



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ  
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΕΝΙΚΗ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ  
ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΝΟΜΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ  
Τμήμα Μελετών**

ΑΝΑΡΤΗΤΕΑ ΣΤΟ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟ



Ταχ. Δ/ση: Κεφαλληνίας 45 & Κόμμα Τράκα Αρ. Πρωτ.: 3800  
 Τ.Κ. – Πόλη: 11257, Αθήνα Αθήνα, 14 - 06 -2017  
 Πληροφορίες: Μ. Παναγοηλιοπούλου  
 Τηλέφωνο: 213 2124 743  
 eMail: [eaadhsy@eaadhsy.gr](mailto:eaadhsy@eaadhsy.gr)  
 Τηλ. Κέντρο: 213 2124 700  
 Fax: 213 2124 777  
 Ιστότοπος: [www.hsppa.gr](http://www.hsppa.gr)

**ΠΡΟΣ**

Όπως πίνακας αποδεκτών

(αποστολή με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο)

[www.eaadhsy.gr](http://www.eaadhsy.gr)

#### **ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 20**

**(Απόφαση 42/30-5-2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων)**

**ΘΕΜΑ: “Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων”**

.....

Συνοπτική παρουσίαση του περιεχομένου της Κατευθυντήριας Οδηγίας:

#### **I. Εισαγωγή**

#### **II. Κριτήρια ποιοτικής επιλογής/καταλληλότητας για την εκτέλεση της σύμβασης**

#### **III. Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016**

- A. Οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού
- B. Οι δυνητικοί/προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού
- Γ. Αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού

Δ. Δήλωση / Προκαταρκτική απόδειξη περί της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στα τυποποιημένα έντυπα (Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ.) - Χρόνος μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού – Μέγιστη περίοδος αποκλεισμού

Ε. Μέτρα αυτοκάθαρσης (“*self-cleaning measures*”) - Παρέκκλιση από τον αποκλεισμό για υποχρεωτικούς λόγους (της παρ. 1 του άρθρου 73) και για δυνητικούς λόγους (της παρ. 4 του άρθρου 73) με τη λήψη σχετικών μέτρων

ΣΤ. Διοικητικός αποκλεισμός οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις

Ζ. Ειδικές περιπτώσεις στις οποίες εξετάζεται η συνδρομή λόγων αποκλεισμού

Η. Αποδεικτικά μέσα των λόγων αποκλεισμού

#### IV. Λόγοι αποκλεισμού προβλεπόμενοι από τις Οδηγίες του ενωσιακού δικαίου και όπως ενσωματώθηκαν στο εθνικό δίκαιο – Περιοριστική/εξαντλητική απαρίθμηση αυτών ή δυνατότητα πρόβλεψης και άλλων εθνικών λόγων αποκλεισμού

Λόγοι αποκλεισμού, πέραν των ρητώς οριζόμενων από την Οδηγία, με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας

- Νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης

- Νομολογία των εθνικών δικαστηρίων

#### V. Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή για τις συμβάσεις του Βιβλίου II του ν. 4412/2016

Κάτωθι επισυνάπτεται αναλυτικά η Κατευθυντήρια Οδηγία:

##### I. Εισαγωγή

Στο πλαίσιο της αρμοδιότητας της Αρχής για την έκδοση κατευθυντήριων οδηγιών προς τους αρμόδιους δημόσιους φορείς και τις αναθέτουσες αρχές, σχετικά με ζητήματα δημοσίων συμβάσεων που αφορούν ιδίως στην ερμηνεία της σχετικής εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας (αρθ. 2 παρ. 2 περ. δ' του ν. 4013/2011), εκδίδεται η παρούσα κατευθυντήρια οδηγία σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

Με στόχο τη διευκόλυνση του έργου των αναθετουσών αρχών κατά τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, στην παρούσα αναλύεται το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού των οικονομικών φορέων από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όπως αποτυπώνεται στο Βιβλίο I του ν. 4412/2016<sup>1</sup>, που ενσωμάτωσε στο ελληνικό δίκαιο την Οδηγία 2014/24/ΕΕ<sup>2</sup>, και επιχειρείται συσχετισμός με το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (Οδηγία 2004/18/ΕΚ<sup>3</sup> και Π.Δ. 60/2007<sup>4</sup> το οποίο αποτέλεσε την πράξη ενσωμάτωσής της στο ελληνικό δίκαιο), κυρίως ως προς τις μεταβολές/καινοτομίες που εισάγονται.

1 Ν. 4412/2016 (Α' 147) “Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)”.

2 Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, 28.3.2014, σ. 65), όπως διορθώθηκε με το Διορθωτικό στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 135, 24.5.2016, σ. 120).

Έμφαση δίδεται στα σημεία τα οποία πρέπει να γνωρίζουν και να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές κατά τον προσδιορισμό, την επιλογή και την συμπερίληψη στα έγγραφα της σύμβασης των δυνητικών λόγων που επιφέρουν αποκλεισμό των οικονομικών φορέων από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, στις δυνατότητες που παρέχονται για παρέκκλιση/εξαίρεση από τους υποχρεωτικούς και τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, καθώς και στα πρόσωπα για τα οποία αυτοί θα πρέπει να μην συντρέχουν. Επιπλέον, γίνεται αναφορά στα αποδεικτικά μέσα που μπορούν να απαιτούν οι αναθέτουσες αρχές από τους οικονομικούς φορείς, ως απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού. Εν συνεχεία, αναπτύσσεται το ζήτημα της εξαντλητικής ή μη απαρίθμησης των λόγων αποκλεισμού όπως προβλέπονται από τις Οδηγίες και ενσωματώνονται στο εθνικό δίκαιο, καθώς και του κατά πόσον είναι δυνατή η πρόβλεψη εθνικών λόγων αποκλεισμού, πέραν των ρητώς προβλεπομένων από τις Οδηγίες, με αναφορά σε συγκεκριμένα παραδείγματα. Για τη σύνταξη της παρούσας λήφθηκε υπόψη η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δικαστηρίου και Γενικού Δικαστηρίου), καθώς και των αρμόδιων διοικητικών δικαστηρίων και του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Ανά θεματικό πεδίο που αναλύεται κατωτέρω, παρατίθεται η σχετική νομολογία κατά περίπτωση.

Τέλος, επιχειρείται συσχετισμός των όσων αναφέρονται σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 με τις αντίστοιχες διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ, οι οποίες αφορούν στους λόγους αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών πρώην εξαιρούμενων τομέων (Οδηγία 2014/25/ΕΕ)<sup>5</sup>.

Δεδομένου ότι η παρούσα προορίζεται να αποτελέσει ένα εύχρηστο εργαλείο που προέκυψε κατόπιν επεξεργασίας των σχετικών νομοθετικών διατάξεων επί των λόγων αποκλεισμού και της αναφερόμενης σε αυτά νομολογίας, επισημαίνεται ότι έχει καταβληθεί προσπάθεια ώστε οι σχετικές διατυπώσεις και συστάσεις να παρουσιάζονται με απλό και συνοπτικό τρόπο. Σημειώνεται ότι η παρούσα έχει σκοπό να εξοικειώσει τις αναθέτουσες αρχές/τους αναθέτοντες φορείς με το νέο νομοθετικό καθεστώς και τις υποχρεώσεις και δυνατότητες που προκύπτουν εξ αυτού και σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί συγκεκριμένη συμβουλή ή, πολύ περισσότερο, υπόδειξη προς αυτές/αυτούς κατά το σχεδιασμό των διαγωνισμών και την επεξεργασία των σχετικών όρων των εγγράφων της σύμβασης, τα οποία παραμένουν στην ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής/του αναθέτοντος φορέα στο πλαίσιο της νομιμότητας.

