

ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΙΣ
ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΚΑΙ
ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΤΡΙΜΗΝΙΑΙΟΝ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟΝ ΠΕΡΙΟΔΙΚΟΝ

Ιδρυθέν υπό Μ. Δ. ΣΤΑΣΙΝΟΠΟΥΛΟΥ, εν έτει 1957

ΚΩΔΙΚΟΣ 2825

ΤΟΜΟΣ 64 — ΤΕΥΧΟΣ Ι (σελ. 5 - 172) ΙΑΝΟΥΑΡΙΟΣ — ΜΑΡΤΙΟΣ 2020

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

	Σελίδα
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΒΛΑΧΟΥ, Η στήριξη του οικονομικού φορέα από τρίτους στις δημόσιες συμβάσεις: οι νέες ενωσιακές ρυθμίσεις και οι διαχρονικοί προβληματισμοί	5
ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ Επιμέλεια: ΑΠΟΣΤΟΛΟΣ ΠΑΠΑΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ	27
ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΑΚΤΙΚΩΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ Επιμέλεια: ΑΠΟΣΤΟΛΟΣ ΠΑΠΑΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ	107
ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΕΥΡΩΠΑΙΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΑΝΘΡΩΠΙΝΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ Επιμέλεια: ΑΠΟΣΤΟΛΟΣ ΠΑΠΑΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ	156
ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΕΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ - ΕΘΝΙΚΕΣ ΕΠΙΤΡΟΠΕΣ Επιμέλεια: ΗΒΗ ΜΑΥΡΟΜΟΥΣΤΑΚΟΥ	166
ΠΕΡΙΛΗΨΗ των περιεχομένων του τεύχους στη Γαλλική	172

ΕΚΔΟΣΕΙΣ:
ΠΑΝΑΓΙΩΤΗΣ ΓΑΛ. ΜΕΝΤΖΕΛΟΠΟΥΛΟΣ
ΑΣΚΛΗΠΙΟΥ 26-28 ΑΘΗΝΑ 106 80

ΑΘΗΝΑ
2020

253

Η ΣΤΗΡΙΞΗ ΤΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ ΑΠΟ ΤΡΙΤΟΥΣ ΣΤΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ: ΟΙ ΝΕΕΣ ΕΝΩΣΙΑΚΕΣ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΚΑΙ ΟΙ ΔΙΑΧΡΟΝΙΚΟΙ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΙ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΒΛΑΧΟΥ,

Δικηγόρος, LL.M Freiburg i.B., Σύμβουλος ΑΣΕΠ

Α. Εισαγωγή

Η παρούσα μελέτη επιδιώκει να προσδιορίσει και να αναλύσει το ενωσιακό και εθνικό πλαίσιο που διαμορφώνεται σχετικά με την συμμετοχή ενός τρίτου προσώπου - υπό την έννοια του φυσικού ή νομικού προσώπου ή ένωσης προσώπων - στη διαδικασία της ανάθεσης ή εκτέλεσης μιας δημόσιας σύμβασης, ήτοι προσώπου διάφορου από τον υποψήφιο ή τον προσφέροντα οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, όπως και του αναδόχου, στον οποίο τελικά κατακυρώνεται η σύμβαση.

Τα κύρια ζητήματα της παρούσας μελέτης εστιάζονται ιδίως στον προσδιορισμό της ταυτότητας του τρίτου και της έννομης σχέσης που μπορεί να έχει αυτός με την αναθέτουσα αρχή και τον υποψήφιο ή προσφέροντα οικονομικό φορέα ή τον ανάδοχο της σύμβασης, στο πλαίσιο της επιδίωξης ανοίγματος της αγοράς σε ενωσιακό αλλά και σε διεθνές επίπεδο, στις εγγυήσεις που οι νέες ρυθμίσεις των Οδηγιών παρέχουν, στη νομολογιακή εξέλιξη με τα κρίσιμα ιδίως ζητήματα που συνεχίζουν να απασχολούν το Δικαστήριο της Ένωσης.

Η συγκριτική επισκόπηση επιδιώκει να αναδείξει, μέσα από το πλέγμα των διατάξεων που ισχύουν για την κάθε περίπτωση συμμετοχής τρίτου, όπως αυτές ερμηνεύονται από το Δικαστήριο, την ευρύτητα των δυνατοτήτων συνεργειών των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, αλλά και τις ενδεχόμενες δυσχέρειες που μια τέτοια συνεργασία μπορεί να συνεπάγεται είτε για τον προσφέροντα είτε για την αναθέτουσα αρχή.

Β. Περιπτώσιολογία συμμετοχής τρίτου στην διαδικασία ανάθεσης και εκτέλεσης δημόσιας σύμβασης και η σημασία της σε ευρωπαϊκό και διεθνές επίπεδο

Οι ενωσιακοί κανόνες που διέπουν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων θεσπίστηκαν στο πλαίσιο της εγκαθίδρυσης της εσωτερικής αγοράς, εντός της οποίας διασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, η ελευθερία εγκατάστασης και παροχής υπηρεσιών και καταργούνται οι περιορισμοί του ανταγωνισμού¹. Για την επίτευξη του ανοίγματος της αγοράς και του αποτελε-

1. Αιτιολογική Σκέψη (1) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και

σματικού ανταγωνισμού η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς είναι προς το συμφέρον του ενωσιακού δικαίου.

Με έρεισμα στις παραπάνω αρχές της ΣΛΕΕ, πέραν της κατεξοχήν περίπτωσης συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα σε μια δημόσια σύμβαση ως υποψήφιου αντισυμβαλλόμενου, το ενωσιακό δίκαιο, και όχι μόνον², προέβλεψε και άλλες μορφές συμμετοχής του, με χαρακτήρα κυρίως επικουρικό στον υποψήφιο ή προσφέροντα οικονομικό φορέα ή ανάδοχο της σύμβασης, διευρύνοντας με τον τρόπο αυτό το δικαίωμα συμμετοχής στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης³. Οι περιπτώσεις αυτές, που αποτελούν κατά κύριο λόγο μορφές συνεργασίας του υποψηφίου αναδόχου, αποτελούν στο σύγχρονο περιβάλλον της αγοράς υπηρεσιών, αγαθών και έργων από το δημόσιο μια συνήθη, συχνά αναπόφευκτη, διαδικασία, που επιβάλλουν αφενός οι τεχνικές και οικονομικές απαιτήσεις μιας σύμβασης, αφετέρου η μορφή της ευρωπαϊκής επιχειρηματικότητας, που συνίσταται σε πολύ μεγάλο βαθμό από μικρομεσαίες επιχειρήσεις, ακόμα δε περισσότερο της ελληνικής. Για το λόγο αυτό οι περιπτώσεις συμμετοχής ενός τρίτου οικονομικού φορέα σε μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης μπορεί να αξιολογηθούν ως ιδιαιτέρως σημαντικές και καθοριστικές τόσο στο πλαίσιο της ανταγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης, όσο και της επιτυχούς ολοκλήρωσής της.

Εξάλλου, η σημασία της διασφάλισης συμμετοχής τρίτων στην διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στο άνοιγμα της αγοράς με ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, αναγνωρίζεται και στη νομολογία του Δικαστηρίου, σε όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών⁴.

