της υπόθεσης C-403/21 (SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș), ΘΠΔΔ 7/2023

Πλεύρη Άννα, Μη δικαιούχοι και μη υπόχρεοι διάδικοι στην πολιτική δίκη, Διδακτορική Διατριβή, Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης (ΑΠΘ), 2014

Ποδηματά Ευαγγελία, Ικανότητα δικαίου χωρίς νομική προσωπικότητα; Σκέψεις για τις ρυθμίσεις των §§2-3 άρθρ. 251 Ν. 4072/2012 και την δογματική ένταξή τους στο ουσιαστικό και δικονομικό πεδίο, Πρακτικά του 40^{ου} Πανελληνίου Συνεδρίου ΕΕΔ (2015), 2016

Πουρνάρας Ευάγγελος, Η Κοινοπρακτική Σύμβαση στον κατασκευαστικό τομέα (CONSORTIUM), Εκδόσεις Σάκκουλα, 2010

του ιδίου, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 14/2007, ΕΕμπΔ 2007

Πρεβεδούρου Ευγενία, Η συμμετοχή των εταιρειών χαρτοφυλακίου στις προσκλήσεις υποβολής προσφορών στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως δημοσίων έργων, Επιθεώρηση Δημοσίου Δικαίου & Διοικητικού Δικαίου, 1998

Ράικος Δημήτριος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 3^η έκδοση, 2019

του ιδίου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 4^η Έκδοση, 2022

Ροζής Θωμάς, Παρατηρήσεις στη ΣτΕ 1553/2022-Ο πάροχος δάνειας εμπειρίας ως υπεργολάβος στις δημόσιες συμβάσεις, ΘΠΔΔ, Τεύχος 8-9/2020

Ρόκας Νικόλαος, Εμπορικές Εταιρείες, 6^η Έκδοση, 2008

του ιδίου, Εμπορικές Εταιρείες, 7^η Έκδοση, 2012

του ιδίου, Οι ρυθμίσεις του Ν. 4072/2012 εντασσόμενες στην εξέλιξη του όλου εταιρικού δικαίου, ΝοΒ 2013

Σαμαρτζής Κωνσταντίνος, σημείωση στη ΣτΕ 780/2019, ΔΔίκη 2019

του ιδίου, ενημερωτικό σημείωμα στη ΣτΕ 605/2008, ΝοΒ 2008,

του ιδίου, ενημερωτικό σημείωμα στη ΣτΕ 605/2008, ΘΠΔΔ, Τεύχος 10-11/2008

Σειραδάκης Μιχάλης, Από τη *de lege ferenda* «δάνεια εμπειρία» στη *de lege lata* υπεργολαβία, «Δημόσιο Δίκαιο» Επιστημονικό Περιοδικό της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), έτος 2016 (1), Τεύχος 4 (Οκτώβριος-Δεκέμβριος)

του ιδίου, Ο ρόλος των αποφάσεων της ΑΕΠΠ στην αναγνώριση έννομου συμφέροντος αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα, ΘΠΔΔ, Τεύχος 8-9/2020

του ιδίου, Η κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων από ενώσεις και κοινοπραξίες, ΣΥΝ 147, 2021

του ιδίου, Λόγοι αποκλεισμού και κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, Η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και η κάλυψή τους μέσω της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, ΘΠΔΔ, Τεύχος 12/2022

Σημαντήρας Κωνσταντίνος, Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου, 1988

Σιούτη Γλυκερία, σε Διοικητικό Δίκαιο, *Γέροντας Απόστολος, Παυλόπουλος Προκόπης, Σιούτη Γλυκερία, Φλογαϊτής Σπυρίδων*, 5^η Έκδοση, 2022

Σκουλούδης Ζαχαρίας, Περιορισμοί Κοινοπραξιών, ΝοΒ 1995

Σιαφαρίκα Αθηνά, Ζητήματα εκ της κοινοπραξίας, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2012

Σινανιώτη-Μαρούδη Αριστέα, Εμπορικό Δίκαιο, Εταιρείες, 3^η Έκδοση, 2012

Σκαρίπας Δημήτριος, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 14/2007, ΝοΒ 2007

Σκουρής Βασίλειος, Υποκατάσταση αρχικού αναδόχου από κοινοπραξία. Απαγόρευση της υποκατάστασης και έκπτωση του αναδόχου, σε διοικητικές συμβάσεις και δημόσια έργα, 1997

Σκουρής Παναγιώτης, Το μετρό Θεσσαλονίκης, Αρμ 2005

Σόφτα Λιάνα, Ενώσεις προσώπων που επιδιώκουν κάποιο σκοπό, χωρίς να είναι σωματεία και εταιρείες χωρίς νομική προσωπικότητα, Νομιμοποίηση-Δεδικασμένο-Εκτελεστότητα, Μεταπτυχιακή Διατριβή στο Αστικό Δικονομικό Δίκαιο Π.Μ.Σ. Ιδιωτικού Δικαίου, Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης, 2002

Σπηλιοπούλου Βασιλική, σε Δημόσιες Συμβάσεις, Διεύθυνση Έκδοσης Θ. Πανάγος-Β. Σπηλιοπούλου, 2021

Σπηλιωτόπουλος Επαμεινώνδας-Κονδύλης Βασίλειος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος Ι, 16^η Έκδοση, 2023

Συμεωνίδου Όλγα, σε Δημόσιες Συμβάσεις, Διεύθυνση Έκδοσης Θ. Πανάγος-Β. Σπηλιοπούλου, 2021

Σφυρή Αλεξάνδρα, Υπεργολαβία & δημιουργούμενες σχέσεις-Ανώμαλη εξέλιξη στη σύμβαση υπεργολαβίας (πλην καθυστερήσεων), Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2005

Σωτηρόπουλος Γεώργιος, Κοινοπραξία εκτέλεσης δημόσιου τεχνικού έργου: νομική φύση και εφαρμοστέοι κανόνες ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου (Παρατ. στην ΑΠ 22/1998), ΕΕμπΔ 1998

του ιδίου, παρατηρήσεις στην ΟΛΑΠ 22/1998, ΕΕμπΔ 1998

του ιδίου, εις ΔικΠΕ, Τόμος 1 & 2, 2001

του ιδίου, Θέματα διαχείρισης και εκπροσώπησης της ομόρρυθμης και ετερόρρυθμης εταιρείας - Σύγχρονες σκέψεις σε ορισμένα θεμελιώδη ζητήματα του δικαίου των προσωπικών εμπορικών εταιρειών μετά το Ν. 4072/2012, ΔΕΕ 2013

Ταμαμίδης Αναστάσιος, Ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων – Νομολογιακή Αντιμετώπιση, ΘΠΔΔ, Τεύχος 7/2013

Τέλλης Νικόλαος, εις ΔικΠΕ, Τόμος 1, 2001

Τζέλλου Αλεξάνδρα και Μάτσος Γεώργιος, παρατηρήσεις στην ΣτΕ 605/2008, Αρμ 2008

Τομαράς Δημήτριος, Δημόσιες Συμβάσεις, ερμηνεία του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά τον Ν. 4782/2021, 3^η Έκδοση, 2022

Τριάντος Νικόλαος, Αστικός Κώδικας, Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2009

Τροβά Ελένη, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και το δίκαιο της απελευθέρωσης του διεθνούς εμπορίου, 2000

Τροβά Ελένη-Σκουρής Παναγιώτης, Το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, 2009

Τσιρωνάς Αθανάσιος, παρατηρήσεις στην ΕΑ ΣτΕ 141/2012, ΔιΔικ 2013

του ιδίου, Η νομική φύση των συμβάσεων σύμπραξης δημοσίου και ιδιωτικού τομέα, του Ν. 3389/2005, ΕΔΔΔΔ 2008

Τσολακίδης Ζαφείριος, Η αναγνώριση «ικανότητας δικαίου» σε στερούμενες νομικής προσωπικότητας ενώσεις στο Ν. 4072/2012, ΧρΙδΔ 2013
Φίλιος Παύλος, Γενικές Αρχές Αστικού, 4^η Έκδοση, 2011
Φίλιος Χρίστος, Περιουσία και χωριστές περιουσίες, 2015
Χαραλαμποπούλου Ακριβή, Η νέα ρύθμιση στο δίκαιο της κοινοπραξίας με τον Ν. 4072/2012, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2015
Χατζηγιαννάκης Βασίλειος, Το έννομο συμφέρον προσφέροντος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης – Η έννοια του οριστικώς αποκλεισθέντος, ΕΔΔΔ, Τόμος 63, Τεύχος 1, 2019
Χατζηκωστή Μαρία, Η Κοινοπραξία: δικαιοπρακτική δέσμευση και ευθύνη των μελών της, Διπλωματική Εργασία για το μάθημα «Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας», Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2001
Χειμώνη Αγγελική, Η νομική προσωπικότητα της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, Διπλωματική Εργασία, Π.Μ.Σ. Τομέα Α΄ Ιδιωτικού Δικαίου, Εθνικό & Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών, 2012
Ψυχομάνης Σπυρίδων, Δίκαιο εμπορικών εταιρειών, 2013
του ιδίου, Οι επελθούσες με το Ν. 4072/2012 αλλαγές στο δίκαιο των προσωπικών εταιρειών, 2012