## **II. Κριτήρια ποιοτικής επιλογής / καταλληλότητας για την εκτέλεση της σύμβασης**

Πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα ελέγχου και αποκλεισμού εκείνων εκ των οικονομικών φορέων που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα επαγγελματικά προσόντα ή δεν πληρούν τα αναγκαία κριτήρια φερεγγυότητας και εντιμότητας, ήτοι δεν διαθέτουν την καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Το στάδιο αυτό, που προηγείται εκείνου της ανάθεσης της σύμβασης, αποτελεί το στάδιο της ποιοτικής επιλογής των προσφερόντων, δηλαδή του ελέγχου της καταλληλότητας αυτών για να εκτελέσουν τη σύμβαση.

Από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 καθίσταται σαφές ότι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής μπορούν να ενταχθούν στις εξής τέσσερις (4) κατηγορίες:

1. Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων

- 3 Οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134. 30.4.2004, σ. 114), όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/ΕΚ της Επιτροπής της 7<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2005 και την Οδηγία 2005/75/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Νοεμβρίου 2005.
- 4 ΠΔ 60/2007 "Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/ΕΚ της Επιτροπής της 7<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2005 και την Οδηγία 2005/75/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Νοεμβρίου 2005" (Α' 64).
- 5 Με το Βιβλίο ΙΙ του ν. 4412/2016 ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο η Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης 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/ΕΚ (ΕΕ L 94, 28.3.2014, σ. 243).

2. Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας
3. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια
4. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Αντικείμενο της παρούσας αποτελεί η εξέταση της πρώτης κατηγορίας, ήτοι των λόγων αποκλεισμού, δεδομένου ότι οι λοιπές κατηγορίες κριτηρίων ποιοτικής επιλογής έχουν εξεταστεί στο πλαίσιο διακριτής Κατευθυντήριας Οδηγίας που έχει ήδη εκδοθεί από την Αρχή<sup>6</sup>.

Εκ των προτέρων επισημαίνεται ότι λόγοι αποκλεισμού του οικονομικού φορέα από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προβλέπονταν και υπό το καθεστώς της προϊσχύσασας – και ήδη καταργηθείσας – Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και του π.δ. 60/2007 (άρθρα 45 και 43 αντιστοίχως), οι οποίοι αναφέρονταν στην προσωπική κατάσταση των οικονομικών φορέων και σχετίζονταν με ζητήματα που ανάγονταν στην επαγγελματική εντιμότητα, φερεγγυότητα και αξιοπιστία τους<sup>7</sup>, στοχεύοντας στον αποκλεισμό των “προβληματικών” υποψηφίων και δημιουργώντας αντικίνητρα για την παράνομη δράση τους.

### **III. Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016**

Με τις διατάξεις των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016<sup>8</sup>, που εντάσσονται στην Ενότητα 4 “Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής” του Τμήματος III του Τίτλου 3 του Μέρους Α' του Βιβλίου Ι του νόμου αυτού, ενσωματώθηκαν στο ελληνικό δίκαιο οι διατάξεις του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέποντας τους λόγους αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, προκειμένου να διαφυλάσσεται το δημόσιο συμφέρον και να διασφαλίζεται ο ανόθευτος και θεμιτός ανταγωνισμός μεταξύ των οικονομικών φορέων, καθώς και η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας.

Ειδικότερα, το άρθρο 73 “Λόγοι αποκλεισμού” καθιερώνει ένα σύστημα κανόνων που διακρίνει μεταξύ υποχρεωτικών και δυνητικών (προαιρετικών) λόγων αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016. Στο εν λόγω πλαίσιο, υιοθετούνται νέοι λόγοι αποκλεισμού σε σχέση με τους προβλεπόμενους στις διατάξεις του άρθρου 43 του π.δ. 60/2007 (άρθρου 45 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ), προσδιορίζονται με μεγαλύτερη ακρίβεια οι προϋποθέσεις εφαρμογής των λόγων αποκλεισμού (που ήδη εφαρμόζονταν στο πλαίσιο άλλων, πιο γενικών, λόγων αποκλεισμού υπό τις διατάξεις του π.δ. 60/2007), εισάγονται νέοι διαδικαστικοί κανόνες για τον αποκλεισμό, ενώ προβλέπεται - για πρώτη φορά - η δυνατότητα των οικονομικών φορέων να λαμβάνουν μέτρα συμμόρφωσης/αυτοκάθαρσης (“self – cleaning measures”) προκειμένου να αποδείξουν την αξιοπιστία τους και να μην αποκλειστούν από τη συμμετοχή, παρότι στο πρόσωπό τους συντρέχει ή συντρέξε λόγος αποκλεισμού.

#### **III.A. Οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού**

Οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού, τους οποίους η αναθέτουσα αρχή οφείλει να περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, εμπεριέχονται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα:

- 6 Πρβ. Κ.Ο. 13 της Αρχής “Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας” με ΑΔΑ ΩΒΥ7ΟΞΤΒ-ΤΛ7 (Απόφαση 303/2015 της Αρχής).
- 7 ΔΕΕ απόφαση της 19-5-2009, υπόθεση C-538/2007, Assitur Srl, Συλλογή της Νομολογίας 2009 I-04219, σκέψη 19, ΔΕΕ απόφαση της 9-2-2006, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-226/04 και C-228/04, La Cascina, Συλλογή της Νομολογίας 2006 I-01347, σκέψη 21.
- 8 Για τις συμβάσεις του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016 (αναθέτοντες φορείς), εφαρμόζονται τα άρθρα 305 και 306 του νόμου αυτού, στα οποία γίνεται αναφορά στο τελευταίο κεφάλαιο.

**Υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού: η καταδίκη με τελεσίδικη απόφαση για ορισμένα εγκλήματα/αδικήματα (άρθρο 73 παρ. 1)**

Στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 ορίζονται οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού, που αναφέρονται στην προσωπική κατάσταση του προσφέροντος, με στόχο να μην ανατίθενται δημόσιες συμβάσεις και να αποκλείονται οικονομικοί φορείς σε βάρος των οποίων έχει εκδοθεί τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για:

α) συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση <sup>9</sup>
β) δωροδοκία <sup>10</sup>
γ) απάτη σε βάρος των οικονομικών συμφερόντων της Ευρωπαϊκής Ένωσης <sup>11</sup>
δ) τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεδεμένα με τρομοκρατικές δραστηριότητες <sup>12</sup> (πρόκειται για νέο αδίκημα σε σχέση με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του άρθρου 43 του π.δ. 60/2007)
ε) νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας <sup>13</sup>
στ) παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων <sup>14</sup> (πρόκειται για νέο αδίκημα σε σχέση με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του άρθρου 43 του π.δ. 60/2007)

**→Υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της διάταξης (φυσικά πρόσωπα για τα οποία ελέγχεται η μη συνδρομή των συγκεκριμένων λόγων αποκλεισμού):**

- Εάν ο οικονομικός φορέας είναι φυσικό πρόσωπο: Ελέγχεται η μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού στο ίδιο το φυσικό πρόσωπο.
- Εάν ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο: Δεδομένου ότι, στο ελληνικό δίκαιο, δεν προβλέπεται ποινική ευθύνη για νομικά πρόσωπα παρά μόνο για φυσικά, ελέγχεται η μη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού στο/α φυσικό/ά πρόσωπο/α εις βάρος του/ων οποίου/ων εκδόθηκε τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για τους ανωτέρω λόγους (της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και το/α οποίο/α είναι μέλος/η του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό.

9 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).