(α) Μια πρώτη σημαντική μορφή συμμετοχής τρίτου προσώπου σε μια δημόσια σύμβαση, που προβλέφθηκε στο ενωσιακό δίκαιο, είναι η περίπτωση της δάνειας ικανότητας, που οι διατάξεις του άρθρου 63 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις και του άρθρου 79 της 2014/25/ΕΕ Οδηγίας για τις συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών πρώην εξαιρούμενων φο-

Συμβουλίου, βλ. και ΔΕΚ Απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-619, σκέψη 2.

2. Η συμμετοχή τρίτου με την μορφή υπεργολαβίας χρησιμοποιείται ευρέως και στο θεσμικό πλαίσιο των Η.Π.Α. ως κύριο εργαλείο για την βελτίωση των ευκαιριών για τις μικρές επιχειρήσεις, Federal Acquisition Regulation (FAR 2019) Subpart 19.7 – The Small Business Subcontracting Program, FAR Part 44.00.

3. Βλ. ΔΕΕ Απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, υπόθεση C-314/01, Siemens και Arge Telecom, σκέψεις 42-44.

4. ΔΕΕ, Απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, υπόθεση C-324/14, Partner Apelski Dariusz κατά Zarząd Oczyszczania Miasta, σκέψεις 33, 34, Απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, υπόθεση C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI κατά Provincia di Fermo, σκέψεις 29 και 33.

ρέων προέβλεψαν και ενσωματώθηκαν στο άρθρο 78 και στο άρθρο 307 του ν. 4412/2016 αντίστοιχα⁵.

Οι ανωτέρω διατάξεις αποτελούν αποτύπωση της επί μακρό χρονικό διάστημα διαμορφωθείσας νομολογίας του Δικαστηρίου της Ένωσης επί του θέματος, εκκινώντας από την υπόθεση *Ballast Nedam Groep* (C-389/92), ενώ περιλήφθησαν πρώτη φορά στη ενωσιακή νομοθεσία με σχετικές διατάξεις των Οδηγιών 18/2004 και 17/2004⁶.

Συνίσταται στην περίπτωση που ένας υποψήφιος οικονομικός φορέας, μη δυνάμενος να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, έχει το δικαίωμα να συμμετέχει στην διαδικασία ανάθεσης με προσφυγή στις δυνατότητες ενός τρίτου φορέα για την απόδειξη της καταλληλότητάς του, αρκεί να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας, έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους, οι οποίοι θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση του αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης.

Η περίπτωση της δάνειας ικανότητας αφορά είτε την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του προσφέροντα, είτε την τεχνική ή επαγγελματική ικανότητά του, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης.

Το ενωσιακό δίκαιο δεν εξειδικεύει, με τις διατάξεις των Οδηγιών, τη νομική φύση του δεσμού μεταξύ των δύο οικονομικών φορέων. Με την Απόφαση C-176/98 (*Holst Italia*) κρίθηκε ότι ο δανεισμός της ικανότητας μπορεί να έχει ως νομική βάση οποιαδήποτε έννομη σχέση εταιρικής εξάρτησης, αλλά και οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, αρκεί να αποδεικνύεται στην πράξη η συνεργασία μεταξύ των δύο οικονομικών φορέων και η διάθεση των πόρων του ενός προς τον άλλον. Αρκεί δηλαδή να υφίσταται η εν λόγω συνεργασία ανεξάρτητα από τη φύση του μεταξύ τους νομικού δεσμού (λ.χ. μητρική και θυγατρική εταιρία, εταιρία holding και εξαρτημένων εταιριών κ.λπ.)⁷.

Ομοίως, και σε περίπτωση που Ένωση προσώπων υποβάλλει προσφορά σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης μπορεί αυτή να στηρίζεται στις

5. Επισημαίνεται η μη εφαρμογή των διατάξεων για την δάνεια ικανότητα στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων. Ωστόσο και στις περιπτώσεις αυτές ισχύει η τήρηση των αρχών της ΣΛΕΕ και κατά συνέπεια πρέπει να διασφαλίζεται ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός των υποψηφίων.

6. Βλ. Α. Ταμιμίδης, «Η δάνεια εμπειρία-Νομολογική αντιμετώπιση», ΘΠΔΔ 7/2016, σ. 593, Κ. Γιαννακόπουλος, *Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης -Μεγάλες Αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, Σάκκουλας, 2019, σελ. 242 επ..

7. Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2019, σ. 469 με παραπομπές σε ΔΕΚ Απόφαση της 2.12.1999, υπόθεση C-176/98, *Holst Italia* κατά Comune di Cagliari, Απόφαση της 12^{ης} Ιουλίου 2001, υπόθεση C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi* κ.λπ. κατά Comune di Milano, Χ. Μητκίδης, *Συμβάσεις Δημοσίων Έργων*, 2009, σ. 98 επ., Α. Ταμιμίδης, «Η δάνεια εμπειρία - Νομολογική αντιμετώπιση», ΘΠΔΔ 2/2013, σ. 593 επ., με παρομπές στη νομολογία του ΔΕΕ.

ικανότητες των μελών της ή άλλων φορέων, για την πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτούν τα έγγραφα της σύμβασης.

Η περίπτωση της δάνειας ικανότητας προβάλλεται από τον προσφέροντα και ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή κατά τον χρόνο ανάθεσης της σύμβασης, ενώ η χρήση των προς διάθεση πόρων εκ μέρους του τρίτου μπορεί να λάβει χώρα κατά τον χρόνο της εκτέλεσης της σύμβασης και μέχρι την ολοκλήρωση αυτής, εφόσον χρειαστεί.

(β) Μία άλλη περίπτωση συμμετοχής τρίτου προσώπου αποτελεί η σύμβαση υπεργολαβίας. Η υπεργολαβία αποτελεί σύμβαση μίσθωσης έργου εξ επαχθούς αιτίας, με την οποία ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδεμένων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης⁸.

Ο ανάδοχος παραμένει καταρχήν υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος⁹. Ωστόσο ο ενωσιακός νομοθέτης προβλέπει πλέον με τις διατάξεις της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας την δυνατότητα των κρατών μελών να θεσπίζουν στο εσωτερικό τους δίκαιο αυστηρότερους κανόνες περί ευθύνης των υπεργολάβων¹⁰.

Διατάξεις για την υπεργολαβία περιλαμβάνονται στις διατάξεις του άρθρου 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στα άρθρα 58 και 131 του ν. 4412/2016, ενώ ειδικές διατάξεις για τον υπεργολάβο για την εκτέλεση σύμβασης δημοσίου έργου περιλαμβάνονται στις διατάξεις των άρθρων 165 και 166 του ν. 4412/2016. Αντίστοιχες διατάξεις και για τις συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών πρώτων εξαιρούμενων φορέων προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 88 της 2014/25/ΕΕ Οδηγίας, που ενσωματώθηκαν στα άρθρα 287 και 336 του ν. 4412/2016.

Οι νέες διατάξεις για την υπεργολαβία, ιδίως εκείνες που αφορούν στην δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής για απευθείας πληρωμές σε υπεργολάβους¹¹, αποσκοπούν στην ενίσχυση συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων, για την οποία, κατά την σκέψη (76) του προοιμίου της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας, οι

8. Δ. Ράικος, *Δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων*, Σάκκουλας 2019, σ. 658.