Ξενόγλωσση

Alemanno Alberto, Marchés publics. Arrêt "Métro de Thessalonique", Revue du droit de l'Union européenne 2003 n° 1
Andrecka Marta, Innovative public-private partnerships, in Research Handbook on EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2016
Antonucci Marco, L' associazione temporanea di imprese e il principio comunitario dell' unanimità per la proposizione del ricorso, Il Consiglio di Stato 2005 II
Arrowsmith Sue, The Law of Public and Utilities Procurement, 2nd Edition, London, Sweet & Maxwell, 2005
της ίδιας, The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU & UK, Volume 2, 3rd Edition, Sweet & Maxwell, 2011
Aubert Michel, Broussy Emmanuelle, Donnat Francis, Chronique de jurisprudence communautaire. Concession de services, L'actualité juridique; droit administrative, 2010
Aubert Michel, Broussy Emmanuelle, Cassagnabère Hervé, Chronique de jurisprudence de la CJUE. A titre de justification de ses capacités économiques et financières ou techniques et professionnelles, un opérateur peut faire valoir les capacités d' autres entités auxquelles il est lié (1ère affaire). Un pouvoir adjudicateur peut, sous certaines conditions, demander à un candidat de compléter son dossier de candidature après l' expiration du délai imparti pour déposer celle-ci (2ème affaire), L' actualité juridique, droit administrative, 2013

Balocco Giovanni, La riforma del subappalto: l'ennesima lesione ai principi concorrenziali di matrice europea, Articolo, tratto dalla rivista Urbanistica e Appalti, Ipsoa, segnalazione del 23.01.2018

Barone Anselmo, Brevi osservazioni in tema di attuazione delle direttive CEE sugli appalti pubblici, Il Foro italiano, 1993

Bassani Vincent, Marchés publics. Exclusion du soumissionnaire, Europe 2019 Décembre Comm. n° 12

Bassani-Winckler Vincent, Marchés publics - Critères de sélection, Europe 2023, n° 3 Mars, comm. 102

Belorgey Jean-Marc, Gervasoni Stéphane, Lambert Christian, Passation du marché, L'actualité juridique; droit administrative, 2003

Boesen Arnold, Upleger Martin, Das Gebot der Selbstaussführung und das Recht zur Unterbeauftragung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2004

Bottone Enrico, Il divieto di rinegoziazione dell' offerta nella concessione di servizi, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2010

Boutard-Labarde Marie-Chantal, Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services, Journal du droit international, 1993

Bouveresse Aude, Procédures de passation, Europe 2013, Décembre Comm. n° 12

της ιδίας, La Cour réaffirme que le pouvoir adjudicateur est tenu d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés sans qu'il puisse être opposable au soumissionnaire d'autres critères émanant d'une loi, jurisprudence ou pratique nationale, Europe 2016, Septembre Comm. n° 8-9

της ιδίας, Correction financière, Europe 2016 Octobre Comm. n° 10

της ιδίας, Service public de transport de voyageurs par route, Europe 2016 Décembre n° 12

της ιδίας, La Cour confirme la possibilité de limiter voire d'interdire le recours à la sous-traitance conformément aux dispositions du règlement (CE) n° 1370/2007, qui demeurent applicables, au vu de l'interprétation stricte de l'exception prévue à l'article 5, § 1, du règlement, Europe 2016 Décembre Comm. n° 12

της ιδίας, Capacité économique et financière du soumissionnaire, Europe 2017 novembre n° 11

Bovis Christopher, Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions, Common Market Law Review, 49(1), 2012

του ιδίου, Introduction, in Research Handbook on EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2016

του ιδίου, Judicial activism and public procurement, in Research Handbook on EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2016

του ιδίου, Public contracts in public procurement regulation, in Research Handbook on EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2016

Brabant Andre, Les marchés publics et privés dans la C.E.E. et Outre Mer, Bruylant, 1992

Broussy Emmanuelle, Donnat Francis, Lambert Christian, Voies de recours, L'actualité juridique; droit administrative, 2006

Brown Adrian, Case C-176/98: Technical and Financial Standing of Contractors; Bidder's Reliance upon the Resources of its Parent Companies, *Public Procurement Law Review*, 2000

του ιδίου, Post-Tender Changes in the Membership of a Bidding Consortium: Case C-57/01 *Makedoniko*, *Public Procurement Law Review*, 2003

του ιδίου, Changing a Sub-contractor Under a Public Services Concession: *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main*, *Public Procurement Law Review*, 2010

του ιδίου, EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts outside the Procurement Directives, 2010, PPLR

του ιδίου, The Court of Justice Rules That, Subject to Certain Conditions, a Contracting Authority May Require a Minimum Level of Economic Standing to be Demonstrated by Reference to Particular Aspects of the Bidding Company's Balance Sheet: Case C-218/11 *Edukövizig and Hochtief Construction AG*, *Public Procurement Law Review*, 2013

του ιδίου, Should a Bidding Consortium be Excluded from a Public Procurement When One of its Members Loses a Required Qualification? The EU Court of Justice ruling in Case C-223/16 *Casertana Construzioni Srl*, *Public Procurement Law Review* 2018

του ιδίου, The lawfulness of national rules limiting the percentage of a public contract which may be subcontracted to third parties and limiting the percentage by which the price of the subcontracted services may be reduced: *Tedeschi Srl (C-402/18)*, *Public Procurement Law Review*, 2020

Caranta Roberto, Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness in S. Treumer and F. Lichere (eds), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen: DJOF, 2011

του ιδίου, The interplay between EU legislation and effectiveness, effective judicial protection and the right to an effective remedy in EU public procurement law, *Review of European Administrative Law (REALaw)*, 2019

Cazet Safia, Égalité de traitement et transparence, *Europe* 2017 Avril n° 06

Chavrier Henri, *L'actualité juridique; droit administratif*, 1994

Cortés Martín José Manuel, Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Enero - Abril 2010, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2010 n° 34

Cozzio Michele, Tozzo Edoardo, Subcontracting Limitation as Expressed by Italian Legislation of Public Contracts Does Not Comply with European Law: Judgment of the Court of Justice of the European Union (Fifth Chamber) of 26 September 2019 in Case 63/18 *Vitali SpA v Autostrade per l'Italia SpA*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2020 n° 2

Czerwiński Marcin, Consortium Agreement and the Legal Framework for Groups of Economic Operators in Polish and French Public Procurement Law, in *Days of Law* 2015

Daniel Élise, Cumul des capacités de soumissionnaires, *Europe* 2016, Juin Comm. n° 6

Dero-Bugny Delphine, Perrin Alix, Cour de justice, 1ère ch., 14 Septembre 2017, *Casertana Costruzioni Srl c/ Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise et Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S.*, aff. C-223/16,

ECLI:EU:C:2017:685, Jurisprudence de la CJUE 2017, Bruylant, Bruxelles. Décisions et commentaires, 2018

των ιδίων: Cour de justice, 5e ch., 5 avril 2017, « Borta » UAB c/ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, aff. C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, Jurisprudence de la CJUE 2017, Bruylant, Bruxelles. Décisions et commentaires 2018

Dragos Dacian C., Sub-dimensional public procurement in the European Union, in Research Handbook on EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2016
Driguez Laetitia, Marchés publics - Exclusion d'un soumissionnaire, Europe 2021, n° 8-9 août

Durviaux Ann Lawrence, Les seuils minima relatifs à la capacité économique, Revue trimestrielle de droit européen, 2013

Elsner Bernt, Bilanzkennzahl als Mindestanforderung zulässig, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2013

Flamme Maurice-André, Les associations momentanées, Annales de Droit de Liege, 1964

Fox Gregory, Restrictions on subcontracting under EU public procurement rules: à propos the Opinion of AG Sharpston (C-406/14), 23 November 2015, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2015/11/restrictions-on-subcontracting-under-eu.html>

Fratea Caterina, La portata delle direttive in pendenza del termine di recepimento: riflessioni a margine della sentenza Casertana Costruzioni, Studi sull'integrazione europea 2018 n° 2

Fruhmann Michael, Formulierung von Vorlagen, Vergaberechtsschutz und Antragslegitimation, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis 2003

Gale Ian L., Hausch Donald B., Stegeman Mark, Sequential procurement with subcontracting, International Economic Review, vol 41, No 4, 2001

Gerscha Arnold, Berufung auf die Leistungsfähigkeit Dritter bei Dienstleistungsaufträgen, European Law Reporter, 2000

Gideon Adrea, The saga of Mr Brouillard and the EU Courts (F-148/15, T-420/13, C-298/14 ... and C-590/15 P), 29 February 2016, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2016/2/26/the-saga-of-mr-brouillard-and-the-eu-courts-f14815-t42013-c29814-and-c-59015-p>

Graells Albert Sánchez, Public Procurement and the EU Competition Rules, 2nd Edition, Hart Publishing, 2015

των ιδίων, Why Do You Need to Have Sustained Profits to Perform a Public Contract? A Critical View on C-218/11, 22 October 2012, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2012/10/why-do-you-need-to-have-sustained.html>

των ιδίων, Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24 (June 13, 2013), in *F. Lichere, R. Caranta and S. Treumer* (ed), Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement, vol. 6 European Procurement Law Series, Copenhagen, Djøf Publishing, 2014, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2279114> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2279114>

του ιδίου, CJEU offers further clarification on rules for reliance on third party capacities and the possibility to impose restrictions thereof (C-324/14), 11 April 2016, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2016/4/8/cjeu-offers-further-clarification-on-rules-for-reliance-on-third-party-capacities-c-32414>

του ιδίου, ECJ clarifies coordination between transport and general procurement rules, but will this help in future? (C-292/15), 29 October 2016, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2016/10/29/ecj-leaves-rather-messy-set-of-rules-for-the-award-of-public-transport-concessions-c-29215>