10 Όπως ορίζεται στο άρθρο 3 της σύμβασης περί της καταπολέμησης της διαφθοράς στην οποία ενέχονται υπάλληλοι των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή των κρατών-μελών της Ένωσης (ΕΕ C 195 της 25.6.1997, σ. 1) και στην παράγραφο 1 του άρθρου 2 της απόφασης-πλαίσιο 2003/568/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 22ας Ιουλίου 2003, για την καταπολέμηση της δωροδοκίας στον ιδιωτικό τομέα (ΕΕ L 192 της 31.7.2003, σ. 54), καθώς και όπως ορίζεται στην κείμενη νομοθεσία ή στο εθνικό δίκαιο του οικονομικού φορέα. Εφιστάται η προσοχή των αναθετουσών αρχών στο γεγονός ότι: Σε συνέχεια του Διορθωτικού της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ [L 135/24-5-2016], ο υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού του άρθρου 57 παρ. 1 περ. β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ("διαφθορά") μετονομάστηκε στην επίσημη ελληνική μετάφραση σε "δωροδοκία" και ενσωματώθηκε με αυτή την ονομασία στο άρθρο 73 παρ. 1 περ. β' του ν. 4412/2016. Η διαφοροποίηση στη σχετική ορολογία στον Κανονισμό (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής, της 5ης Ιανουαρίου 2016, για την καθιέρωση του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), για τις συμβάσεις άνω των ορίων, ο οποίος αναφέρεται ακόμα σε "διαφθορά" (και όχι σε "δωροδοκία"), οφείλεται στο γεγονός ότι στον εν λόγω Κανονισμό δεν έχουν ενσωματωθεί, επί του παρόντος, τροποποιήσεις βάσει Διορθωτικού.

11 Κατά την έννοια του άρθρου 1 της σύμβασης σχετικά με την προστασία των οικονομικών συμφερόντων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΕΕ C 316 της 27.11.1995, σ. 48), η οποία κυρώθηκε με το ν. 2803/2000 (Α' 48).

12 Όπως ορίζονται, αντιστοίχως, στα άρθρα 1 και 3 της απόφασης-πλαίσιο 2002/475/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 13ης Ιουνίου 2002, για την καταπολέμηση της τρομοκρατίας (ΕΕ L 164 της 22.6.2002, σ. 3) ή ηθική αυτοουργία ή συνέργεια ή απόπειρα διάπραξης εγκλήματος, όπως ορίζονται στο άρθρο 4 αυτής.

13 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).

14 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).



Ειδικότερα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο του ν. 4412/2016, η υποχρέωση αποκλεισμού αφορά ιδίως:

- Στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), καθώς και ιδιωτικών κεφαλαιουχικών εταιρειών (Ι.Κ.Ε.), τους διαχειριστές, εφόσον σε βάρος τους έχει εκδοθεί τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για τους ανωτέρω λόγους.
- Στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον Διευθύνοντα Σύμβουλο και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, εφόσον σε βάρος τους έχει εκδοθεί τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για τους ανωτέρω λόγους<sup>15</sup>.

→ **Τρόπος γνώσης / απόδειξης της αναθέτουσας αρχής για την ύπαρξη της τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης για τους ανωτέρω λόγους:**

- **είτε** με επαλήθευση μέσω του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (εφεξής Ε.Ε.Ε.Σ.) για τις δημόσιες συμβάσεις άνω των ορίων ή του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης δήλωσης (εφεξής Τ.Ε.Υ.Δ.) για τις δημόσιες συμβάσεις κάτω των ορίων, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016, ή με τα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 ή μέσω του επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis) του άρθρου 81 του νόμου αυτού
- **είτε** είναι γνωστό στην αναθέτουσα αρχή με οποιονδήποτε άλλο τρόπο

**Υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού: η αθέτηση των υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (άρθρο 73 παρ. 2)**

Με την παράγραφο 2 του άρθρου 73 ορίζεται, επίσης, ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, τον οποίο η αναθέτουσα αρχή οφείλει να περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, η αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Ειδικά για την περίπτωση που ο οικονομικός φορέας είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις που αφορούν στις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης, καλύπτουν **τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση.**

Επισημαίνεται ότι ο υπό εξέταση υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού προβλεπόταν ως δυνητικός (προαιρετικός) για την αναθέτουσα αρχή υπό το π.δ. 60/2007<sup>16</sup>. Ωστόσο, **απαιτείτο η μη συνδρομή του - κατά γενικό κανόνα - από το προγενέστερο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων<sup>17</sup>**, με την προσκόμιση πιστοποιητικού ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας, ως δικαιολογητικού κατακύρωσης, κατά τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης.

→ **Τρόπος γνώσης/απόδειξης της αναθέτουσας αρχής για την αθέτηση των υποχρεώσεων ως προς την καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης:**

15 ΔΕΕ απόφαση της 15-7-2010, υπόθεση C-74/09, Batiments et Ponts Construction S.A., Συλλογή της Νομολογίας 2010 I-07271. Στις προτάσεις της επί της υποθέσεως, η Γενική Εισαγγελέας J. Kokott έκρινε, υπό τις δεδομένες συνθήκες, ότι δεν αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο και είναι αποδεκτός ένας βελγικός νόμος που προβλέπει αποκλεισμό μιας εταιρίας από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό, όταν στους διαχειριστές της έχει απαγορευτεί η διεξαγωγή επιχειρηματικής δραστηριότητας, λόγω προηγούμενης αφερεγγυότητας ή καταδικών. Αυτό σημαίνει ακριβώς ότι η περίπτωση αποκλεισμού μπορεί να βασίζεται στη συμπεριφορά ή την κατάσταση όχι μόνο αποκλειστικά του ίδιου του οικονομικού φορέα, αλλά και των προσώπων που συνδέονται με αυτόν.

16 Πρβ. άρθρο 43 παρ. 2 περ. ε' και στ' του π.δ. 60/2007: "Κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση, όταν: [...] ε) Δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, σύμφωνα με τις διατάξεις τόσο της χώρας εγκατάστασής του όσο και του ελληνικού δικαίου, στ) Δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην πληρωμή των φόρων και τελών, σύμφωνα με τις διατάξεις τόσο της χώρας εγκατάστασής του όσο και του ελληνικού δικαίου".

17 Άρθρο 6 παρ. 2 του π.δ. 118/2007 (Α' 150), άρθρο 7 παρ. 2 της ΥΑ 11389/1993 (Β' 185, ΕΚΠΟΤΑ), άρθρο 26 παρ. 2 του ν. 3669/2008 (Α' 116, Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων), άρθρο 16 παρ. 2 και 3 περ. α' του ν. 3316/2005 (Α' 42).

- εφόσον τούτο έχει διαπιστωθεί με δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ<sup>18</sup>, σύμφωνα με τις νομοθετικές διατάξεις της χώρας όπου ο οικονομικός φορέας είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία (του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής) και το γνωρίζει η αναθέτουσα αρχή **ή/και**
- το οποίο μπορεί να αποδείξει η αναθέτουσα αρχή με κατάλληλα μέσα

**→Εφιστάται η προσοχή των αναθετουσών αρχών στο ότι: Ο υπό εξέταση λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται και επομένως ο οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται, όταν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του:**

- είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων
- είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους.

Και τούτο, διότι, για την επιβολή του υπό κρίση λόγου αποκλεισμού ενδιαφέρει η τρέχουσα συμμόρφωση, δεδομένου ότι αυτός αφορά σε συνεχιζόμενη παραβίαση που λαμβάνει χώρα στο παρόν και δεν επεκτείνεται σε παραβιάσεις του παρελθόντος. Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω περιπτώσεις άρσης του λόγου αποκλεισμού προβλέπονται στην ίδια την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, χωρίς να εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ή της εθνικής νομοθεσίας για αντίθετη πρόβλεψη.