9. Α.Π. 570/2007, Ολομ. ΣτΕ 971/1998.

10. Βλ. παρ. 7 του άρθρου 71 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας.

11. Σύμφωνα με την παρ.2 του άρθρου 131, σε ενσωμάτωση της παρ. 3 του άρθρου 71 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας προβλέπεται: «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.»

αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να διευκολύνουν με βέλτιστες πρακτικές και κατευθυντήριες οδηγίες¹².

Η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία έγκειται στο γεγονός ότι ο «δανειζόμενος» εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει την σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο¹³. Επιπλέον στη περίπτωση της δάνειας ικανότητας οι δυνατότητες ενσωματώνονται στις ικανότητες του υποψηφίου πριν από την ανάθεση της σύμβασης, ενώ η σύμβαση υπεργολαβίας συνάπτεται κατά τον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης¹⁴.

Στις νέες διατάξεις προβλέπονται ωστόσο περιπτώσεις που επιβάλλεται στον παρέχοντα «δάνεια» ικανότητα να εκτελέσει ο ίδιος τμήμα της σύμβασης, εφόσον ανατεθεί στον δανειζόμενο η σύμβαση. Τούτο ισχύει για την περίπτωση που ο τρίτος δανείζει στον προσφέροντα τεχνική ικανότητα για κριτήρια της σύμβασης που αφορούν τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα¹⁵ ή την σχετική επαγγελματική εμπειρία που απαιτούν τα έγγραφα της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή ο τρίτος είναι εκείνος που θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

(γ) Μία τρίτη περίπτωση συνεργασίας του υποψηφίου αντισυμβαλλόμενου για την υποβολή προσφοράς σε μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης είναι ο «προμηθευτής», κατά την οποία ο τελευταίος αναλαμβάνει έναντι του υποψηφίου αντισυμβαλλόμενου να διαθέσει συγκεκριμένα αγαθά σε αυτόν σε περίπτωση ανάληψης της σύμβασης¹⁶. Η έννοια του προμηθευτή, υπό τη

12. Βλ. σχετικά Λιτιολογική σκέψη (78) της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας: «Οι δημόσιες προμήθειες θα πρέπει να προσαρμόζονται στις ανάγκες των [μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ)]. Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να ενθαρρύνονται να χρησιμοποιούν τον Κώδικα Βέλτιστων Πρακτικών που περιλαμβάνεται στο έγγραφο εργασίας της Επιτροπής, της 25ης Ιουνίου 2008, με τίτλο «Ευρωπαϊκός Κώδικας Βέλτιστων Πρακτικών για τη διευκόλυνση της πρόσβασης των ΜΜΕ στις συμβάσεις δημόσιων προμηθειών», παρέχοντας κατευθυντήριες γραμμές για τον τρόπο εφαρμογής του πλαισίου δημόσιων προμηθειών κατά τρόπο που διευκολύνει τη συμμετοχή των ΜΜΕ. Προς τούτο και για να ενισχυθεί ο ανταγωνισμός, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει ιδίως να ενθαρρύνονται να υποδιαιρούν τις μεγάλες συμβάσεις σε παρτίδες. [...] Για τον ίδιο σκοπό, τα κράτη μέλη θα πρέπει επίσης να έχουν την ελευθερία να προβλέπουν μηχανισμούς για απευθείας πληρωμές σε υπεργολάβους.».

13/Βλ. υπ' αριθμ. 10/2015 Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ, υπό ΙΙΙ.

14/ΔΕΕ, Πρόταση Εισαγγελέα στην Απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, C- 324/14, Partner Apelski Dariusz κατά Zarząd Oczyszczania Miasta, σκέψη 22.

15. Βλ. περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας.

16. Υπό την ως άνω έννοια, έχει κριθεί πως, σε διαδικασία ανάθεσης εκπόνησης μελέτης με αντικείμενο την αξιολόγηση περιβαλλοντικού θορύβου, ο τρίτος που παραχωρεί υλικοτεχνική υποδομή (ιχθύμετρα) σε διαγωνιζόμενο δεν είναι υπεργολάβος αλλά προμηθευτής (ΔΕφΑ0 476,477,478/2011).

μορφή συμμετοχής ενός τρίτου φορέα, δεν συναντάται στις διατάξεις του ενωσιακού και εθνικού δικαίου, οι οποίες αναφέρονται στην περίπτωση αυτή ως στοιχείο της προσφοράς του υποψηφίου οικονομικού φορέα και ειδικότερα ως στοιχείο «καταγωγής» του προμηθευόμενου είδους¹⁷. Με τον τρόπο αυτό ο ενωσιακός νομοθέτης δείχνει, εν πρώτοις, να μην ενδιαφέρεται για το «πρόσωπο» που κατασκευάζει το προμηθευόμενο είδος, αντιμετωπίζοντας την εν λόγω περίπτωση περισσότερο ως «τεχνικό χαρακτηριστικό» της προσφοράς.

Πάντως για όλες τις περιπτώσεις συμμετοχής οικονομικών φορέων υπό την μορφή της δάνειας ικανότητας και της υπεργολαβίας ισχύουν καταρχήν οι προϋποθέσεις του άρθρου 25 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας και του άρθρου 43 της 2014/25/ΕΕ Οδηγίας (άρθρου 25 και του άρθρου 255 του ν. 4412/2016 αντίστοιχα), που προβλέπουν ως δικαιούμενους συμμετοχής εκείνους ή σε περίπτωση ενώσεων τα μέλη αυτών να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα εγκατεστημένα σε: α) σε κράτος-μέλος της Ένωσης, β) σε κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην περίπτωση γ' και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

Περαιτέρω, στο πεδίο του διεθνούς δικαίου και ειδικότερα της εφαρμογής των κανόνων των Οδηγιών σε τρίτες χώρες που δεν περιλαμβάνονται στην προηγούμενη παράγραφο οι ενωσιακοί κανόνες δεν κάνουν διάκριση μεταξύ εταιρειών της Ένωσης και εταιρειών τρίτων χωρών. Ωστόσο, η Ένωση, με πρόσφατη έκδοση σχετικών κατευθυντήριων οδηγιών, διευκρινίζει ότι μόνο εταιρείες τρίτων χωρών, με τις οποίες έχει υπογράψει η Ένωση δεσμευτικές διεθνείς ή διμερείς συμφωνίες ελεύθερων συναλλαγών που καλύπτουν τις δημόσιες συμβάσεις, έχουν εγγυημένη πρόσβαση στην αγορά δημόσιων συμβάσεων της Ένωσης¹⁸. Εταιρείες άλλων τρίτων χωρών δεν έχουν εξασφαλισμένη πρόσβαση στις αγορές δημόσιων συμβάσεων της Ένωσης και μπορούν να αποκλείονται.