του ιδίου, ECJ clarifies that reliance on third party capacities is not possible after the tenderer has been found not to comply with qualitative selection criteria (C-387/14), 9 May 2017, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/5/9/u0oht1gy4f1vgo9b4thvu08ydkxjci>

του ιδίου, CJEU AG Wahl issues excessively formalistic Opinion on 'crumbling' reliance on third party capacities (C-223/16), 17 May 2017, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/5/15/interesting-ag-opinion-on-crumbling-reliance-on-third-party-capacities-c-22316>

του ιδίου, CJEU backs automatic exclusion of tenderers that had relied on no longer qualified third parties (C-223/16), 18 September 2017, available at <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/9/18/cjeu-backs-automatic-exclusion-of-tenderers-that-had-relied-on-now-no-longer-qualified-third-parties-c-22316>

Greco Guido, La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.a. a capitale pubblico, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1994

Gölles Hans, Referenzen durch andere Unternehmen - Nachtrag zu ZVB 2016/37, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2016

του ιδίου, Berufung auf Dritte beim Nachweis von Referenzen, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2016

Hamann Markus, Bünning Martin, Vergaberecht: Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit durch Bezugnahme auf Bilanzposten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2012

Henty Paul, Can Member States Bar Court Action by Individual Members of a Consortium? The ECJ decision in Espace Trianon Case C-129/04, Espace Trianon SA and Société wallone de location-financement SA (Sofibail) v Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM), Public Procurement Law Review, 2006

Hoepffner Hélène, La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire, Revue française de droit administrative, 2011

Jouguelet Jean-Pierre/Granjon Romain, Les groupements d'entreprises: le nouveau Code lève-t-il tout les incertitudes?, BJCP 2003, No 26

Jürgen Adam, Risiken der Änderung eines Dienstleistungskonzessionsvertrags: Anmerkung zu EuGH, U. v. 13.04.2010 - Rs. C-91/08 - Wall, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, 2010

Jürschik Corina, Vergaberecht: Vergabe eines Unterauftrags an Dritte und Preisabschlüsse, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2020

Justin Marion, Sourcing from the Enemy: Horizontal Subcontracting in Highway Procurement, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 63, Issue 1, 2015

Koomen Miriam J., Beroepsrecht van aannemerscombinatie bij aanbesteding, *Nederlandse staatscourant* 2003 n° 20

Kotsonis Totis, The Legality of Imposing Special Conditions on Economic Operators that Rely on Third Parties for the Performance of the Contract: Case C-234/14 *Ostas celtnieks SIA v Talsu novada pasvaldiba, Iepirkumu uzraudzibas birojs*, *Public Procurement Law Review*, 2016

του ιδίου, Case C-324/14 *Partner Apelski Dariusz v Zarzad Oczyszczania Miasta: The Circumstances in Which it is Permissible to Restrict the Ability of Bidders to Rely on Third Parties*, *Public Procurement Law Review*, 2017

Kovač Matjaž, Upravljanje pogodb pri javnem naročanju, *Pravna praksa* 2017 n° 28-29

Kranjc Vesna, Omejena uporaba pravil OZ v pogodbah o javnem naročilu, *Podjetje in delo* 2016 n° 6-7

Lacny Justyna, Korekty fi nansowe nakładane na instytucje zamawiające za naruszenia prawa zamówień publicznych – uwagi do wyroków Trybunału Sprawiedliwości w połączonych sprawach C-260/14 i C-261/14, *Județul Neamț i Județul Bacău przeciwko Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice oraz w sprawie C-406/14*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2017 Vol. 9

Liet Vaux Georges/Thuillier Andrée, *Le droit des constructeurs*, Litec, 1994

Llorens François, *Contrats et Marches Publics* 2003

Lotze Andreas, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2003

Macolino Antonio, Il subappalto nei contratti pubblici dopo il D.L. n. 77/2021, Interpretazione dei principi giuridici eurounitari nell'attuazione delle nuove norme, 10.01.2022, διαθέσιμο σε <https://www.altalex.com/documents/news/2022/01/10/il-subappalto-nei-contratti-pubblici-dopo-il-dl-77-2021>

Manzoni Massimo, Una nuova condanna per l' Italia in materia di appalti pubblici, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992

Marloth Maria Henze, Dittmer Martin André, Ændring af tilbudsgivers brug af underleverandører efter kontrakttildelingen - i lyset af EU-Domstolens afgørelse i sag C-91/08 *Wall, EU-ret & menneskeret* 2010

Masaracchia Antonino, Appalti: sì a cumulo delle capacità di più imprese per soddisfare i requisiti imposti dall' aggiudicatrice. La "somma" è conforme all' obiettivo di aprire le gare alla maggiore concorrenza, *Guida al Diritto*, 2013, n° 43

Matei Emanuela, The Remedies in public procurement, in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016

της ιδίας, The Remedies in public procurement, ἀμφοτέρα in *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016

Mattassoglio Francesca, La modificazione soggettiva delle associazioni temporanee di imprese: la parola torna agli Stati, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003

McGowan David, Questions of reliance and replacement of entities subject to grounds of exclusion: a note on *Rad Service Srl Unipersonale v Del Debbio SpA (C-210/20)*, *Public Procurement Law Review*, 2021

Meister Marie, Capacité économique et financière, Europe 2012, Décembre Comm. n° 12

Meisse Eric, Procédures de passation. L'interdiction totale ou partielle du recours à la sous-traitance, comme condition d'attribution d'un marché, n'est pas contraire au droit communautaire s'il apparaît que le pouvoir adjudicateur n'a pas été préalablement mis en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants, Europe 2004 Mai Comm. n° 140

Mezei Péter, A digitális jogkimerülés határai az Európai Unióban és az Egyesült Államokban - I. rész, Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle, 2015, 5.szám

Miller Daniel P., Subcontracting and competitive bidding on incomplete procurement contracts, The Rand Journal of Economics, vol. 45, issue 4, 2014

Moretti Luigi, Valbonesi Paola, Subcontracting in Public Procurement: An empirical Investigation, Department of Economics and Management, University of Padova, Working Paper No 154, November 2012, revised in March 2013

Musschebroeck Youri, Verhoeven Flore, Public Procurement Subcontracting: requiring contractor to execute main part of contract is, in principle, unlawful, 27.04.2017, διαθέσιμο σε https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/04/public-procurement-subcontracting-requiring-contractor-to-execute-main-part-of-contract-is-in-principle-unlawful?cc_lang=en

Muzina Aleksij, Javna narocila: krsitve evropskega prava v revizijskem postopku: C-314/01, Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner proti Hauptverband der österreichischer Sozialversicherungsträger, Bietergemeinschaft EDS/ORGa, Evropsko pravo in praksa 2004 n° 3

Novak-Stief Monika, Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Verbots von Subunternehmerleistungen und des österreichischen Vergaberechtsschutzsystems, European Law Reporter, 2004

Pachner Franz, Zur Aktivlegitimation einzelner Mitglieder von Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften im Nachprüfungsverfahren, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2005

Panagopoulos Spyros, Strategic EU public procurement and small and medium size enterprises, in Research Handbook on EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2016

Peraldi-Leneuf Fabienne, Marchés publics - Sous-traitance, Europe 2020 Janvier Comm. n° 1

Pergolizzi Laura, Il subappalto e la Legge europea, tratto da: ildirittoamministrativo.it, 05.07.2022, διαθέσιμο σε <https://www.segretariacomunalivighenzi.it/archivio/anno-2022/Luglio/05-07-2022-il-subappalto-e-la-legge-europea#null>

Perotti Daniele, Del possesso anche indiretto dei requisiti per la partecipazione ad un appalto di servizi, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2000

Pesendorfer Hannes, Guger Jacqueline, Beschränkung der Weitergabe des Auftrags an Subunternehmer, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2019

Picardi Irene, Subappalto ancora nel mirino europeo, I giudici lombardi hanno deciso di chiedere alla Corte di Giustizia se l'art. 105, comma 2 del D.Lgs. 50/2016 sia

conforme alla Direttiva 2014/24/UE, διαθέσιμο σε <https://www.appaltiecontratti.it/2018/01/09/subappalto-ancora-nel-mirino-europeo/>

Pohar Klemen, Sklicevanje na zmogljivosti drugih subjektov v postopkih javnega naročanja, Pravna praksa, 2016, n° 20-21

του ιδίου, Izločitev ponudnika iz postopka javnega naročanja iz razlogov, ki niso navedeni v razpisni dokumentaciji, Pravna praksa, 2016, n° 27

του ιδίου, Omejitev možnosti sodelovanja med gospodarskimi subjekti v postopku javnega naročanja, Pravna praksa, 2017 n° 20-21

Reidt Olaf, Vergaberecht: Kein Ausschluss von Hilfsunternehmen nach Angebotsabgabe, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2017

Rosenkötter Annette, Stützung auf die Kapazitäten anderer Unternehmen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2016

Rossi Giuseppe, Giurisprudenza italiana, 1995

Salamun Michaela, Verpflichtender Abschluss eines Kooperations- oder Gesellschaftsvertrags, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2016

της ιδίας, Die RL 2014/24 als Auslegungsleitlinie der RL 2004/18, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2016

της ιδίας, Beschränkung der Subvergabe mittels Prozentsatz des Auftragswerts, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2016

της ιδίας, Ausschluss von Subunternehmern bei Verkehrsdiensten im öff Straßenpersonenverkehr, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2019 N°2

της ιδίας, Substituierbarkeit“ der technischen Leistungsfähigkeit unter BIEGE-Mitgliedern und Änderungen der AU während des Vergabeverfahrens, Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2019

Salina Marco, Appalti pubblici, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2017,