**Εξαιρέση από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73, με δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προβλέψει σχετική παρέκκλιση στα έγγραφα της σύμβασης (άρθρο 73 παρ. 3)**

Αξιοποιώντας τη σχετική διακριτική ευχέρεια που δίδεται από τον ενωσιακό νομοθέτη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να παρεκκλίνει από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, με τις διατάξεις της παραγράφου 3 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όταν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος καθιστούν αναγκαία την ανάθεση της σύμβασης ή για λόγους που επιβάλλονται από την αρχή της αναλογικότητας.

Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να προβλέψει στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη) παρέκκλιση<sup>19</sup> από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού:

**α. των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73, για επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, λ.χ. για λόγους δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος.**

Παραδείγματος χάριν, μια τέτοια περίπτωση θα μπορούσε να είναι η επείγουσα ανάγκη για προμήθεια εμβολίων ή εξοπλισμού έκτακτης ανάγκης, τα οποία μπορούν να αγοραστούν μόνο από οικονομικό φορέα για τον οποίο, ισχύει, κατά τα λοιπά, ένα από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού<sup>20</sup>.

**ή/και**

**β. της παρ. 2 του άρθρου 73, για λόγους που επιβάλλονται από την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας,** επειδή δηλαδή ο αποκλεισμός θα ήταν σαφώς δυσανάλογος, ιδίως όταν μόνο μικρά ποσά των φόρων ή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν έχουν καταβληθεί ή όταν ο οικονομικός φορέας ενημερώθηκε σχετικά με το ακριβές ποσό που οφείλεται λόγω αθέτησης των υποχρεώσεών του σε χρόνο κατά τον οποίο δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει μέτρα, παραδείγματος χάριν καταβάλλοντας τα οφειλόμενα ποσά ή υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους, πριν την εκπνοή της προθεσμίας αίτησης συμμετοχής ή υποβολής προσφοράς (σε ανοικτές διαδικασίες).

18 Στο ελληνικό δίκαιο, ο τελεσίδικος χαρακτήρας αφορά στη δικαστική απόφαση, ενώ η δεσμευτική ισχύς αφορά στη διοικητική απόφαση.

19 Πρβ. στα υποδείγματα διακηρύξεων ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται υποχρεωτικά με ηλεκτρονικό τρόπο, άνω και κάτω των ορίων, τα οποία βρίσκονται ανηρτημένα στην ιστοσελίδα της Αρχής [www.eaadhsy.gr](http://www.eaadhsy.gr), ως προς τον τρόπο διατύπωσης της πρόβλεψης παρέκκλισης, κλπ.

20 Πρβ. αιτιολογική σκέψη 100 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Παράδειγμα από τη νομολογία:

Στην υπόθεση La Cascina<sup>21</sup>, κρίθηκε ότι δεν απαγορεύεται εθνική κανονιστική ρύθμιση ή διοικητική πρακτική, κατά την οποία ο παρέχων υπηρεσίες που, κατά την ημερομηνία λήξεως της προθεσμίας για την υποβολή των αιτήσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό, δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά τις οφειλές εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων και τελών δια της πλήρους καταβολής των αντίστοιχων ποσών, μπορεί να τακτοποιήσει τις εκκρεμότητές του εκ των υστέρων, δυνάμει μέτρων φορολογικής αμνηστίας ή επιείκειας του κράτους ή δυνάμει διοικητικού διακανονισμού για τη σταδιακή αποπληρωμή ή την ελάφρυνση των χρεών ή με την άσκηση διοικητικής ή ένδικης προσφυγής, υπό την προϋπόθεση ότι θα αποδείξει, εντός της προθεσμίας που τάσσεται από την κανονιστική ρύθμιση ή τη διοικητική πρακτική, ότι έτυχε του ευεργετήματος τέτοιων μέτρων ή τέτοιου διακανονισμού ή ότι άσκησε τέτοια προσφυγή εντός αυτής της προθεσμίας.

Στην ως άνω απόφαση, κρίθηκε επίσης<sup>22</sup> ότι αντίκειται στην αρχή της διαφάνειας ο ορισμός από την αναθέτουσα αρχή λόγων αποκλεισμού για μη πληρωμή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, δίχως να εκτίθεται εκ των προτέρων το ακριβές χρονικό σημείο μέχρι το οποίο μπορούν τα εν λόγω βάρη να καταβάλλονται ή να γίνεται διακανονισμός, προκειμένου να μπορεί ο υποψήφιος να αποφύγει τον αποκλεισμό. Το εν λόγω ακριβές χρονικό σημείο (ιδίως, με τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης για την υποβολή προσφοράς, την ημερομηνία εξέτασης των προσφορών από την αναθέτουσα αρχή ή ακόμα και το χρονικό σημείο που προηγείται άμεσα της σύναψης της σύμβασης) μπορεί να καθορίζεται είτε στη νομοθεσία είτε από τις ίδιες τις αναθέτουσες αρχές, αρκεί να καθίσταται εκ των προτέρων γνωστό στους προσφέροντες.

**Στο ελληνικό δίκαιο, σε κάθε περίπτωση, επισημαίνονται οι διατάξεις του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο: Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, πρέπει να συντρέχουν και κρίνονται σε 3 χρονικά σημεία: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών (κατακύρωσης) του άρθρου 80 και γ) κατά τη σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 105 παρ. 3 περ. γ' του ν. 4412/2016.**

### III. Β. Οι δυνητικοί/προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού

Με την παράγραφο 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 εισάγεται μια σειρά δυνητικών (προαιρετικών) λόγων αποκλεισμού, τους οποίους επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, τηρουμένων, σε κάθε περίπτωση, των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου, ιδίως της αρχής της αναλογικότητας, της εξυπηρέτησης του σκοπού δημοσίου συμφέροντος, της ενίσχυσης του ανταγωνισμού και αποφυγής στρέβλωσής του, καθώς και με συνεκτίμηση των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της υπό ανάθεση σύμβασης, λ.χ. εκτιμώμενη αξία αυτής, ειδικές περιστάσεις, κλπ. Λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή δύναται να επιλέξει και να συμπεριλάβει έναν, περισσότερους, όλους ή, ενδεχομένως, και κανέναν από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73.

**!!!! Προσοχή:** Τονίζεται ότι, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή επιλέξει να συμπεριλάβει στη διακήρυξη οποιονδήποτε από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73, τότε αυτός καθίσταται υποχρεωτικός, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει τη συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων του, υποχρεούται δε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού κατά τα αναλυτικώς αναφερόμενα κατωτέρω.

21 ΔΕΕ απόφαση της 9-2-2006, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-226/04 και C-228/04, La Cascina, όπ.π., σκ. 40.

22 ΔΕΕ απόφαση της 9-2-2006, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-226/04 και C-228/04, La Cascina, όπ.π., σκ. 31 και 32.



Ειδικότερα, όταν η αναθέτουσα αρχή εξετάζει τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού που έχει συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης<sup>23</sup>, πρέπει να δίδει ιδιαίτερη προσοχή στην τήρηση της αρχής της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του<sup>24</sup>.

Σημειωτέον, επίσης, ότι, στους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 έχουν περιληφθεί ορισμένοι πρόσθετοι – νέοι - λόγοι σε σχέση με αυτούς που περιέχονταν στην παράγραφο 2 του άρθρου 43 του π.δ. 60/2007 (άρθρου 45 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ), ενσωματώνοντας - σε μεγάλο βαθμό - πάγια νομολογία του ΔΕΕ, για τους οποίους γίνεται αναλυτική αναφορά παρακάτω<sup>25</sup>.