Για την περίπτωση ωστόσο του «προμηθευτή» ο ενωσιακός νομοθέτης επέλεξε να ρυθμίσει μόνο για τον τομέα των συμβάσεων των εξαιρούμενων τομέων της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ την περίπτωση καταγωγής του προϊόντος από

17. Σχετικές οι διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 94 του ν.4412/2016 (Φάκελος Τεχνικής Προσφοράς) που αποτελούν εθνικές ρυθμίσεις και οι διατάξεις τους άρθρου 314 του ν. 4412/2016 που αναφέρονται ομοίως σε προσφορές που περιέχουν προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών (ενσωματώνοντας το άρθρο 85 της 2014/25/ΕΕ Οδηγίας).

18. Ευρωπαϊκή Επιτροπή C (2019) 5494/24.7.2019 Κατευθυντήριες γραμμές για τη συμμετοχή προσφερόντων και αγαθών από τρίτες χώρες στην αγορά δημόσιων συμβάσεων της ΕΕ.

τρίτες χώρες με τις οποίες η Ένωση δεν έχει συνάψει, σε πολυμερή ή διμερή πλαίσια, συμφωνία που να εξασφαλίζει αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των επιχειρήσεων που έχουν έδρα σε χώρα της Ένωσης στις αγορές τους¹⁹. Οι ειδικές αυτές ρυθμίσεις περιλαμβάνονται στις διατάξεις του άρθρου 85 της Οδηγίας (άρθρο 314 ν.4412/2016) και προβλέπουν ότι κάθε προσφορά που υποβάλλεται για την ανάθεση σύμβασης προμηθειών που περιέχει προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών με τις οποίες η Ένωση δεν έχει συνάψει, σε πολυμερή ή διμερή πλαίσια, συμφωνία που να εξασφαλίζει αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των επιχειρήσεων της Ένωσης στις αγορές των εν λόγω τρίτων χωρών και με την επιφύλαξη των τυχόν υποχρεώσεων της Ένωσης και της Ελλάδας, μπορεί να απορρίπτεται, όταν η αναλογία των προϊόντων, καταγωγής τρίτων χωρών, όπως καθορίζεται από τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθμ. 952/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50 %) της συνολικής αξίας των προϊόντων που συνιστούν την εν λόγω προσφορά. Επιπλέον επιβάλλεται η υποχρέωση στον αναθέτοντα φορέα, εφόσον δύο ή περισσότερες προσφορές είναι ισοδύναμες, να προτιμά την προσφορά εκείνη που δεν μπορεί να απορριφθεί για τον προηγούμενο λόγο.

Πάντως οι σχετικές διατάξεις, αν και θέτουν ποσοτικούς περιορισμούς στη συμμετοχή προμηθευτών αναδόχων από τρίτες χώρες που δεν έχουν συνάψει διεθνείς συμφωνίες, φαίνεται να ενθαρρύνουν εν τέλει την συμμετοχή τρίτων χωρών στην διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης εντός της Ένωσης, προσδιορίζοντας και οριοθετώντας το πεδίο με συγκεκριμένο πλαίσιο.

Τέλος, με ενδιαφέρον αντιμετωπίζονται και οι διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 94 του ν.4412/2016 για το περιεχόμενο του φακέλου της τεχνικής προσφοράς, που αποτελούν εθνικές διατάξεις²⁰ και παρέχουν την δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές για τις συμβάσεις προμηθειών να ζητούν από τους προσφέροντες να δηλώνουν στην τεχνική τους προσφορά τη χώρα καταγωγής του τελικού προϊόντος που προσφέρουν. Στη περίπτωση μάλιστα που δεν θα κατασκευάσουν οι ίδιοι οι προσφέροντες το τελικό προϊόν, οφείλουν στην προσφορά τους να δηλώνουν την επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της²¹.

Με τις ως άνω διατάξεις διακρίνεται η σχετική 'ανησυχία' του ενωσιακού αλλά και εθνικού νομοθέτη για το πρόσωπο του 'προμηθευτή' και όχι για

19. Και εφόσον οι χώρες αυτές δεν καλύπτονται από τις διατάξεις ιδίως του άρθρου 43 της Οδηγίας (άρ. 255 ν. 4412/2016).

20. Η παρ.5 προστέθηκε με το άρθρο 43 παρ.9 του Ν.4605/2019.

21. Στην προσφορά τους πρέπει να επισυνάψουν, επί ποινή απαράδεκτου, υπεύθυνη δήλωσή τους προς την αναθέτουσα αρχή ότι, η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής ή ο επίσημος αντιπρόσωπός της έχει αποδεχθεί έναντί τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή.

το «τεχνικό χαρακτηριστικό», καθόσον από την φύση των διατάξεων του άρθρου 85 της 2014/25/ΕΕ Οδηγίας και του άρθρου 94 του ν. 4412/2016 διαφαίνεται η ανάγκη της αναθέτουσας αρχής εντοπισμού και δυνατότητας επικοινωνίας με τον προμηθευτή, στην περίπτωση εκτέλεσης της σύμβασης από τον συνεργαζόμενο με αυτόν ανάδοχο.

Περαιτέρω επισημαίνεται ότι στις μορφές συμμετοχής τρίτου δεν περιλαμβάνεται εννοιολογικά η περίπτωση της υποκατάστασης, καθόσον με την μεταβίβαση των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του ίδιου του αναδόχου από εργολαβική σύμβαση στον τρίτον (υποκατάστατο) υπεισέρχεται μεν ο τρίτος στην μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου σχέση, όσον αφορά το όλον ή το μέρος του αναληφθέντος έργου, αλλά αυτός καθίσταται πλέον αντισυμβαλλόμενος και όχι τρίτος²².

Επειδή σε ορισμένες περιπτώσεις εκτέλεσης μιας δημόσιας σύμβασης φαίνεται οριακή η ταυτότητα του υποκαταστάτη και υπεργολάβου κρίνεται σκόπιμη μια σύντομη επισκόπηση του πλαισίου της.

Η υποκατάσταση όπως και η υπεργολαβία προβλέπονται μόνο κατά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης, ωστόσο σε αντίθεση με την υπεργολαβία, με την οποία ο ανάδοχος συνεχίζει καταρχήν να έχει την ευθύνη της εκτέλεσης της σύμβασης²³, στην περίπτωση της υποκατάστασης ο υποκατάστατος είτε ευθύνεται εις ολόκληρον με τον αρχικό ανάδοχο του έργου, είτε, εφόσον συμφωνήθηκε υποκατάσταση με απαλλαγή του αρχικού αναδόχου, αναλαμβάνει όλες τις ευθύνες για το σύνολο ή για τα τμήματα του έργου που προσδιορίζονται στην Απόφαση έγκρισης της υποκατάστασης²⁴.

Η υποκατάσταση αποτελεί τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, η οποία ελέγχεται ως προς το ουσιώδες του χαρακτήρα της. Η υπεργολαβία αποτελεί ομοίως τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, μόνο εφόσον δεν δηλώθηκε στη προσφορά του αναδόχου κατά την διαδικασία σύναψης δημοσίας σύμβασης (δυννητική υπεργολαβία²⁵), με τους όρους και τις υποχρεώσεις που οι διατάξεις των άρθρων 58 και 131 του ν. 4412/2016 ορίζουν, και πρέπει να ελέγχεται ως προς το ουσιώδες της μεταβολής που επιφέρει στην σύμβαση²⁶.

22. Α.Π. 119/2013, 570/2007, ΕΣ, Τμήμα VI, Πράξη 2118/2013.