Sarie-Eldin Hani, Consortia Agreements in the International Construction Industry with Special Reference to Egypt, International and Economic Development Law 4, Kluwer Law International, 1996

Schmaltz Benoît, Limiter la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées, AJDA 2016

Servaes Bart, Het 'beschikkingsrecht' van een moedervenootschap over de middelen van een dochter in het kader van een openbare aanbesteding, Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap, 1994

Simon Denys, Obligation de transparence en cas de modification d'une concession de service public, Europe 2010 Juin Comm. n° 208

του ιδίου, Modification des offres, Europe 2017 Juillet Comm. n° 267

του ιδίου, Marchés publics - Confidentialité des informations, Europe 2021, n° 11 Novembre

Smith Susie, Swm Costruzioni 2 SpA, Manocchi Luigino DI v Provincia di Fermo (C-94/12), Public Procurement Law Review, 2014

της ιδίας, The Legality of Restricting Subcontracting by Reference to a Fixed Percentage of Work under a Contract, the Definition of Financial "Irregularity" and

Calculation of Financial Corrections in the Context of EU Funded Projects: Case C-406/14 Wrocław, Public Procurement Law Review, 2016

Steiner Marc, Man nehme eine Prise «presstext», etwas Rechtsschutz in Vergabesachen, relativiere das Ganze durch den Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, und fertig ist das Urteil «Wall»!, European Law Reporter 2010

Steinicke Michael/Vesterdorf Peter L., EU Public Procurement Law, Brussels Commentary, 2018

Taylor Jonathan, An illustration of confidentiality rules, contract-specific turnover requirements and proportionality in applying exclusions: Klaipėdos Regiono Atlieku Tvarkymo Centras UAB (C-927/19): case comment, Public Procurement Law Review, 2022

Treumer Steen, Recent Trends in the Case Law from the European Court of Justice in R. Nielsen and S. Treumer (eds), New EU Public Procurement Directives, Copenhagen, Djøf Forlag, 2005

του ιδίου, in EU Public Procurement Law: An Introduction, Editor Sue Arrowsmith, 2011

Trtnik Milena Basta, Poziv za predložitev dokazil samo najugodnejšemu ponudniku? Ne vedno!, Pravna praksa, 2017, n° 24-25

Trybus Martin, The new EU defense procurement regime, in Research Handbook on EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2016

van Garsse Steven, Concessions and public procurement, in Research Handbook on EU Public Procurement Law, Edward Elgar Publishing, 2016

Wollenberg Simon, Schwarz Benjamin, Rückgriff auf Kapazitäten Dritter, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2016

Ανεξάρτητες δημοσιεύσεις

M.R. Mok., Ondernemingsrecht, 2000

X: Giurisprudenza italiana, 2000

M.R. Mok, Nederlandse jurisprudentie, Uitspraken in burgerlijke en strafzaken, 2014, n° 34

Brief 37, Public Procurement, Subcontracting, SIGMA-OECD, September 2016, available at <https://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-37-200117.pdf>

NΟΜΟΘΕΣΙΑ

Νόμοι

N. 2190/1920

N. 4694/1930

A.N. 1845/1951

N. 2117/1952

N. 3190/1955

N. 3484/1955

N. 716/1977

N. 1418/1984

N. 1599/1986
N. 2169/1993
N. 2522/1997
N. 2810/2000
N. 4015/2000
N. 2940/2001
N. 3316/2005
N. 3389/2005
N. 3419/2005
N. 3588/2007
N. 3621/2007
N. 3669/2008
N. 3863/2010
N. 3886/2010
N. 3978/2011
N. 4072/2012
N. 4281/2014
N. 4308/2014
N. 4412/2016
N. 4413/2016
N. 4441/2016
N. 4472/2017
N. 4491/2017
N. 4554/2018
N. 4605/2019
N. 4609/2019
N. 4623/2019
N. 4727/2020
N. 4764/2020
N. 4782/2021
N. 5014/2023

Προεδρικά Διατάγματα

ΠΔ 609/1985
ΠΔ 105/1989
ΠΔ 173/1990
ΠΔ 186/1992
ΠΔ 226/1992
ΠΔ 59/2007
ΠΔ 60/2007
ΠΔ 118/2007
ΠΔ 71/2019

Νομοθετικά Διατάγματα

Ν.Δ. 1312/1949
Ν.Δ. 3874/1958
Ν.Δ. 551/1970

Υπουργικές Αποφάσεις

Κ.Υ.Α. 136710/2011
Υ.Α. 56902/215/2017
Κ.Υ.Α. 117384/2017
Κ.Υ.Α. 64233/2021
Κ.Υ.Α. 166278/2021
Υ.Α. Δ17α/01/13/ΦΝ430/27.02.2002

Κανονισμοί

Κανονισμός (ΕΚ) 1370/2007
Κανονισμός (ΕΕ) 807/2010
Κανονισμός (ΕΕ) 910/2014
Κανονισμός (ΕΕ) 2016/7
Κανονισμός (ΕΕ) 2022/1031
Κανονισμός (ΕΕ) 2023/2495
Κανονισμός (ΕΕ) 2023/2496

Οδηγίες

Οδηγία 71/304/ΕΟΚ
Οδηγία 71/305/ΕΟΚ
Οδηγία 77/62/ΕΟΚ
Οδηγία 89/440/ΕΟΚ
Οδηγία 89/665/ΕΟΚ
Οδηγία 92/13/ΕΟΚ
Οδηγία 92/50/ΕΟΚ
Οδηγία 93/36/ΕΟΚ
Οδηγία 93/37/ΕΟΚ
Οδηγία 93/38/ΕΟΚ
Οδηγία 2004/17/ΕΚ
Οδηγία 2004/18/ΕΚ
Οδηγία 2005/51/ΕΚ
Οδηγία 2005/75/ΕΚ
Οδηγία 2007/66/ΕΚ
Οδηγία 2009/81/ΕΚ
Οδηγία 2014/23/ΕΕ
Οδηγία 2014/24/ΕΕ
Οδηγία 2014/25/ΕΕ

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

Συμβούλιο της Επικρατείας

ΣτΕ 4037/1979
ΣτΕ 3075/1982
ΣτΕ 3725/1982
ΣτΕ 18/1983
ΣτΕ 1845/1983
ΣτΕ 1666/1986
ΣτΕ 2923/1986
ΣτΕ 4607/1986
ΣτΕ 2672/1987
ΣτΕ 3143/1987
ΣτΕ 2840/1988
ΣτΕ (7μελής) 239/1990
ΣτΕ 2094/1990
ΣτΕ 1259/1991
ΣτΕ (7μελής) 3306/1991
ΣτΕ (7μελής) 2218/1992
ΣτΕ (7μελής) 2513/1993
ΣτΕ 1884/1996
ΣτΕ 1825/1997
ΣτΕ 2403/1997
ΣτΕ (Ολομ.) 4355/1997
ΣτΕ (Ολομ.) 971/1998
ΣτΕ (7μελής) 1125/1998
ΣτΕ (Ολομ.) 1934/1998
ΣτΕ 1941/1998
ΣτΕ 3199/1998
ΣτΕ 3335/1998
ΣτΕ 3615/1998
ΣτΕ 963/2000
ΣτΕ 2452-2453/2000
ΣτΕ 305/2002
ΣτΕ 2780/2003
ΣτΕ 734/2004
ΣτΕ 3243/2004
ΣτΕ 156/2005
ΣτΕ (7μελής) 311/2006
ΣτΕ 3497/2006
ΣτΕ 1212/2007
ΣτΕ 1622/2007
ΣτΕ 2789/2007
ΣτΕ 3112/2007
ΣτΕ (Ολομ.) 605/2008
ΣτΕ (Ολομ.) 606/2008
ΣτΕ 802/2008

ΣτΕ 1399/2008
ΣτΕ 1495/2008
ΣτΕ 1788-1793/2008
ΣτΕ 2370/2008
ΣτΕ 2405/2008
ΣτΕ 2807/2008
ΣτΕ 3642/2008
ΣτΕ 421/2009
ΣτΕ 812/2009
ΣτΕ 3348/2009
ΣτΕ 32/2010
ΣτΕ 34/2010
ΣτΕ 464/2010
ΣτΕ 544/2010
ΣτΕ 2017/2010
ΣτΕ 3562/2010
ΣτΕ 3655/2010
ΣτΕ 214-215/2011
ΣτΕ 600/2011
ΣτΕ 1760/2011
ΣτΕ (Ολομ.) 3471/2011
ΣτΕ 3894/2011
ΣτΕ 4312/2011
ΣτΕ 137/2012
ΣτΕ 1583/2012
ΣτΕ 1668/2012
ΣτΕ 2073/2012
ΣτΕ 227/2013
ΣτΕ (7μελής) 1844/2013
ΣτΕ 1845/2013
ΣτΕ 1955/2013
ΣτΕ 2700/2013
ΣτΕ 3018/2013
ΣτΕ 1339/2014
ΣτΕ 2747/2014
ΣτΕ 2827/2014
ΣτΕ 3485/2014
ΣτΕ 4901/2014
ΣτΕ 1086/2015
ΣτΕ 2029/2015
ΣτΕ 3653/2015
ΣτΕ 1809/2017
ΣτΕ 2149/2017
ΣτΕ 2366/2017