#### Ειδικότερα:

**Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού: η αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων του άρθρου 18 παρ. 2 του ν. 4412/2016 στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου κατά την εκτέλεση των συμβάσεων (άρθρο 73 παρ. 4 περ. α')**

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, ήτοι παραβίαση των περιβαλλοντικών, κοινωνικών και επιβαλλόμενων από την εργατική νομοθεσία υποχρεώσεων, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α' του νόμου αυτού, κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων.

Πρόκειται για έναν νέο δυνητικό λόγο αποκλεισμού που δεν προβλεπόταν ρητώς στο προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς<sup>26</sup>, με την έννοια ότι για πρώτη φορά προβλέπεται ρητώς, ως αυτοτελής και ξεχωριστός λόγος αποκλεισμού, ακριβώς για να δοθεί έμφαση και να τονιστεί η σημασία που αποδίδεται στο ζήτημα της τήρησης των υποχρεώσεων που απορρέουν από την περιβαλλοντική, κοινωνικοασφαλιστική και εργατική νομοθεσία κατά την εκτέλεση των συμβάσεων και στην αναγκαιότητα απαρέγκλιτης εφαρμογής του. Εξάλλου, βασικός στόχος της παραγράφου 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 είναι να θέσει έναν γενικό κανόνα / μια οριζόντια ρήτρα, με την οποία οφείλουν να συμμορφώνονται τα κράτη μέλη και να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς εφαρμόζουν τις υποχρεώσεις αυτές κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων.

23 Παραδείγματος χάριν, όταν η αναθέτουσα αρχή εξετάζει τις προϋποθέσεις συνδρομής του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα” ή των “σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών” ή των “σοβαρών” ή “επαναλαμβανόμενων πλημμελειών κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων” ή μιας “κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων ή στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή κατά το προπαρασκευαστικό στάδιο που δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα”, κλπ.

24 Κατά τα αναφερόμενα στην αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

25 Όπως προαναφέρθηκε, υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και του π.δ. 60/2007, προβλέπονταν λόγοι αποκλεισμού του οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή, οι οποίοι αναφέρονταν στην προσωπική κατάσταση αυτού και σχετίζονταν με ζητήματα που ανάγονταν στην επαγγελματική εντιμότητα, φερεγγυότητα και αξιοπιστία του. Πλέον, κάποιος εκ των νέων δυνητικών λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως λ.χ. κάποιες περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων, δεν μπορεί να ειπωθεί ότι συνδέονται με ζητήματα που ανάγονται στην επαγγελματική εντιμότητα, φερεγγυότητα και αξιοπιστία των οικονομικών φορέων, ως εκ τούτου δεν είναι ορθή πλέον η κατηγοριοποίηση όλων των δυνητικών λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του 73 του ν. 4412/2016 υπό τον ενιαίο ως άνω τίτλο, όπως συνέβαινε υπό το προηγούμενο καθεστώς.

26 Ωστόσο, υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και του π.δ. 60/2007, η εν λόγω αθέτηση των υποχρεώσεων στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, κατά την εκτέλεση των συμβάσεων, θα μπορούσε να ενταχθεί στην πιο γενική έννοια του, υπό το προηγούμενο καθεστώς προβλεπόμενου, “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος συναφούς με το αντικείμενο του διαγωνισμού ή σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα” (άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ του π.δ. 60/2007).

Βάσει της περίπτωσης αυτής, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να αποκλείει οικονομικούς φορείς, οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες<sup>27</sup>. Η αθέτηση των εν λόγω υποχρεώσεων πρέπει να εξετάζεται σε συνάρτηση με την αρχή της αναλογικότητας. Αναγκαία είναι μόνο η απόδειξη της αθέτησης των σχετικών υποχρεώσεων με “κατάλληλα μέσα”<sup>28</sup> από την αναθέτουσα αρχή, το οποίο απαιτεί την ύπαρξη “αξιόπιστων στοιχείων”, ενώ δεν απαιτείται να έχει προηγηθεί καταδίκη ή άλλη επίσημη δικαστική ή διοικητική απόφαση σχετικά με την εν λόγω παραβίαση.

**Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού: Πτώχευση ή εξυγίανση ή ειδική εκκαθάριση ή αναγκαστική διαχείριση ή πτωχευτικός συμβιβασμός ή αναστολή επιχειρηματικών δραστηριοτήτων ή οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση (άρθρο 73 παρ. 4 περ. β')**

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί επίσης να αποκλείει από τη συμμετοχή οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν τελεί υπό πτώχευση<sup>29</sup> ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου.

Η υπό εξέταση κατηγορία λόγων αποκλεισμού προβλεπόταν επίσης ως δυνητική (προαιρετική) για την αναθέτουσα αρχή στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. α' του π.δ. 60/2007<sup>30</sup>. Ωστόσο, **απαιτείτο η μη συνδρομή του κατά γενικό κανόνα - από το προγενέστερο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων<sup>31</sup>**, με την προσκόμιση πιστοποιητικού περί μη πτώχευσης, ως δικαιολογητικού κατακύρωσης, κατά τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης.

**Εξαίρεση από τον αποκλεισμό της περ. β' της παρ. 4 του άρθρου 73, με δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής για παρέκκλιση (άρθρο 73 παρ. 5)**

Όπως προαναφέρθηκε, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή, λαμβάνοντας υπόψη και συνεκτιμώντας τις προϋποθέσεις που αναφέρθηκαν ανωτέρω, επιλέξει να συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης κάποιον από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού (όπως λ.χ. να μη συντρέχουν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα οι λόγοι αποκλεισμού της περίπτωσης β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, ήτοι ο οικονομικός φορέας να μην τελεί υπό πτώχευση, να μην έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης, κλπ), τότε ο λόγος αποκλεισμού αυτός καθίσταται υποχρεωτικός, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει τη συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων του, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω,

27 Πρβ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία φαίνεται επίσης να συνδέει τον υπό κρίση λόγο αποκλεισμού με την έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (“λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων [...] ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων [...]”).

28 Πάντως, για την έννοια των «κατάλληλων μέσων» με τα οποία η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει την αθέτηση των εν λόγω υποχρεώσεων, δεν υφίσταται ορισμός/σχετική ένδειξη, και ως εκ τούτου κρίνονται ad hoc (κατά περίπτωση).

29 Σε συνέχεια του Διορθωτικού της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ [L 135/24-5-2016], ο δυνητικός λόγος αποκλεισμού του άρθρου 57 παρ. 4 περ. β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (“κηρύσσει χρεοκοπία [...] κλπ”) μετονομάστηκε στην επίσημη ελληνική μετάφραση σε “τελεί υπό πτώχευση [...] κλπ” και ενσωματώθηκε με αυτή την ονομασία στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. β' του ν. 4412/2016. Η διαφοροποίηση στη σχετική ορολογία στον Κανονισμό 2016/7 για το Ε.Ε.Σ., για τις συμβάσεις άνω των ορίων, ο οποίος αναφέρει ακόμα “κηρύσσει χρεοκοπία [...] κλπ”, οφείλεται στο γεγονός ότι στον εν λόγω Κανονισμό δεν έχουν ενσωματωθεί ακόμη, επί του παρόντος, τροποποιήσεις βάσει Διορθωτικού.

30 Πρβ. άρθρο 43 παρ. 2 περ. α' του π.δ. 60/2007: “Κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση, όταν: α) Τελεί υπό πτώχευση, εκκαθάριση, παύση εργασιών, αναγκαστική διαχείριση ή πτωχευτικό συμβιβασμό, αναστολή εργασιών ή τελεί σε ανάλογη κατάσταση που προβλέπεται από τις διατάξεις της χώρας εγκατάστασής του”.