23. Βλ. δυνατότητα για αυστηρότερους κανόνες περί ευθύνης υπεργολάβων σε παρ. 7 του άρθρου 71 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας.

24. Σχετικά με τα ζητήματα υποκατάστασης και απαλλαγής ευθύνης κύριου αναδόχου βλ. Κ.Χασάπη, *Το δίκαιο των δημοσίων έργων*, Εκδ. Σάκκουλα, 2003, σελ. 596, σε περίπτωση υποκατάστασης σε τμήμα δημοσίου έργου (μερική υποκατάσταση) με πλήρη απαλλαγή του και ανάληψη υποχρεώσεων υποκατάσταση μόνο για το ανεκτέλεστο τμήμα, βλ. σε Γέροντας, *Υποκατάσταση σε τμήμα δημοσίου έργου κατ' άρθρο 65 του Ν. 3669/2008 και οι συνέπειές της*, ΕφΑΔ 10/2010, έτος 3ο, σελ. 1047 και 1049.

25. Βλ. ΕλΣυν Τμήμα VI, Πράξη 2118/2013, Χ. Μητκίδης, *Σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2018.

26. Βλ. ΔΕΚ, Απόφαση της 13ης Απριλίου 2010, υπόθεση C-91/08 Wall AG κατά La ville

Η εξέλιξη της νομολογίας του Δικαστηρίου σχετικά με περιπτώσεις τροποποίησης της σύμβασης που έκρινε αφενός με την Απόφαση *Succhi di Frutta* (C-496/1999) ότι τυχόν αλλοιώσεις τις σύμβασης μπορούν να λάβουν χώρα, μόνον εφόσον περιλαμβάνονται στην προκήρυξη σχετικές ρήτρες κατά τρόπο ορισμένο, όπως και με την Απόφαση *Presstext* (C-454/2006) που έκρινε ότι η περίπτωση αλλαγής του προσώπου του αναδόχου αποτελεί καταρχήν ουσιώδη τροποποίηση των όρων της σύμβασης που απαιτεί νέα σύμβαση, ενώ μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όπως λ.χ. όταν ο ανάδοχος προβαίνει σε οργανωτικό χαρακτήρα αλλαγές αμιγώς εσωτερικής φύσης, η αλλαγή του αναδόχου δύναται να είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο²⁷ οδήγησε εν τέλει στην θέσπιση για πρώτη φορά ενωσιακών κανόνων για την τροποποίηση της σύμβασης, συμπεριλαμβάνοντας προϋποθέσεις για την υποκατάσταση του αναδόχου, ήτοι με τις διατάξεις του άρθρου 72 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας σε συνδυασμό με τις σκέψεις 110 και 111 του προοιμίου της, αντιστοίχως και του άρθρου 89 της 2014/25/ΕΕ Οδηγίας. Σχετικές διατάξεις περιλαμβάνονται στα άρθρα 132, 164, 195 και 337 του ν. 4412/2016.

Περαιτέρω σημειώνεται ότι κατά πάγια εθνική νομολογία η ανάθεση από ανάδοχο ολόκληρου του έργου σε υπεργολάβο υποκρύπτει μη επιτρεπτή υποκατάσταση, καθόσον πρόκειται ουσιαστικά για νέο πρόσωπο που εισέρχεται στην σύμβαση και όχι για το πρόσωπο που συμμετείχε και πέτυχε την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού²⁸, ωστόσο με τις διατάξεις των νέων Οδηγιών ο ενωσιακός νομοθέτης, για πρώτη φορά, προβλέπει δυνατότητα επιτρεπτής συσχέτισης του υπεργολάβου με την υποκατάσταση υπό όρους. Έτσι, κατά την νέα Οδηγία, εφόσον ο εθνικός νομοθέτης περιέχει σχετική πρόβλεψη στο εσωτερικό δίκαιο, κρίνεται επιτρεπτή αντικατάσταση του κύριου εργολάβου, όταν η ίδια αναθέτουσα αρχή αναλαμβάνει τις υποχρεώσεις του τελευταίου έναντι του υπεργολάβου του²⁹. Επιτρεπτή κρίνεται η υποκατάστα-

de Francfort-sur-le-Main και Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH.

27. Στο ίδιο πνεύμα και οι μεταγενέστερες Αποφάσεις του ΔΕΕ, υποθέσεις C -91/08 Wall AG, C-250/07 Επιτροπή κατά Ελλάδας, C-196-08 Acoset SpA, C-160/08 Επιτροπή κατά Γερμανίας.

28. Σχετική η Απόφαση του Αρείου Πάγου 119/2013 που έκρινε σε Τμήμα για περίπτωση υποκατάστασης ότι επρόκειτο για μια περίπτωση «άτυπης» συμφωνίας μεταξύ της αναδόχου και μιας άλλης εταιρείας (που είχε συμμετάσχει μάλιστα στον διαγωνισμό) που έλαβε χώρα πριν την κατακύρωση του αποτελέσματος και συμφωνήθηκε ότι η 2η εταιρεία θα εκτελούσε η ίδια με αποκλειστικά δικές της δαπάνες και ευθύνη το έργο και θα παρείχε στην κύρια ανάδοχο του έργου ποσοστό 2% των ακαθάριστων κερδών, δηλαδή των πιστοποιήσεων της εργολαβίας, καθόσον η τελευταία ενδιαφερόταν μόνο για την απόκτηση πιστοποιητικού εμπειρίας έργων οδοποιίας. Εν τέλει η ανάδοχος αποφάσισε να μην εκτελέσει το έργο και το Δικαστήριο σε αίτημα της 2ης εταιρείας για αγωγή από αδικοπραξία, επικουρικώς από ευθύνη εκ των διαπραγματεύσεων δεν την δικάωσε, καθόσον έκρινε ότι η σύμβαση αφορούσε μη νόμιμη εκχωρήσασα υποκατάσταση.

29. Βλ. υπ.iii), περ. δ', παρ.1 του άρθρου 72 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας και παρ. 2 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016.

ση και όταν αυτή προβλέπεται με ρητή ρήτρα αναθεώρησης ή προαίρεσης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης, που οριοθετούν την χρήση της με ένα σύνολο προϋποθέσεων, όπως κατ' ελάχιστον είναι το ύψος του προϋπολογισμού της σύμβασης ή του τμήματος αυτής για το οποίο επιτρέπεται η υποκατάσταση, το ποσοστό ενδεχομένως του έργου που δύναται να απομένει, η υποχρεωτική δέσμευση του υποκαταστάτη να συμβληθεί με τους ίδιους όρους εκτέλεσης που είχε συμφωνήσει ο αρχικός ανάδοχος και ενδεχομένως οι κρίσιμες φάσεις ή/και ορόσημα της υλοποίησης του έργου, τα οποία θα πρέπει να έχουν ήδη ολοκληρωθεί, προκειμένου η συνέχιση από έτερο ανάδοχο να μην εγείρει υψηλό κίνδυνο τεχνικών αστοχιών ή ποιοτικές αποκλίσεις³⁰.