ΣτΕ 1217/2018
ΣτΕ 568/2019
ΣτΕ 780/2019
ΣτΕ 1251-1252/2019
ΣτΕ 1718/2019
ΣτΕ 1719/2019
ΣτΕ 2025/2019
ΣτΕ 421/2020
ΣτΕ 1185/2020
ΣτΕ 1186/2020
ΣτΕ 1187/2020
ΣτΕ (Ολομ.) 1819/2020
ΣτΕ 1904/2020
ΣτΕ 2508/2020
ΣτΕ 2631/2020
ΣτΕ 388/2021
ΣτΕ 389/2021
ΣτΕ 505/2021
ΣτΕ 615/2021
ΣτΕ 884/2021
ΣτΕ 1588/2021
ΣτΕ 1785/2021
ΣτΕ 2095/2021
ΣτΕ 327/2022
ΣτΕ 553/2022
ΣτΕ 554/2022
ΣτΕ 725/2022
ΣτΕ 892/2022
ΣτΕ 893/2022
ΣτΕ 898/2022
ΣτΕ 1245/2022
ΣτΕ 1552-1553/2022
ΣτΕ 1554/2022
ΣτΕ 1612/2022
ΣτΕ 1647/2022
ΣτΕ 1792/2022
ΣτΕ 136/2023
ΣτΕ 1656/2023
ΣτΕ 56/2024

Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας

ΕΑ ΣτΕ 6/1998
ΕΑ ΣτΕ 12/2001
ΕΑ ΣτΕ 94/2002

EA ΣτΕ 242/2002
EA ΣτΕ 466/2002
EA ΣτΕ 988/2003
EA ΣτΕ 990/2003
EA ΣτΕ 1030/2005
EA ΣτΕ 196/2006
EA ΣτΕ 380/2006
EA ΣτΕ 632/2006
EA ΣτΕ 900/2006
EA ΣτΕ 1091/2006
EA ΣτΕ 174/2007
EA ΣτΕ 252/2007
EA ΣτΕ 505/2007
EA ΣτΕ 527/2007
EA ΣτΕ 537/2007
EA ΣτΕ 756/2007
EA ΣτΕ 784/2007
EA ΣτΕ 938/2007
EA ΣτΕ 1147/2007
EA ΣτΕ 74/2008
EA ΣτΕ 96/2008
EA ΣτΕ 138/2008
EA ΣτΕ 199/2008
EA ΣτΕ 200/2008
EA ΣτΕ 233/2008
EA ΣτΕ 246/2008
EA ΣτΕ 303/2008
EA ΣτΕ 377/2008
EA ΣτΕ 429/2008
EA ΣτΕ 698/2008
EA ΣτΕ 757/2008
EA ΣτΕ 818/2008
EA ΣτΕ 968/2008
EA ΣτΕ 1080/2008
EA ΣτΕ 95/2009
EA ΣτΕ 100/2009
EA ΣτΕ 216/2009
EA ΣτΕ 306/2009
EA ΣτΕ 421/2009
EA ΣτΕ 686/2009
EA ΣτΕ 707/2009
EA ΣτΕ 736/2009
EA ΣτΕ 896/2009
EA ΣτΕ 959/2009

EA ΣτΕ 1066/2009
EA ΣτΕ 1148/2009
EA ΣτΕ 1162/2009
EA ΣτΕ 1190/2009
EA ΣτΕ 1285/2009
EA ΣτΕ 1318/2009
EA ΣτΕ 1348/2009
EA ΣτΕ 163/2010
EA ΣτΕ 234/2010
EA ΣτΕ 347/2010
EA ΣτΕ 393/2010
EA ΣτΕ 53/2011
EA ΣτΕ 193/2011
EA ΣτΕ 198/2011
EA ΣτΕ 582/2011
EA ΣτΕ 588/2011
EA ΣτΕ 613/2011
EA ΣτΕ 645/2011
EA ΣτΕ 141/2012
EA ΣτΕ 143/2012
EA ΣτΕ 144/2012
EA ΣτΕ 231/2012
EA ΣτΕ 306/2012
EA ΣτΕ 717/2012
EA ΣτΕ 718/2012
EA ΣτΕ 734/2012
EA ΣτΕ 735/2012
EA ΣτΕ 828/2012
EA ΣτΕ (Ολομ.) 136/2013
EA ΣτΕ 226/2013
EA ΣτΕ 282/2013
EA ΣτΕ 283/2013
EA ΣτΕ 284/2013
EA ΣτΕ 317/2013
EA ΣτΕ 374/2013
EA ΣτΕ 405/2013
EA ΣτΕ 409/2013
EA ΣτΕ 410/2013
EA ΣτΕ 411/2013
EA ΣτΕ 413/2013
EA ΣτΕ 415/2013
EA ΣτΕ 441/2013
EA ΣτΕ 442/2013
EA ΣτΕ 443/2013

ΕΑ ΣτΕ 51/2014
ΕΑ ΣτΕ 52/2014
ΕΑ ΣτΕ 81/2014
ΕΑ ΣτΕ 92/2014
ΕΑ ΣτΕ 446/2014
ΕΑ ΣτΕ 2827/2014
ΕΑ ΣτΕ 14/2015
ΕΑ ΣτΕ 51/2015
ΕΑ ΣτΕ 124/2015
ΕΑ ΣτΕ 190/2015
ΕΑ ΣτΕ 1086/2015
ΕΑ ΣτΕ 132/2016
ΕΑ ΣτΕ 28/2017
ΕΑ ΣτΕ 26/2018
ΕΑ ΣτΕ 27/2018
ΕΑ ΣτΕ 52/2018
ΕΑ ΣτΕ 102/2018
ΕΑ ΣτΕ 107/2018
ΕΑ ΣτΕ 126/2018
ΕΑ ΣτΕ 135/2018
ΕΑ ΣτΕ 114-115/2019
ΕΑ ΣτΕ 204/2019
ΕΑ ΣτΕ (Ολομ.) 235/2019
ΕΑ ΣτΕ 239/2019
ΕΑ ΣτΕ 341/2019
ΕΑ ΣτΕ 42/2020
ΕΑ ΣτΕ 72/2020
ΕΑ ΣτΕ 163/2020
ΕΑ ΣτΕ 170/2020
ΕΑ ΣτΕ 206/2020
ΕΑ ΣτΕ 15/2021
ΕΑ ΣτΕ 68/2021
ΕΑ ΣτΕ 134/2021
ΕΑ ΣτΕ 205/2021
ΕΑ ΣτΕ 660/2022
ΕΑ ΣτΕ 1347/2023

Διοικητικά Εφετεία

Αθηνών

ΔΕφΑθ 354/1988
ΔΕφΑθ 762/1988
ΔΕφΑθ 505/1989
ΔΕφΑθ 576/1989
ΔΕφΑθ 75/1990

ΔΕφαθ 1922/1990
ΔΕφαθ 74/1999
ΔΕφαθ 909/1999
ΔΕφαθ 6000/1999
ΔΕφαθ (Αναστ.) 454/2011
ΔΕφαθ (Αναστ.) 476/2011
ΔΕφαθ (Αναστ.) 477/2011
ΔΕφαθ (Αναστ.) 478/2011
ΔΕφαθ (Αναστ.) 484/2011
ΔΕφαθ (Αναστ.) 491/2011
ΔΕφαθ 3440/2011
ΔΕφαθ (Αναστ.) 809/2012
ΔΕφαθ (Αναστ.) 889/2012
ΔΕφαθ 21/2013
ΔΕφαθ (Αναστ.) 452/2013
ΔΕφαθ 800/2013
ΔΕφαθ (Αναστ.) 234/2014
ΔΕφαθ 238/2014
ΔΕφαθ 355/2014
ΔΕφαθ (Αναστ.) 425/2014
ΔΕφαθ 810/2014
ΔΕφαθ 1169/2014
ΔΕφαθ 28/2015
ΔΕφαθ 267/2015
ΔΕφαθ 2368/2016
ΔΕφαθ (Αναστ.) 287/2017
ΔΕφαθ (Αναστ.) 136/2018
ΔΕφαθ 2519/2018
ΔΕφαθ (Αναστ.) 57/2019
ΔΕφαθ (Αναστ.) 236/2019
ΔΕφαθ 320/2019
ΔΕφαθ 4585/2019
ΔΕφαθ 795/2020
ΔΕφαθ 1064/2020
ΔΕφαθ 53/2021
ΔΕφαθ 75/2021
ΔΕφαθ 140/2021
ΔΕφαθ (Αναστ.) 206/2021
ΔΕφαθ 209/2021
ΔΕφαθ (Αναστ.) 226/2021
ΔΕφαθ 901/2021
ΔΕφαθ 1745/2021
ΔΕφαθ 1939/2021
ΔΕφαθ 2072/2021

ΔΕφΑθ 41/2022
ΔΕφΑθ 48/2022
ΔΕφΑθ 996/2022
ΔΕφΑθ 1110/2022
ΔΕφΑθ 1127/2022
ΔΕφΑθ 1384/2022
ΔΕφΑθ 1685/2022
ΔΕφΑθ 1711/2022
ΔΕφΑθ 436/2023
ΔΕφΑθ 695/2023
ΔΕφΑθ 699/2023
ΔΕφΑθ 721/2023
ΔΕφΑθ 728/2023
ΔΕφΑθ 906/2023
ΔΕφΑθ 1002/2023
ΔΕφΑθ 1208/2023
ΔΕφΑθ 1791/2023

Θεσσαλονίκης

ΔΕφΘεσσαλ 1043/2013
ΔΕφΘεσσαλ 1/2020
ΔΕφΘεσσαλ 318/2020
ΔΕφΘεσσαλ 550/2020
ΔΕφΘεσσαλ 18/2021
ΔΕφΘεσσαλ 90/2021
ΔΕφΘεσσαλ (Αναστ.) 143/2021
ΔΕφΘεσσαλ 444/2022
ΔΕφΘεσσαλ 516/2022
ΔΕφΘεσσαλ 179/2023
ΔΕφΘεσσαλ 236/2023