31 Πρβ. άρθρο 6 παρ. 2 του π.δ. 118/2007 (Α' 150), άρθρο 7 παρ. 2 της ΥΑ 11389/1993 (Β' 185, ΕΚΠΟΤΑ), άρθρο 26 παρ. 2 του ν. 3669/2008 (Α' 116, Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημόσιων έργων), άρθρο 16 παρ. 2 και 3 περ. α' του ν. 3316/2005 (Α' 42).

υποχρεούται δε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού.

Ωστόσο, η Ελλάδα, υιοθετώντας τη σχετική ευχέρεια που δίδεται από τον ενωσιακό νομοθέτη, εισήγαγε στην παράγραφο 5 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να παρεκκλίνει από τον ως άνω αποκλεισμό, μόνο για την περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 (εκ του συνόλου των δυνητικών λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του αρ. 73). Πρόκειται για μια νέα δυνατότητα που δίδεται στην αναθέτουσα αρχή, καθότι δεν προβλεπόταν αντίστοιχη ευχέρεια στην Οδηγία 2004/18/ΕΚ και το π.δ. 60/2007.

Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 (ήτοι, παρά τη συνδρομή του σχετικού λόγου αποκλεισμού), **υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει** ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα που αυτός έχει λάβει για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του δραστηριότητας.

Παραδείγματος χάριν: όταν ο οικονομικός φορέας μπορεί να είναι σε θέση να συμμετέχει σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, επειδή η εν λόγω επιχείρηση πρόκειται να πωληθεί και να συνεχίσει να δρα ως οικονομική μονάδα.

Προς τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας πρέπει να διευκρινίζει τους λόγους και να παρέχει όλες τις σχετικές πληροφορίες στο Ε.Ε.Ε.Σ. ή στο Τ.Ε.Υ.Δ. (για τις δημόσιες συμβάσεις άνω των ορίων ή κάτω των ορίων, αντιστοίχως), προκειμένου να εξεταστούν και να εκτιμηθούν από την αναθέτουσα αρχή.

Στο σημείο αυτό, τονίζεται ιδιαιτέρως **η αντιστροφή του βάρους απόδειξης** («η αναθέτουσα αρχή πρέπει να αποδείξει ότι ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση») σε σχέση με την απόδειξη των μέτρων αυτοκάθαρσης, η οποία, όπως αναλύεται κατωτέρω υπό III.Ε., εναπόκειται στον ίδιο τον οικονομικό φορέα που έλαβε τα μέτρα αυτοκάθαρσης.

**Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού: Επαρκώς εύλογες ενδείξεις για τη σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς, με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ')**

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή, εάν διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ότι δηλαδή έχει εμπλακεί σε καταστάσεις που δύνανται να επιφέρουν στρέβλωση του ανταγωνισμού, όπως είναι η περίπτωση της συμπαιγνιακής συμπεριφοράς σε διαγωνισμούς μαζί με άλλους οικονομικούς φορείς.

Πρόκειται για έναν νέο δυνητικό λόγο αποκλεισμού<sup>32</sup>, για τη συνδρομή των προϋποθέσεων του οποίου πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η αρχή της αναλογικότητας. Και στην περίπτωση αυτή, δεν απαιτείται να έχει

32 Πρβ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ σχετικά με το γεγονός ότι και αυτός ο νέος ειδικότερος λόγος αποκλεισμού συνδέεται με τη γενικότερη έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», δεδομένου ότι τέτοιου είδους παραπτώματα μπορούν να θέσουν εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα: «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω [...] ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας»). Πρβ., επίσης, απόφαση του Δικαστηρίου της 18<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13, Generali-Providencia, Ψηφιακή συλλογή (Συλλογή νομολογίας του Δικαστηρίου - Γενική συλλογή), με την οποία κρίθηκε ότι τα άρθρα 49 και 56 της ΣΛΕΕ δεν αντιτίθενται στην εφαρμογή εθνικής νομοθεσίας δυνάμει της οποίας αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό ο οικονομικός φορέας που έχει διαπράξει παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού η οποία διαπιστώθηκε με απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου και για την οποία του επιβλήθηκε πρόστιμο. Κρίθηκε ότι η παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στην έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» του άρθρου 45 παρ. 2 στοιχ. δ' της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (σκέψεις 34 έως 39). Μάλιστα στην ως άνω απόφαση του Δικαστηρίου γίνεται αναφορά και στο νέο άρθρο 57 παρ. 4 στοιχ. δ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που πλέον προβλέπει, κατά τρόπο σαφή και ακριβή, τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού («εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού»).

προηγηθεί καταδίκη ή να έχει υπάρξει άλλη επίσημη δικαστική ή διοικητική απόφαση σχετικά με την εν λόγω παραβίαση. Η συμπεριφορά του οικονομικού φορέα μπορεί να αποδεικνύεται με κατάλληλα μέσα που προκαλούν “επαρκώς εύλογες ενδείξεις” ότι τελέστηκε η εν λόγω πράξη, το οποίο εξετάζεται αδoσκαι αντανακλά – για ακόμη μια φορά – την απαίτηση για ύπαρξη “αξιόπιστων στοιχείων” εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής.

✓ Ως προς τη σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, επισημαίνεται ότι:

Η αποτελεσματικότητα των διαγωνιστικών διαδικασιών προϋποθέτει την ύπαρξη ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός επιβραβεύει τους οικονομικούς φορείς που καινοτομούν και προσπαθούν να προσφέρουν έργα, προϊόντα και υπηρεσίες καλύτερης αξίας στην αγορά. Αντίθετα, οι επιχειρήσεις που είναι λιγότερο αποδοτικές και αδυνατούν να ανταποκριθούν στις ανάγκες των πελατών δεν ευημερούν.

Οριζόντια μυστική σύμπραξη (καρτέλ) υφίσταται όταν οι επιχειρήσεις συμφωνούν να δράσουν από κοινού στην αγορά, αντί να ανταγωνίζονται η μία την άλλη<sup>33</sup>. Τέτοιες παράνομες συμφωνίες σχεδιάζονται συνήθως με τέτοιο τρόπο, ώστε να αυξάνουν τα κέρδη των μελών της σύμπραξης σε βάρος του Δημοσίου και ταυτόχρονα, να διατηρούν την ψευδαίσθηση της ύπαρξης ανταγωνισμού στην αναθέτουσα αρχή. Όλες έχουν ως κοινό στόχο την παρακώλυση των προσπαθειών της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής να αποκτήσει έργα, προϊόντα και υπηρεσίες στη χαμηλότερη δυνατή τιμή. Ως εκ τούτου, τέτοιου είδους μυστικές συμφωνίες έχουν ιδιαίτερα αρνητικές επιπτώσεις, τόσο στον ανταγωνισμό στις αγορές των έργων, προϊόντων και υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο των διαγωνισμών όσο και στη διαχείριση των κρατικών πόρων, λόγω της αύξησης του κόστους αυτών.

Η συμπαιγνία σε διαδικασίες υποβολής προσφορών δύναται να λάβει διάφορες μορφές και αφορά σε ποικίλες παραμέτρους της διαγωνιστικής διαδικασίας.