Γ. Οι εγγυήσεις των νέων Οδηγιών για τη συμμετοχή τρίτου

1. Με τις νέες διατάξεις του ενωσιακού και εθνικού δικαίου εισάγεται αυξημένη ευθύνη των τρίτων δανείζοντων εμπειρία ή υπεργολάβων ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, ιδίως με τον έλεγχο της συνδρομής των όρων αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, ενώ ενισχύεται η διαφάνεια στην αλυσίδα της υπεργολαβίας με υποχρεώσεις πληροφόρησης ενημέρωσης του υπεργολάβου απευθείας στην αναθέτουσα αρχή³¹.

Οι διατάξεις αυτές λειτουργούν προς το σκοπό της διασφάλισης της τήρησης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην εκτέλεση μιας σύμβασης, καθόσον με τον έλεγχο συνδρομής λόγων αποκλεισμού για τους τρίτους αποτρέπονται περιπτώσεις οικονομικών φορέων, που δεν μπορούσαν να συμμετέχουν αυτοτελώς στον διαγωνισμό λόγω συνδρομής των σχετικών κωλυμάτων, αλλά εισέρχονταν, υπό το προϋφιστάμενο νομοθετικό καθεστώς, στην σύμβαση ως τρίτοι μέσω της δάνειας ικανότητας ή της υπεργολαβίας, με κίνδυνο καταστρατήγησης των κανόνων του ενωσιακού και εθνικού δικαίου.

2. Για την περίπτωση της δάνειας ικανότητας ο ενωσιακός νομοθέτης επέλεξε ο έλεγχος συνδρομής των λόγων αποκλεισμού να διενεργείται από την αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητά της (άρθρο 63 παρ.1 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας), σε αντίθεση με την περίπτωση υπεργολαβίας που επιρύλαξε την δυνατότητα επιλογής ελέγχου στις αναθέτουσες αρχές (άρθρο 71 παρ. 6 β' της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας). Ο εθνικός νομοθέτης ωστόσο με τη διάταξη της παρ. 6 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016 προβλέπει και για την υπεργολαβία δέσμια αρμοδιότητα ελέγχου των λόγων αποκλεισμού, εφόσον ο υπεργολάβος

30. Με τις σχετικές διατάξεις του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ προβλέπεται και η δυνατότητα υποκατάστασης σε περίπτωση ολικής ή μερικής διαδοχής του αναδόχου λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, βλ. μελέτη της Γ. Παναγιωτοπούλου, «Υποκαταστάσεις αναδόχων σε δημόσια έργα συγχρηματοδοτούμενα από εθνικούς και ευρωπαϊκούς πόρους», ΘΠΔΔ, 8/2017, σ.749.

31. Βλ. Αιτιολογικές σκέψεις 58, 105 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

αναλαμβάνει την εκτέλεση τμήματος που υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης³². Στις περιπτώσεις που το τμήμα υπολείπεται του ως άνω ποσοστού, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια για την επαλήθευση των λόγων αυτών στο πρόσωπο του υπεργολάβου.

3. Η ενίσχυση της διαφάνειας και της λογοδοσίας, που η επέκταση του ελέγχου των λόγων αποκλεισμού σε τρίτους σκοπεύει, συνδυάστηκε και με ρυθμίσεις του ενωσιακού νομοθέτη που παρέχουν την ευελιξία στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς να αντικαταστήσουν τους τρίτους, εφόσον διαπιστωθεί στο πρόσωπο των τελευταίων η συνδρομή ενός τουλάχιστον από τους λόγους αποκλεισμού.

Στις περιπτώσεις που η εθνική νομοθεσία προβλέπει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής για την επαλήθευση των λόγων αποκλεισμού για τους τρίτους³³ ή της πλήρωσης των σχετικών κριτηρίων επιλογής, τότε η αρχή ζητά υποχρεωτικά από τον προσφέροντα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα, εφόσον συντρέχει κάποιος από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού στο πρόσωπό του³⁴. Σε περίπτωση που συντρέχουν οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού του ν.4412/2016 η αντικατάσταση του δανειζοντος ή του υπεργολάβου αποφασίζεται από την αναθέτουσα αρχή κατά την διακριτική ευχέρειά της.

4. Πάντως η σημασία του ελέγχου της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού σε τρίτους οικονομικούς φορείς, που συνεργάζονται με τον προσφέροντα οικονομικό φορέα ή ανάδοχο, πέραν της ειδικότερης σημασίας του κάθε λόγου αυτοτελώς, παρουσιάζει ιδιαίτερο ενδιαφέρον για την περίπτωση της καταπολέμησης της εμπορίας ανθρώπων και της παιδικής εργασίας (περ.στ'παρ.1 του άρθρου 57 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας)³⁵. Η πρόληψη της εμπορίας ανθρώπων στις εφοδιαστικές αλυσίδες με την εφαρμογή πρακτικών και μέτρων για τις δημόσιες προμήθειες αποτελεί ένα σημαντικό μέρος του έργου του Οργανισμού για την Ασφάλεια και τη Συνεργασία στην Ευρώπη (ΟΑΣΕ)³⁶. Στο

32. Βλ. Ε.Βλάχου, «Έρμηνεία σε άρθρο 58 και σε άρθρο 78», σε Δ. Ράικος/ Ε. Βλάχου/ Ε. Σαββίδη, *Δημόσιες συμβάσεις/Ερμηνεία κατ'άρθρο*, Σάκκουλας 2018.

33. Δηλαδή στην περίπτωση της δάνειας ικανότητας και στην περίπτωση της υπεργολαβίας με ποσοστό άνω του 30% της αξίας της σύμβασης.

34. Η αντικατάσταση αφορά μόνο τις περιπτώσεις αυτές (επαλήθευση λόγων αποκλεισμού και κριτηρίων επιλογής) και όχι όταν τίθεται ζήτημα νομότυπης υποβολής προσφοράς, λ.χ. λόγω έλλειψης ψηφιακής υπογραφής στο ΕΕΕΣ από τον «δανείζοντα» τρίτο, βλ. ΔΕφΠατρών Ν7/2018.

35. Όπως ορίζονται στο άρθρο 2 της Οδηγίας 2011/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Απριλίου 2011, για την πρόληψη και την καταπολέμηση της εμπορίας ανθρώπων και για την προστασία των θυμάτων της, καθώς και για την αντικατάσταση της απόφασης-πλαίσιο 2002/629/ΔΕΥ του Συμβουλίου (ΕΕ L 101 της 15.4.2011, σ. 1), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 4198/2013 (Α' 215). Η εν λόγω διάταξη ενσωματώθηκε στην περ. στ' της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

36. Η εμπορία ανθρώπων και οι οικονομικοί/επιχειρηματικοί τομείς που είναι πιθανό να εμπλέκονται στην αλυσίδα προσφοράς και ζήτησης προϊόντων ή υπηρεσιών που παράγονται από