Κομοτηνής

ΔΕφΚομ 466/2012
ΔΕφΚομ (Αναστ.) 39/2017
ΔΕφΚομ 77/2021

Λάρισας

ΔΕφΛαρ 324/2000
ΔΕφΛαρ 143/2023

Πατρών

ΔΕφΠατρ 39/2017
ΔΕφΠατρ (Αναστ.) 7/2018
ΔΕφΠατρ (Αναστ.) 47/2020

ΔΕφΠατρ 107/2020
ΔΕφΠατρ (Αναστ.) 33/2021
ΔΕφΠατρ 69/2021
ΔΕφΠατρ 97/2021

Πειραιώς

ΔΕφΠειρ 883/1989
ΔΕφΠειρ 87/2005
ΔΕφΠειρ 120/2021

Τριπόλεως

ΔΕφΤριπ 8/2019
ΔΕφΤριπ (Αναστ.) 29/2019
ΔΕφΤριπ 69/2022

Χανίων

ΔΕφΧαν 296/2000
ΔΕφΧαν 25/2021
ΔΕφΧαν 38/2023

Διοικητικά Πρωτοδικεία

Αθηνών

ΔΠρΑθ 3794/1999

Άρειος Πάγος

ΑΠ 184/1955
ΑΠ 185/1969
ΑΠ 486/1971
ΑΠ 2039/1986
ΑΠ 1397/1991
ΑΠ 1365/1992
ΑΠ 427/1994
ΑΠ 751/1994
ΑΠ 1211/1994
ΑΠ 464/1995
ΑΠ 1180/1995
ΑΠ 1266/1996
ΑΠ (Ολομ.) 13/1997
ΑΠ (Ολομ.) 22/1998
ΑΠ (Ολομ.) 12/1999
ΑΠ 1468/2000
ΑΠ 936/2002
ΑΠ 940/2002
ΑΠ 1325/2002

ΑΠ 41/2003
ΑΠ 977/2003
ΑΠ 581/2004
ΑΠ 345/2006
ΑΠ 393/2006
ΑΠ 1043/2006
ΑΠ 1511/2006
ΑΠ (Ολομ.) 14/2007
ΑΠ 543/2007
ΑΠ 570/2007
ΑΠ 2138/2007
ΑΠ 241/2010
ΑΠ 654/2010
ΑΠ 36/2011
ΑΠ 1949/2011
ΑΠ 702/2012
ΑΠ 119/2013
ΑΠ 199/2013
ΑΠ 1374/2013
ΑΠ 139/2014
ΑΠ 680/2014
ΑΠ 1948/2014
ΑΠ 2146/2014
ΑΠ 1333/2017
ΑΠ 572/2019
ΑΠ 1142/2019
ΑΠ 192/2021
ΑΠ 381/2021

Εφετεία (πολιτικά)

Αθηνών

ΕφΑθ 3062/1975
ΕφΑθ 1724/1981
ΕφΑθ 10734/1986
ΕφΑθ 3849/1989
ΕφΑθ 4670/1993
ΕφΑθ 2374/1994
ΕφΑθ 4426/1998
ΕφΑθ 8046/2000
ΕφΑθ 9482/2001
ΕφΑθ 3486/2002
ΕφΑθ 6420/2003
ΕφΑθ 6721/2004
ΕφΑθ 6766/2005

Εφαθ 4379/2006
Εφαθ 6608/2006
Εφαθ 176/2007
Εφαθ 2328/2008
Εφαθ 2329/2008
Εφαθ 3263/2008
Εφαθ (Μον.) 165/2017

Δυτικής Μακεδονίας

ΕφΔυτΜακ 9/2006
ΕφΔυτΜακ 44/2011

Θεσσαλονίκης

ΕφΘεσσαλ 1261/1979
ΕφΘεσσαλ. 961/1983
ΕφΘεσσαλ 3396/1987
ΕφΘεσσαλ 27/1994
ΕφΘεσσαλ 3449/2003
ΕφΘεσσαλ 25/2004
ΕφΘεσσαλ 1201/2006
ΕφΘεσσαλ 2186/2006
ΕφΘεσσαλ 114/2008

Θράκης

ΕφΘράκης 570/2002

Λάρισας

ΕφΛαρ 6/2006
ΕφΛαρ 379/2013
ΕφΛαρ 198/2014
ΕφΛαρ 386/2014
ΕφΛαρ (Μον.) 218/2015

Πατρών

ΕφΠατρ 822/2004
ΕφΠατρ 882/2004
ΕφΠατρ 801/2006
ΕφΠατρ 56/2009

Πειραιώς

ΕφΠειρ 907/1988
ΕφΠειρ 206/1997
ΕφΠειρ 754/2001
ΕφΠειρ 16/2003

ΕφΠειρ 999/2003
ΕφΠειρ 412/2004
ΕφΠειρ 386/2008
ΕφΠειρ (Μον.) 143/2011

Πρωτοδικεία Πολιτικά (Μονομελή και Πολυμελή)

Αθηνών

ΠΠρΑθ 5336/2009
ΠΠρΑθ 2725/2010
ΠΠρΑθ 4583/2011
ΠΠρΑθ 545/2012
ΜΠρΑθ 2711/2018

Βόλου

ΜΠρΒολ 1134/1993

Θεσσαλονίκης

ΠΠρΘεσσαλ 11999/1995
ΠΠρΘεσσαλ 7627/1996

Καλαμάτας

ΜΠΚαλαμ 391/1988

Ελεγκτικό Συνέδριο (Κλιμάκια και Τμήματα)

Τμήματα

ΕλΣυν Τμήμα VI 76/2005
ΕλΣυν Τμήμα VI 221/2006
ΕλΣυν Τμήμα VI 72/2007
ΕλΣυν Τμήμα VI 233/2007
ΕλΣυν Τμήμα VI 4/2008
ΕλΣυν Τμήμα VI 86/2008
ΕλΣυν Τμήμα VI 1860/2009
ΕλΣυν Τμήμα VI 220/2011
ΕλΣυν Τμήμα VI 2197/2011
ΕλΣυν Τμήμα VI 2221/2011
ΕλΣυν Τμήμα VI 2752/2011
ΕλΣυν Τμήμα VI 255/2012
ΕλΣυν Τμήμα VI 527/2012
ΕλΣυν Τμήμα VI 676/2012
ΕλΣυν Τμήμα VI 235/2013
ΕλΣυν Τμήμα VI 929/2013
ΕλΣυν Τμήμα VI 1906/2013
ΕλΣυν Τμήμα VI 2118/2013
ΕλΣυν Τμήμα VI 2551/2013

ΕλΣυν Τμήμα VII (σε Συμβούλιο) 40/2014
ΕλΣυν Τμήμα VI 558/2014
ΕλΣυν Τμήμα VI 1644/2014
ΕλΣυν Τμήμα VII 9/2015
ΕλΣυν Τμήμα VI 2403/2015
ΕλΣυν Τμήμα VI 1790/2016
ΕλΣυν Τμήμα VI 2390/2016
ΕλΣυν Τμήμα VI 2391/2016
ΕλΣυν Τμήμα VI 402/2017
ΕλΣυν Τμήμα VI 1071/2017
ΕλΣυν Τμήμα VI 1338/2017
ΕλΣυν Τμήμα I 1413/2017
ΕλΣυν Τμήμα VII 135/2018
ΕλΣυν Τμήμα VI 234/2018
ΕλΣυν Τμήμα VI 296/2018
ΕλΣυν Τμήμα VI 482/2018
ΕλΣυν Τμήμα VI 844/2018
ΕλΣυν Τμήμα VI 1068/2018
ΕλΣυν Τμήμα VI 17/2019
ΕλΣυν Τμήμα VI 1359/2020
ΕλΣυν Τμήμα VII 55/2019
ΕλΣυν Τμήμα I 235/2019
ΕλΣυν Τμήμα VII 114/2019
ΕλΣυν Τμήμα VII 158/2021
ΕλΣυν Τμήμα VII 1161/2021
ΕλΣυν Τμήμα VII 1306/2021
ΕλΣυν Τμήμα VII 1474/2021
ΕλΣυν Τμήμα VII 1815/2021
ΕλΣυν Τμήμα VII 1896/2021
ΕλΣυν Τμήμα VII 392/2022
ΕλΣυν Τμήμα VII 676/2023
ΕλΣυν Τμήμα VII 886/2023
ΕλΣυν Τμήμα VII 1159/2023
ΕλΣυν Τμήμα VII 1638/2023

Μείζων 7μελής Σύνοψη

ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνοψης 992/2011
ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος, 7μελούς Σύνοψης 514/2012
ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος, 7μελούς Σύνοψης 610/2012
ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνοψης 1434/2012
ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνοψης 393/2013
ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνοψης 3212/2013
ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνοψης 6025/2015
ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνοψης 866/2018

ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος 7μελούς Σύνθεσης 590/2019