#### Παραδείγματα:

- Οι οικονομικοί φορείς μπορεί να έχουν, εκ των προτέρων, καθορίσει τον ανάδοχο, την τιμή ή/και άλλους εμπορικούς όρους προσφοράς των έργων, προϊόντων ή υπηρεσιών τους, ερχόμενοι εκ των προτέρων σε συμφωνία για το ποιος θα υποβάλει την επιτυχούσα προσφορά σε έναν διαγωνισμό, ακυρώνοντας, με αυτόν τον τρόπο, τον ανταγωνισμό – ενδεχομένως, και αυξάνοντας την τελική τιμή κατακύρωσης (με το να επηρεάζουν, δηλαδή, την τιμή του έργου, προϊόντος ή υπηρεσίας ή/και με το να περιορίζουν τις προσφερόμενες ποσότητες, με στόχο τον περιορισμό της διάθεσής τους στην αγορά).
- Η συμφωνία νόθευσης του διαγωνισμού μπορεί να περιλαμβάνει και συμπληρωματικούς μηχανισμούς καταμερισμού, μεταξύ των μελών του καρτέλ, των πρόσθετων κερδών που αποκτώνται ως αποτέλεσμα της υψηλότερης τελικής συμβατικής τιμής, λ.χ. μπορεί να προβλέπει τη σύναψη μεταξύ των μελών του καρτέλ υπεργολαβιών ή συμβάσεων προμηθειών, ακόμα και πλασματικές τιμολογήσεις μεταξύ των εμπλεκόμενων εταιριών ή ακόμη και την εκχώρηση συναλλαγματικών.
- Επίσης, οι προμηθευτές δύναται να κατανέμουν τα επιπλέον κέρδη από μια σειρά δημόσιων διαγωνισμών, αναλαμβάνοντας εκ περιτροπής τις συμβάσεις ή/και κατανέμοντας γεωγραφικά τους διενεργούμενους διαγωνισμούς.

Εν γένει, εμφανίζονται τέσσερις (4) βασικές μορφές συμπαιγνιακής συμπεριφοράς<sup>34</sup>:

- η χειραγώγηση προσφορών ή υποβολή προσυνηνοημένων προσφορών
- η κατανομή αγορών/ πελατών
- ο καθορισμός τιμών και
- ο περιορισμός των προσφερόμενων ποσοτήτων

33 Πρβ. αναλυτικά στον “Οδηγό για Αναθέτουσες Αρχές” της Επιτροπής Ανταγωνισμού, με θέμα “Ανίχνευση και πρόληψη συμπαιγνιακών πρακτικών σε διαγωνισμούς προμηθειών”, Αθήνα 2014.

34 Για περισσότερες πληροφορίες σχετικά με τις εν λόγω μορφές συμπαιγνιακής συμπεριφοράς, πρβ. στον Οδηγό για αναθέτουσες αρχές της Επιτροπής Ανταγωνισμού, όπ.π., σελ. 7 επ.



Οι πρακτικές αυτές δεν είναι αμοιβαία αποκλειόμενες. Αντιθέτως, οι εμπλεκόμενοι σε συμπαιγνίες χρησιμοποιούν συχνά συνδυασμούς αυτών των στρατηγικών, ανάλογα με την αγορά, το έργο, το προϊόν ή την υπηρεσία, καθώς και τους όρους προκήρυξης και τις λεπτομέρειες του εκάστοτε διαγωνισμού.

Στο παρόν σημείο, κρίνεται σκόπιμο να υπομνησθεί και η διάταξη του άρθρου 91 παρ. 1 περ. ε' του ν. 4412/2016, που προβλέπει ότι: Απορρίπτεται η προσφορά που υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές (εκτός αν επιτρέπονται οι εναλλακτικές προσφορές) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων, υπό τους όρους της παρ. 4 του άρθρου 73. Είναι προφανές ότι η διάταξη αναφέρεται, κατά κύριο λόγο, στην περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, υπό την έννοια ότι δεν αρκεί το γεγονός της συμμετοχής σε περισσότερες ενώσεις του ίδιου οικονομικού φορέα, αλλά θα πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να στοιχειοθετείται<sup>35</sup> ότι είχαν συναφθεί συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, γεγονός το οποίο κρίνεται ad hoc.

#### **Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού:**

- **Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 που δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα (άρθρο 73 παρ. 4 περ. δ')**
- **Κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο [άρθρο 48](#), που δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα (άρθρο 73 παρ. 4 περ. ε')**

Πρόκειται για δύο νέους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι αναφέρονται σε καταστάσεις σύγκρουσης συμφερόντων, ως εκ τούτου κρίθηκε σκόπιμο να εξεταστούν από κοινού. Και στις δύο περιπτώσεις διαφαίνεται ότι ο αποκλεισμός αναφέρεται στη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης με την οποία συνδέεται η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων του άρθρου 24 ή η κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή κατά το προπαρασκευαστικό στάδιο του άρθρου 48 του ν. 4412/2016<sup>36</sup>.

Οι υπό εξέταση λόγοι αποκλεισμού εκπορεύονται και ενσωματώνουν στο γράμμα του νόμου την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ε.Ε. και συνδέονται με τη γενική αρχή που αναπτύχθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου<sup>37</sup> η οποία επιτρέπει τον αποκλεισμό για λόγους, πέραν των ρητώς οριζόμενων από τις Οδηγίες, με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας. Για τα θέματα αυτά γίνεται λόγος αναλυτικά στο Κεφάλαιο υπό IV κατωτέρω.

#### **✓ Η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων**

Το άρθρο 24 του ν. 4412/2016 υποχρεώνει τις αναθέτουσες αρχές να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση των καταστάσεων συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγεται η στρέβλωση του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης όλων των οικονομικών φορέων.

Με το άρθρο 24 επιχειρείται η προσέγγιση της έννοιας της σύγκρουσης συμφερόντων, με την εξειδίκευση και συγκεκριμενοποίηση ορισμένων μορφών αυτής, καθώς και με την ενδεικτική αναφορά των προσώπων στα

<sup>35</sup> Σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να διαθέτει «επαρκώς εύλογες ενδείξεις» που να οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού.

<sup>36</sup> Δηλαδή, δεν αποτελούν λόγους αποκλεισμού από τη συμμετοχή και σε άλλες διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης, αλλά μόνο από αυτήν στην οποία οι προϋποθέσεις συνδρομής τους αναφέρονται.

<sup>37</sup> Πρβ. ΔΕΕ απόφαση της 3-3-2005, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, Fabricom, Συλλογή της Νομολογίας 2005 I-01559, καθώς και ΔΕΕ απόφαση της 16-12-2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική ΑΕ κατά ΕΣΡ, Συλλογή της Νομολογίας 2008 I-09999.



οποία αυτή μπορεί να αφορά (λ.χ. προσώπων που μπορεί να έχουν προσωπικούς, επαγγελματικούς ή οικογενειακούς δεσμούς με την αναθέτουσα αρχή ή/και να λαμβάνουν αποφάσεις για λογαριασμό της). Επισημαίνεται, ιδιαίτερα, ότι οι παρ. 3 έως 8 του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 αποτελούν εθνικά μέτρα εφαρμογής των αντίστοιχων διατάξεων του άρθρου 24 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, εξειδικεύοντας και συγκεκριμενοποιώντας τις σχετικές προβλέψεις της Οδηγίας.

Η σύγκρουση συμφερόντων καλύπτει κάθε κατάσταση – ιδίως - όπου υφίσταται άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία των προσώπων στα οποία η σύγκρουση συμφερόντων αφορά, στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης<sup>38</sup>. Ως εκ τούτου, σύγκρουση συμφερόντων ανακύπτει όταν δίδεται η ευκαιρία σε ένα πρόσωπο να θέσει σε προτεραιότητα τα ιδιωτικά του συμφέροντα εις βάρος των επαγγελματικών του καθηκόντων<sup>39</sup>.