πλαίσιο αυτό διαπιστώνεται ότι μέσω υπεργολαβιών μπορεί να μετατραπούν νόμιμες επιχειρηματικές δομές σε κρίκους των αλυσίδων εμπορίας ανθρώπων. Και τούτο διότι η υπεργολαβία κατέχει σημαντικό ρόλο στην «απόκρυψη του ίχνους» της εκμετάλλευσης, ενώ παρακαλύει τις αρχές στην προσπάθειά τους να αποκαλύψουν τα δίκτυα εκμετάλλευσης. Μέσω των αλυσίδων υπεργολαβίας που δεν θέτουν περιορισμούς στον αριθμό των εμπλεκόμενων παραγόντων, οι ευθύνες αποκρύπτονται και οι ερευνητικές αρχές περιορίζονται στον εντοπισμό του τελευταίου μόνο κρίκου της αλυσίδας υπεργολαβίας, ο οποίος συνιστά μια εύκολα αντικαταστάσιμη οντότητα ή ακόμη και μια απρόσωπη εταιρεία³⁷. Η διαπίστωση της σημασίας αυτής δημιουργεί προβληματισμό και για την περίπτωση του «προμηθευτή» του αναδόχου, που ωστόσο δεν αντιμετωπίζεται από τον ενωσιακό νομοθέτη με ανάλογο τρόπο με τον υπεργολάβο ως προς τον έλεγχο συνδρομής των λόγων αποκλεισμού. Στο πλαίσιο μάλιστα του ανοίγματος της αγοράς των δημοσίων συμβάσεων σε διεθνές επίπεδο φαίνεται επιβεβλημένη η προστασία από φαινόμενα *trafficking* μέσω διεθνών συμβάσεων της Ένωσης ή των κρατών-μελών με τρίτες χώρες, οι οποίες παρουσιάζουν εκτεταμένο κίνδυνο σε παιδική εργασία και η εμπορία ανθρώπων.

5. Σε ανάλογη προβληματική έγκειται και η περίπτωση του λόγου αποκλεισμού της συμμετοχής σε εγκληματική οργάνωση³⁸ όπως και της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας³⁹, πράξεις που μπορεί να υποκρύπτονται στην εφοδιαστική αλυσίδα των δημοσίων συμβάσεων. Με την σκέψη αυτή προβλήθηκε ως ιδιαίτερος λόγος από την ιταλική κυβέρνηση στην υπόθεση *Vitali* (C-63/18) η προστασία από εγκληματικές οργανώσεις, όπως είναι η ιταλική μαφία, που χρησιμο-

Ούματα εμπορίας, Μελέτη Κέντρου Συνταγματικού δικαίου στο πλαίσιο διακρατικού προγράμματος του Ταμείου Εσωτερικής Ασφάλειας Anti-trafficking stakeholders and economic sectors networking, cooperation to combat the business of human trafficking chain (NET-COMBAT-THB CHAIN), 2019, https://www.cecl2.gr/attachments/article/737/Study-report_GR.pdf.

37. Εγχειρίδιο Καταπολέμησης της Εμπορίας Ανθρώπων στους Τομείς της Οικονομίας Μελέτη Κέντρου Συνταγματικού δικαίου στο πλαίσιο διακρατικού προγράμματος του Ταμείου Εσωτερικής Ασφάλειας Anti-trafficking stakeholders and economic sectors networking, cooperation to combat the business of human trafficking chain (NET-COMBAT-THB CHAIN), 2019.

38. Όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 2 της Απόφασης-πλαίσιο 2008/841/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 2008, για την καταπολέμηση του οργανωμένου εγκλήματος (ΕΕ L 300 της 11.11.2008 σ.42), περ. (α) της παρ.1 του άρθρου 57 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας (όπως ενσωματώθηκε στην περ. (α) της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016).

39. Όπως αυτές ορίζονται στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2005/60/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Οκτωβρίου 2005, σχετικά με την πρόληψη της χρησιμοποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος για τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και τη χρηματοδότηση της τρομοκρατίας (ΕΕ L 309 της 25.11.2005, σ. 15), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 3691/2008 (Α' 166), περ. (ε) της παρ.1 του άρθρου 57 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας (όπως ενσωματώθηκε στην περ. (ε) της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016).

ποιούσε την υπεργολαβία στις δημόσιες συμβάσεις ανέκαθεν για την υλοποίηση των εγκληματικών της προθέσεων⁴⁰, προκειμένου να δικαιολογήσει διάταξη του ιταλικού δικαίου που περιορίζει την ανάθεση υπεργολαβιών σε ποσοστό που δεν ξεπερνάει το 30% της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης. Ο λόγος αυτός, ο οποίος προβλήθηκε υπό την αναγκαιότητα προστασίας της δημόσιας τάξης, της ασφάλειας και των χρηστών ηθών, βασιζόμενος στην σκέψη (41) του προοιμίου της Οδηγίας, δεν έγινε δεκτός από το Δικαστήριο, το οποίο, μεταξύ άλλων σκέψεων, έλαβε υπόψη του την δυνατότητα που παρέχει στην αναθέτουσα αρχή ο ενωσιακός νομοθέτης για επέκταση ελέγχου της συνδρομής λόγων αποκλεισμού και στον υπεργολάβο που προτίθεται ο υποψήφιος αντισυμβαλλόμενος να αναθέσει την εκτέλεση τμήματος σύμβασης⁴¹.

6. Στο πλαίσιο της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας ο έλεγχος της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού ή της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής για τον δανείζοντα ή τον υπεργολάβο, εφόσον ο προσφέρων στηρίζεται στην ικανότητα τους, ισχύουν ομοίως οι κανόνες προκαταρκτικής απόδειξης με χρήση των τυποποιημένων εντύπων (Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ) και Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.)) αυτοτελώς για αυτούς.

Στις συμβάσεις έργων και όσον αφορά τις υπηρεσίες που πρέπει να παρέχονται στις εγκαταστάσεις υπό την άμεση εποπτεία της αναθέτουσας αρχής, διασφαλίζεται η διαφάνεια στην αλυσίδα της υπεργολαβίας απαιτώντας από τον ανάδοχο να ενημερώνει την αναθέτουσα αρχή, το αργότερο έως την έναρξη εκτέλεσης της σύμβασης, για τα στοιχεία των υπεργολάβων του που εμπλέκονται στα εν λόγω έργα ή υπηρεσίες, καθώς και για τυχόν μεταβολές (παρ. 5 του άρθρου 72 της 2014/24ΕΕ Οδηγίας⁴²).

Οι ανωτέρω υποχρεώσεις επεκτείνονται, με επιλογή του εθνικού νομοθέτη: α) στις συμβάσεις προμηθειών, στις συμβάσεις υπηρεσιών, πλην όσων αφορούν υπηρεσίες που πρόκειται να παρασχεθούν στις εγκαταστάσεις υπό την άμεση εποπτεία της αναθέτουσας αρχής ή στους προμηθευτές που συμμετέχουν σε συμβάσεις έργων ή υπηρεσιών, καθώς και β) στους υπεργολάβους των υπεργολάβων του κύριου αναδόχου και σε κάθε περαιτέρω υπεργολάβο μεταξύ όσων περιλαμβάνονται στην αλυσίδα υπεργολαβίας (τελ. εδάφιο, παρ. 4 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016).

7. Τέλος, ιδιαίτερης μνείας αποτελεί και η ρύθμιση της νέας Οδηγίας για την από κοινού ευθύνη του αναδόχου με τον δανείζοντα εμπειρία για την πλή-

40. ΔΕΕ, Απόφαση της 25ης Σεπτεμβρίου 2019, υπόθεση C-63/18, Vitali SpA κατά Autostrade per l'Italia SpA, σκέψη 32.