Ολομέλεια

ΕλΣυν (Ολομ.) 2138/2020

Κλιμάκια

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 172/2007

ΕλΣυν ΣΤ΄ Κλιμάκιο 266/2007

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 388/2009

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 235/2010

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 278/2010

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 433/2010

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 467/2010

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 390/2011

ΕλΣυν Ζ΄ Κλιμάκιο 502/2012

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 30/2013

ΕλΣυν Ζ΄ Κλιμάκιο 63/2013

ΕλΣυν ΣΤ΄ Κλιμάκιο 157/2016

ΕλΣυν ΣΤ΄ Κλιμάκιο 242/2016

ΕλΣυν ΣΤ΄ Κλιμάκιο 57/2018

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 151/2018

ΕλΣυν Ζ΄ Κλιμάκιο 153/2018

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 703/2020

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 436/2022

ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο 578/2023

Νομικό Συμβούλιο του Κράτους

Γνμδ. ΝΣΚ (ατομική) 3/1990

Γνμδ. ΝΣΚ (Ολομ.) 21/1998

Γνμδ. ΝΣΚ 62/1998

Γνμδ. ΝΣΚ 161/1998

Γνμδ. ΝΣΚ 239/1999

Γνμδ. ΝΣΚ 157/2001

Γνμδ. ΝΣΚ 180/2001

Γνμδ. ΝΣΚ 242/20001

Γνμδ. ΝΣΚ 346/2001

Γνμδ. ΝΣΚ 677/2002

Γνμδ. ΝΣΚ (Ολομ.) 47/2003

Γνμδ. ΝΣΚ 97/2003

Γνμδ. ΝΣΚ 333/2003

Γνμδ. ΝΣΚ 406/2003

Γνμδ. ΝΣΚ 49/2004

Γνμδ. ΝΣΚ 464/2005

Γνμδ. ΝΣΚ 550/2005

Γνμδ. ΝΣΚ 188/2007
Γνμδ. ΝΣΚ 218/2007
Γνμδ. ΝΣΚ 291/2007
Γνμδ. ΝΣΚ 457/2008
Γνμδ. ΝΣΚ 486/2008
Γνμδ. ΝΣΚ 497/2008
Γνμδ. ΝΣΚ 435/2009
Γνμδ. ΝΣΚ 74/2011
Γνμδ ΝΣΚ 339/2012
Γνμδ. ΝΣΚ 263/2014
Γνμδ. ΝΣΚ 315/2016
Γνμδ. ΝΣΚ 223/2017
Γνμδ. ΝΣΚ 259/2017
Γνμδ. ΝΣΚ 184/2019

Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)

ΑΕΠΠ 21/2017
ΑΕΠΠ 96/2017
ΑΕΠΠ 149/2017
ΑΕΠΠ 171/2017
ΑΕΠΠ 208/2017
ΑΕΠΠ 231/2017
ΑΕΠΠ 246/2017
ΑΕΠΠ 247/2017
ΑΕΠΠ 253/2017
ΑΕΠΠ 30/2018
ΑΕΠΠ 40/218
ΑΕΠΠ 237/2018
ΑΕΠΠ 259/2018
ΑΕΠΠ 269/2018
ΑΕΠΠ 416/2018
ΑΕΠΠ 426/2018
ΑΕΠΠ 451/2018
ΑΕΠΠ 480/2018
ΑΕΠΠ 611/2018
ΑΕΠΠ 641/2018
ΑΕΠΠ 766/2018
ΑΕΠΠ 775/2018
ΑΕΠΠ 987/2018
ΑΕΠΠ 1044/2018
ΑΕΠΠ 1166/2018
ΑΕΠΠ 9/2019
ΑΕΠΠ 56/2019
ΑΕΠΠ 118/2019

ΑΕΠΠ 164/2019
ΑΕΠΠ 364-365/2019
ΑΕΠΠ 520/2019
ΑΕΠΠ 566/2019
ΑΕΠΠ 672/2019
ΑΕΠΠ 760/2019
ΑΕΠΠ 807/2019
ΑΕΠΠ 827/2019
ΑΕΠΠ 915/2019
ΑΕΠΠ 1033/2019
ΑΕΠΠ 1205/2019
ΑΕΠΠ 1218/2019
ΑΕΠΠ 1301/2019
ΑΕΠΠ 7/2020
ΑΕΠΠ (7μελής) 11/2020
ΑΕΠΠ 30/2020
ΑΕΠΠ 38/2020
ΑΕΠΠ 177/2020
ΑΕΠΠ 214-215/2020
ΑΕΠΠ 216/2020
ΑΕΠΠ 227/2020
ΑΕΠΠ 325/2020
ΑΕΠΠ 338/2020
ΑΕΠΠ 348/2020
ΑΕΠΠ 408-409/2020
ΑΕΠΠ 423/2020
ΑΕΠΠ 505/2020
ΑΕΠΠ 536/2020
ΑΕΠΠ 608/2020
ΑΕΠΠ 699/2020
ΑΕΠΠ 738/2020
ΑΕΠΠ 772/2020
ΑΕΠΠ 777-779/2020
ΑΕΠΠ 886/2020
ΑΕΠΠ 971/2020
ΑΕΠΠ 1005/2020
ΑΕΠΠ 1284/2020
ΑΕΠΠ 1404/2020
ΑΕΠΠ 1526/2020
ΑΕΠΠ 1580/2020
ΑΕΠΠ 1635/2020
ΑΕΠΠ 25/2021
ΑΕΠΠ 33/2021
ΑΕΠΠ 67/2021

ΑΕΠΠ 164/2021
ΑΕΠΠ 394/2021
ΑΕΠΠ 438-439/2021
ΑΕΠΠ 505/2021
ΑΕΠΠ 557/2021
ΑΕΠΠ 588/2021
ΑΕΠΠ 620/2021
ΑΕΠΠ 679/2021
ΑΕΠΠ 701/2021
ΑΕΠΠ 765/2021
ΑΕΠΠ 845/2021
ΑΕΠΠ 851/2021
ΑΕΠΠ 942/2021
ΑΕΠΠ 1004/2021
ΑΕΠΠ 1108/2021
ΑΕΠΠ 1206/2021
ΑΕΠΠ 1360/2021
ΑΕΠΠ 1424/2021
ΑΕΠΠ 1490-1491/2021
ΑΕΠΠ Σ1656-1657/2021
ΑΕΠΠ 1660/2021
ΑΕΠΠ 1752/2021
ΑΕΠΠ 1777/2021
ΑΕΠΠ 226/2022
ΑΕΠΠ 274/2022
ΑΕΠΠ 287/2022
ΑΕΠΠ 328/2022
ΑΕΠΠ 362/2020
ΑΕΠΠ 368/2022

Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.)

ΕΑΔΗΣΥ 4/2022
ΕΑΔΗΣΥ 427/2022
ΕΑΔΗΣΥ Σ683/2022
ΕΑΔΗΣΥ Σ873/2022
ΕΑΔΗΣΥ 703/2022
ΕΑΔΗΣΥ 867-868/2022
ΕΑΔΗΣΥ 1127/2022
ΕΑΔΗΣΥ 1189/2022
ΕΑΔΗΣΥ 1227/2022
ΕΑΔΗΣΥ 1322/2022
ΕΑΔΗΣΥ 1438/2022
ΕΑΔΗΣΥ 1460/2022
ΕΑΔΗΣΥ 1544/2022

ΕΑΔΗΣΥ 1557/2022
ΕΑΔΗΣΥ 1605/2022
ΕΑΔΗΣΥ 296/2023
ΕΑΔΗΣΥ 306/2023
ΕΑΔΗΣΥ 375/2023
ΕΑΔΗΣΥ 419/2023

Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης

ΔΕΕ 10.02.1982, C-76/81, *Transporoute κατά Ministère des travaux publics*,
EU:C:1982:49
ΔΕΕ 09.07.1987, C-27-29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI)*,
EU:C:1987:355
ΔΕΕ 20.09.1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV*, EU:C:1988:422
ΔΕΕ 05.12.1989, C-3/88, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, EU:C:1989:606
ΔΕΕ 25.07.1991, C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*,
EU:C:1991:323
ΔΕΕ 25.07.1991, C-353/89, *Επιτροπή κατά του Βασιλείου των Κάτω Χωρών*,
EU:C:1991:325
ΔΕΕ 03.06.1992, C-360/89, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, EU:C:1992:235
ΔΕΕ 19.04.1994, C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional κατά Comunidad Autónoma de Canarias κλπ.*, EU:C:1994:155
ΔΕΕ 14.04.1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV*, EU:C:1994:133
ΔΕΕ 25.04.1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, EU:C:1996:161
ΔΕΕ 18.12.1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, EU:C:1997:628
ΔΕΕ 18.12.1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep NV II*, EU:C:1997:636
ΔΕΕ 02.12.1999, C-176/98, *Holst Italia SpA*, EU:C:1999:593
ΔΕΕ 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*,
EU:C:2000:669
ΔΕΕ 05.10.2000, C-337/98, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, EU:C:2000:543
ΔΕΕ 08.03.2001, C-397/98, *Metallgesellschaft Ltd κ.λπ.* EU:C:2001:134
ΔΕΕ 12.07.2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*,
EU:C:2001:401
ΔΕΕ 08.03.2001, C-410/98, *Hoechst AG, Hoechst (UK) Ltd*, EU:C:2001:134
ΔΕΕ 12.12.2002, C-470/99, *Universale-Bau AG κλπ.*, EU:C:2002:746
ΔΕΕ 29.04.2004, C-496/99 P, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta SpA*,
EU:C:2004:236
ΔΕΕ 18.10.2001, C-19/00, *SIAC Construction Ltd*, EU:C:2001:553
ΔΕΕ 03.12.2001, C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, EU:C:2001:654
ΔΕΕ 18.06.2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)*, EU:C:2002:379
ΔΕΕ 14.11.2002, C-411/00, *Felix Swoboda*, EU:C:2002:660
ΔΕΕ 23.01.2003, C-57/01, *Μακεδονικό Μετρό & Μηχανική Α.Ε.*, EU:C:2003:47
ΔΕΕ 18.03.2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner*,
EU:C:2004:159