41. ΔΕΕ, Απόφαση της 25ης Σεπτεμβρίου 2019, υπόθεση C-63/18, Vitali SpA κατά Autostrade per l'Italia SpA, σκέψεις 29 και 41.

42. Όπως ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με την διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016.

ρωση του κριτηρίου της οικονομικής/χρηματοπιστωτικής επάρκειας του προσφέροντα, κατά την άσκηση διακριτικής ευχέρειας από την αναθέτουσα αρχή, εξασφαλίζοντας μεγαλύτερες οικονομικές εγγυήσεις για την εκτέλεση της σύμβασης⁴³. Βεβαίως θα πρέπει να γίνει δεκτό, ότι η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να εφαρμόζει τις εγγυήσεις που παρέχει η ενωσιακή νομοθεσία τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, μη υπερβαίνοντας το αναγκαίο μέτρο, λαμβάνοντας υπόψη τον κίνδυνο διοικητικής επιβάρυνσης και την ενδεχόμενη αποθάρρυνση συμμετοχής τρίτων στην διαδικασία κατάρτισης και εκτέλεσης μιας δημόσιας σύμβασης που θα λειτουργούσαν σε βάρος του ανταγωνισμού και της ενίσχυσης συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων.

Δ. Διαχρονικά και επίκαιρα ζητήματα της συμμετοχής τρίτου κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου

(α) Περιορισμός της συμμετοχής τρίτου στην ανάθεση ή εκτέλεση της σύμβασης

Ένα από τα κρισιμότερα ζητήματα που έχει απασχολήσει την νομολογία του Δικαστηρίου αποτελεί η δυνατότητα περιορισμού της προσφυγής του υποψηφίου οικονομικού φορέα σε μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στις ικανότητες τρίτων. Με την Απόφαση στην υπόθεση Siemens C-314/01 το Δικαστήριο εξαρχής κατέστησε σαφές ότι όροι σε διακηρύξεις που απαγορεύουν την δάνεια ικανότητα με οιονδήποτε τρόπο αντιβαίνουν τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει τον διαγωνιζόμενο, μόνο αν δεν μπορεί αυτός να αποδείξει ότι έχει τη δυνατότητα χρήσης των ικανοτήτων του τρίτου ή ότι ο τρίτος δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας που τίθενται⁴⁴. Μάλιστα σε άλλη Απόφαση το Δικαστήριο έκρινε ότι ο υποψήφιος δεν μπορεί να υποχρεωθεί σε σύμβαση ορισμένου τύπου, όπως λ.χ. με απαίτηση της αναθέτουσας αρχής για συμφωνία σύστασης αστικής εταιρείας ή σύστασης ομόρρυθμης εταιρείας, προκειμένου να αποδείξει τον νομικό δεσμό του με τον τρίτο⁴⁵.

Στο πλαίσιο της διεύρυνσης της ελευθερίας κυκλοφορίας που προστατεύεται από την ΣΛΕΕ κρίθηκε ότι είναι δυνατή η προσφυγή στις δυνατότητες περισσότερων τρίτων, προκειμένου να μπορεί να αποδείξει ο υποψήφιος ότι κα-

43. Η διάταξη δεν θέτει περιορισμούς όσον αφορά τη δυνατότητα μερικής επίκλησης των δυνατοτήτων τρίτων φορέων, σε κάθε δε περίπτωση, τέτοιοι περιορισμοί πρέπει να προβλέπονται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού. Βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 2ης Ιουνίου 2016, υπόθεση C-27/15, *Pippo Pizzo κατά CRGT srl*, σκέψη 33.

44. ΔΕΕ Απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, υπόθεση C-314/01, *Siemens και Arge Telecom*, ΕΛ ΣτΕ 284/2013 και 409/2013.

45. ΔΕΕ, Απόφαση της 14ης Ιανουαρίου 2016, υπόθεση C-234/14 *Ostas cellnieks SIA κατά Talsu novada pašvaldība, Iepirkumu uzraudzības birojs*.

λύπτει τα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων που απαιτεί η σύμβαση. Η σώρευση των δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή είναι επιτρεπτή, στο μέτρο που αποδεικνύεται ότι ο προσφέρων, ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τα μέσα αυτά, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης⁴⁶. Στην Απόφαση *Construzioni* κατά *Provincia di Fermo* (C-94/12) κρίθηκε ότι ο αποκλεισμός προσφερόντων βάσει του αριθμού των φορέων που συμμετέχουν στην εκτέλεση της σύμβασης, κατά τρόπο ώστε να επιτρέπεται π.χ. μόνο μια τρίτη επιχείρηση ανά κατηγορία ποιοτικών κριτηρίων, δεν επιτρέπει την ανά περίπτωση αξιολόγηση, με αποτέλεσμα να περιορίζονται στην πραγματικότητα οι επιλογές της αναθέτουσας αρχής και να επηρεάζεται ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός⁴⁷. Στην ίδια Απόφαση γίνεται δεκτό ότι δεν μπορεί να αποκλεισθεί η περίπτωση να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες οι οποίες απαιτούν ικανότητες, που δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστο ικανότητας περισσότερων. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως μπορεί να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από έναν μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, στον βαθμό που η απαίτηση αυτή είναι συνδεδεμένη και ανάλογη με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης. Στο ίδιο πλαίσιο κρίθηκε από το Δικαστήριο με την Απόφαση *Esaprojekt* (C-387/14) ότι δεν επιτρέπεται σε οικονομικό φορέα να επικαλεστεί ικανότητες τρίτων φορέων, αθροίζοντας τη γνώση και την πείρα δύο άλλων φορέων, οι οποίοι δεν διαθέτουν, ο καθένας χωριστά, τις ικανότητες που απαιτούνται για την εκτέλεση συγκεκριμένης σύμβασης, όταν η αναθέτουσα αρχή εκτιμά ότι η σύμβαση αυτή συνιστά ενιαίο σύνολο, οπότε επιβάλλεται να εκτελεστεί από έναν και μόνο φορέα⁴⁸. Τέλος έχει γίνει δεκτό από το Δικαστήριο με την Απόφαση C-324/14, ότι εφόσον οι δυνατότητες ενός τρίτου φορέα, που είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της σύμβασης, δεν μπορούν να μεταβιβαστούν στον προσφέροντα, αυτός μπορεί να στηριχθεί στις εν λόγω δυνατότητες, μόνον εάν ο συγκεκριμένος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης⁴⁹.

Αντίστοιχα, στην περίπτωση του υπεργολάβου, με επιλογή του εθνικού νομοθέτη, η αναθέτουσα αρχή ζητά από τον προσφέροντα να αναφέρει στην

46. Βλ. ΔΕΕ Απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, υπόθεση C-94/12, σκ. 33, Απόφαση της 2ης Ιουνίου 2016, υπόθεση C-27/15, *Pippo Pizzo* κατά *CRGT srl*, σκ. 33, 34.

47. Βλ. ΔΕΕ Απόφαση στην υπόθεση C-94/12, ό.π. υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18.

48. ΔΕΕ, Απόφαση της 4ης Μαΐου 2017, C-387/14 *Esaprojekt*, βλ. Κ. Γιαννακόπουλος, ο.π. σελ. 249.

49. ΔΕΕ, Απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz* κατά *Zarząd Oczyszczania Miasta*.