ΔΕΕ 19.06.2003, C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*, EU:C:2003:360

ΔΕΕ 04.12.2003, C-448/01, *EVN AG, WienstrommGmbH*, EU:C:2003:651

ΔΕΕ 12.02.2004, C-230/02, *Grossmann Air Service*, EU:C:2004:93

ΔΕΕ 14.10.2004, C-299/02, *Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών*, EU:C:2004

ΔΕΕ 11.01.2005, C-26/03, *Stadt Halle και RPL Lochau*, EU:C:2005:5

ΔΕΕ 18.11.2004, C-126/03, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, EU:C:2004:728

ΔΕΕ 21.07.2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, EU:C:2005:487

ΔΕΕ 27.10.2005, C-234/03, *Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA*, EU:C:2005:644

ΔΕΕ 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, EU:C:2005:605

ΔΕΕ 13.11.2007, C-507/03, *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας*, EU:C:2007:676

ΔΕΕ 08.09.2005, C-129/04, *Espace Trianon SA κλπ.*, EU:C:2005:521

ΔΕΕ 21.02.2008, C-412/04, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, EU:C:2008:102

ΔΕΕ 09.11.2006, C-433/04, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, EU:C:2006:702

ΔΕΕ 18.01.2007, C-220/05, *Auroux κλπ.*, EU:C:2007:31

ΔΕΕ 18.07.2007, C-399/05, *Επιτροπή κατά Ελλάδας*, EU:C:2007:446

ΔΕΕ 13.03.2007, C-432/05, *Unibet*, EU:C:2007:163

ΔΕΕ 25.10.2007, C-464/05, *Maria Geurts, Dennis Vogten*, EU:C:2007:631

ΔΕΕ 15.05.2008, C-147/06 & 148/06, *SECAP SpA & Santorso Soc. coop. Arl*, EU:C:2008:277

ΔΕΕ 15.04.2008, C-268/06, *Impact*, EU:C:2008:223

ΔΕΕ 17.07.2008, C-347/06, *ASM Brescia SpA*, EU:C:2008:416

ΔΕΕ 18.12.2007, C-357/06, *Frigerio Luigi & C. Snc*, EU:C:2007:818

ΔΕΕ 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, EU:C:2008:351

ΔΕΕ 04.10.2007, C-492/06, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, EU:C:2007:583

ΔΕΕ 24.01.2008, C-532/06, *Εμμ. Γ. Λιανάκης Α.Ε. κλπ. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης κλπ.*, EU:C:2008:40

ΔΕΕ 17.01.2008, C-105/07, *Lammers & Van Cleeff*, EU:C:2008:24

ΔΕΕ 12.11.2009, C-199/07, *Επιτροπή κατά Ελλάδας*, EU:C:2009:693

ΔΕΕ 16.12.2008, C-213/07, *Μηχανική Α.Ε.*, EU:C:2008:731

ΔΕΕ 29.10.2009, C-536/07, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, EU:C:2009:664

ΔΕΕ 19.05.2009, C-538/07, *Assitur Srl*, EU:C:2009:317

ΔΕΕ 29.10.2009, C-63/08, *Virginie Pontin*, EU:C:2009:666

ΔΕΕ 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG*, EU:C:2010:182

ΔΕΕ 06.05.2010, C-145/08 και C-149/08, *Κλαμπ Οτέλ Λουτράκι Α.Ε., Αθηναϊκή Τεχνική Α.Ε., Ευάγγελος Μαρινάκης κατά Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης, Υπουργού Επικρατείας, παρισταμένων των Athens Resort Casino Α.Ε. Συμμετοχών, Ελλάκτωρ Α.Ε., πρώην Ελληνική Τεχνοδομική Τ.Ε.Β. Α.Ε., Regency Entertainment Ψυχαγωγική και Τουριστική Α.Ε., πρώην Hyatt Regency Ξενοδοχειακή και Τουριστική (Ελλάς) Α.Ε., Λεωνίδα Μπόμπολα (C-145/08) και Άκτωρ Ανώνυμη Τεχνική Εταιρεία (Άκτωρ Α.Τ.Ε.) κατά Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης, παρισταμένης της Μηχανική Α.Ε. (C-149/08)*, EU:C:2008:306

ΔΕΕ 23.12.2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)*, EU:C:2009:807

ΔΕΕ 23.12.2009, C-376/08, *Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl*, EU:C:2009:808

ΔΕΕ 17.03.2011, C-95/10, *Strong Segurança SA κατά Município de Sintra*, EU:C:2011:161

ΔΕΕ 10.05.2012, C-368/10, *Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών*, EU:C:2012:284

ΔΕΕ 29.03.2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. κλπ.*, EU:C:2012:191

ΔΕΕ 18.10.2012, C-218/11, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövizig), Hochtief Construction AG Magyarország Fióktelepe, vov Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe*, EU:C:2012:643

ΔΕΕ 13.12.2012, C-465/11, *Forposta και ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801

ΔΕΕ 10.10.2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI*, EU:C:2013:646

ΔΕΕ 10.10.2013, C-336/12, *Manova A/S*, EU:C:2013:647

ΔΕΕ 10.07.2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, EU:C:2014:2063

ΔΕΕ 06.11.2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA*, EU:C:2014:2345

ΔΕΕ 08.05.2014, C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox srl κλπ.*, EU:C:2014:307

ΔΕΕ 12.03.2015, C-538/13, *eVigilo Ltd*, EU:C:2015:166

ΔΕΕ 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*, EU:C:2014:2235

ΔΕΕ 26.03.2015, C-601/13, *Ambisig-Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*, EU:C:2015:204

ΔΕΕ 14.01.2016, C-234/14, *«Ostas celtnieks» SIA*, EU:C:2016:6

ΔΕΕ 07.04.2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, EU:C:2016:214

ΔΕΕ 04.05.2017, C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o.*, EU:C:2017:338

ΔΕΕ 24.05.2016, C-396/14, *MT Højgaard A/S, Züblin A/S*, EU:C:2016:347

ΔΕΕ 14.07.2016, C-406/14, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, EU:C:2016:562

ΔΕΕ 22.10.2015, C-425/14, *Impresa Edilux Srl, ως εκπρόσωπος της κοινοπραξίας, Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)*, EU:C:2015:721

ΔΕΕ 02.06.2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, EU:C:2016:404

ΔΕΕ 27.10.2016, C-292/15, *Hörmann Reisen GmbH*, EU:C:2016:817

ΔΕΕ 05.04.2017, C-298/15, *Borta UAB*, EU:C:2017:266

ΔΕΕ 10.11.2016, C-590/15, *Alain Laurent Brouillard κατά Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, EU:C:2016:872

ΔΕΕ 13.07.2017, C-76/16, *Ingsteel spol. s r.o., Metrostav a.s. κατά Úrad pre verejné obstarávanie*, EU:C:2017:549

ΔΕΕ 11.05.2017, C-131/16, *Archus και Gama*, EU:C:2017:358

ΔΕΕ 20.12.2017, C-178/16, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, Guerrato SpA*, EU:C:2017:1000

ΔΕΕ 14.09.2017, C-223/16, *Casertana Costruzioni Srl*, EU:C:2017:685

ΔΕΕ 29.07.2019, C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarország Fióktelepe*, EU:C:2019:630

ΔΕΕ 19.06.2019, C-41/18, *Meca Srl*, EU:C:2019:507

ΔΕΕ 26.09.2019, C-63/18, *Vitali SpA*, EU:C:2019:718

ΔΕΕ 03.10.2019, C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA*, EU:C:2019:826
ΔΕΕ 30.01.2020, C-395/18, *Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA*, EU:C:2020:58
ΔΕΕ 27.11.2019, C-402/18, *Tedeschi Srl & Consorzio Stabile Istant Service*, EU:C:2019:1023
ΔΕΕ 11.06.2020, C-219/19, *Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura*, EU:C:2020:470
ΔΕΕ 24.03.2021, C-771/19, *NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. κλπ.*, EU:C:2021:232
ΔΕΕ 07.09.2021, C-927/19, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo entras*, EU:C:2021:700
ΔΕΕ 03.06.2021, C-210/20, *Rad Service Srl Unipersonale κλπ.*, EU:C:2021:445
ΔΕΕ 08.07.2021, C-295/20, «*Sanresa*» UAB, EU:C:2021:556
ΔΕΕ 28.04.2022, C-642/20, *Caruter Srl*, EU:C:2022:308
ΔΕΕ 06.10.2021, C-316/21, *Monument Vandekerckhove NV*, EU:C:2021:837
ΔΕΕ 26.01.2023, C-403/21, *SC NV Construct SRL*, EU:C:2023:47
ΔΕΕ 10.11.2022, C-486/21, *SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o.*, EU:C:2022:868
ΔΕΕ 30.09.2022, C-592/21, *ĒDIENS & KM.LV PS*, EU:C:2022:746
ΔΕΕ 10.11.2022, C-631/21, *Taxi Horn Tours BV*, EU:C:2022:869
ΔΕΕ 26.01.2023, C-682/21, «*HSC Baltic*» UAB, «*Mitnija*» UAB, «*Montuotojas*» UAB, EU:C:2023:48
ΔΕΕ 10.01.2023, C-469/22, *Ambisig - Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*, EU:C:2023:25

Πρωτοδικείο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΠΕΕ)

ΠΕΕ 14.09.2015, T-420/13, *Alain Laurent Brouillard κατά του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, EU:C:T:2015:633
ΠΕΕ 06.07.2005, T-148/04, *TQ3 Travel Solutions Belgium SA κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, EU:T:2005:274