Παραδείγματα που, καταρχάς, θα μπορούσαν να στοιχειοθετούν μια κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων:

- Η σύζυγος υπαλλήλου αναθέτουσας αρχής που είναι αρμόδιος για την παρακολούθηση διαδικασίας υποβολής προσφορών εργάζεται για λογαριασμό ενός από τους υποψηφίους.
- Εταιρία λαμβάνει μέρος σε διαδικασία υποβολής προσφορών, στην οποία μέτοχος της εν λόγω εταιρίας έχει οριστεί ως μέλος της επιτροπής αξιολόγησης.
- Ο προϊστάμενος αναθέτουσας αρχής πέρασε μια εβδομάδα διακοπών με τον διευθύνοντα σύμβουλο επιχείρησης η οποία υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας υποβολής προσφορών που έχει προκηρύξει η αναθέτουσα αρχή.
- Υπάλληλος αναθέτουσας αρχής (που έχει προκηρύξει διαδικασία υποβολής προσφορών) και ο διευθύνων σύμβουλος μιας από τις προσφέρουσες επιχειρήσεις έχουν αρμοδιότητες στο ίδιο πολιτικό κόμμα.
- Αξίζει να τονιστεί ότι και η πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία προβλέπεται ως λόγος αποκλεισμού στην περ. ε' της παρ. 4 του άρθρου 73, αντιμετωπίζεται ως κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 του ν. 4412/2016, π.χ. όταν τα συγκεκριμένα πρόσωπα εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης κατά το σχεδιασμό και την προετοιμασία αυτής ή/και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24 παρ. 3 περ. α' του ν. 4412/2016, γεγονός το οποίο θα μπορούσε να τους προσδώσει αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των άλλων υποψηφίων.

✓ Η αδυναμία αποτελεσματικής θεραπείας της κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα

Η ύπαρξη και μόνο συγγενικών σχέσεων ή/και άλλων ειδικών σχέσεων (πρβ. ανωτέρω παραδείγματα) δεν πρέπει να θεωρείται, εκ προοιμίου, ως κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων που να απαιτεί μέτρα επανόρθωσης ή αποκλεισμό του προσφέροντα, αλλά πρέπει να αποδεικνύεται ότι η συντρέχουσα – εν προκειμένω – “ασυμβίβαστη ιδιότητα” όντως οδήγησε σε σύγκρουση συμφερόντων στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαδικασίας<sup>40</sup>.

Ιδιαίτερη έμφαση δίδεται στην απαίτηση της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας, η οποία επιτρέπει τον αποκλεισμό, μόνο όταν μια κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, κατά τέτοιον τρόπο ούτως ώστε ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα να υφίσταται μεν ως δυνατότητα, πλην όμως να χρησιμοποιείται ως τελευταία λύση, ως “έσχατο καταφύγιο” (“ultima ratio” / “ultimum refugium”). Πρόκειται

38 Για περισσότερες πληροφορίες σχετικά με την έννοια, ενδεικτικές περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων, πρόσωπα στα οποία μπορεί να αφορά, κλπ., πρβ. αναλυτικά στις διατάξεις του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 “Συγκρούσεις συμφερόντων”.

39 Πρβ. Πρακτικό Οδηγού της Ευρωπαϊκής Υπηρεσίας Καταπολέμησης της Απάτης (OLAF) με θέμα «Εντοπισμός συγκρούσεων συμφερόντων σε διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων για διαρθρωτικές δράσεις».

40 Πρβ. άρθρο 24 παρ. 6 του ν. 4412/2016 («η αναθέτουσα αρχή αποφαινεται αιτιολογημένα επί της συνδρομής ή μη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων»), καθώς και άρθρο 48 τέταρτο εδάφιο του ως άνω νόμου («... και παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού»).

δηλαδή για μαχητό τεκμήριο, κατά το οποίο η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να αποδείξει ότι η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων δεν μπορούσε να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα. Και τούτο, διότι, όπως ήδη αναφέρθηκε, εκ των προτέρων αυτόματος λόγος αποκλεισμού δεν επιτρέπεται.

Παράδειγμα: Έστω ότι υφίσταται συγγενικός δεσμός μεταξύ ενός οικονομικού φορέα που συμμετέχει σε διαδικασία σύναψης σύμβασης και ενός προσώπου που είναι υπάλληλος της αναθέτουσας αρχής που προκήρυξε την εν λόγω διαδικασία και ταυτόχρονα μέλος στην ετήσια επιτροπή διενέργειας του εν λόγω διαγωνισμού. Στην περίπτωση αυτή, η αρχή της αναλογικότητας επιτάσσει, προτού η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει να περιορίσει τη συμμετοχή, μέσω του αποκλεισμού του εν λόγω οικονομικού φορέα, να προσπαθήσει καταρχήν να αντιμετωπίσει μια ενδεχόμενη κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, εφόσον αυτό καθίσταται εφικτό: λ.χ. μέσω της συμμετοχής (στις συνεδριάσεις της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού) του αναπληρωτή του εν λόγω συγγενικού προσώπου ή μέσω σύστασης και συγκρότησης νέας ad hoc επιτροπής διενέργειας για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό.

✓ Παραδείγματα από τη νομολογία:

Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δικαστηρίου και Γενικού Δικαστηρίου), η δυνατότητα του διαγωνιζομένου, ακόμη και αν δεν έχει τέτοια πρόθεση, να επηρεάσει τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών ώστε να καταστούν ευνοϊκότεροι γι' αυτόν συνιστά κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων. Συναφώς, η σύγκρουση συμφερόντων συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και της αρχής της παροχής ίσων ευκαιριών στους διαγωνιζομένους<sup>41</sup>.

Κατά τη νομολογία, έχει κριθεί ότι η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων έχει αντικειμενικό χαρακτήρα και, για να χαρακτηριστεί μια κατάσταση ως τέτοια, δεν λαμβάνονται υπόψη οι προθέσεις των ενδιαφερομένων, και ειδικότερα η καλή τους πίστη<sup>42</sup>.

Δεν υφίσταται απόλυτη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείει συστηματικά τους διαγωνιζομένους που βρίσκονται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων (ακόμα δηλαδή και αν στοιχειοθετείται η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων), εφόσον ο αποκλεισμός αυτός δεν δικαιολογείται στις περιπτώσεις που δεν είναι δυνατόν να αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή άσκησε επιρροή στη συμπεριφορά τους στο πλαίσιο της διαδικασίας πρόσκλησης υποβολής προσφορών και ότι υπάρχει πραγματικός κίνδυνος εμφάνισης πρακτικών ικανών να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό μεταξύ των διαγωνιζομένων<sup>43</sup>.

Η συστηματική αποστέρηση των συνδεδεμένων επιχειρήσεων από το δικαίωμα συμμετοχής στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, μέσω εθνικής διάταξης που επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές την απόλυτη υποχρέωση να αποκλείουν από τη διαδικασία τις επιχειρήσεις που υποβάλλουν αυτοτελείς και ανταγωνιστικές προσφορές, εφόσον μεταξύ των επιχειρήσεων αυτών υπάρχουν σχέσεις ελέγχου, είναι αντίθετη με την αποτελεσματική εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Εθνική ρύθμιση, στο μέτρο που επεκτείνει την απαγόρευση συμμετοχής στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, ώστε να καλύπτονται και οι περιπτώσεις στις οποίες η σχέση ελέγχου μεταξύ των ενδιαφερόμενων επιχειρήσεων δεν επηρεάζει τη συμπεριφορά τους κατά τις διαδικασίες αυτές, βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, η δε ρύθμιση που στηρίζεται στο αμάχητο τεκμήριο ότι οι προσφορές

41 Απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 20<sup>ης</sup> Μαρτίου 2013, υπόθεση T-415/10, Nexans France, Ψηφιακή συλλογή (Συλλογή νομολογίας του Δικαστηρίου - Γενική συλλογή), σκ. 114-117. Πρβ. και απόφαση του Δικαστηρίου της 3ης Μαρτίου 2005, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, Fabricom, όπ.π., σκ. 29 και 30, απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 17ης Μαρτίου 2005, T-160/03, AFCon Management Consultants κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή της Νομολογίας 2005 II-00981, σκ. 74 επ, απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 9<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2009, υπόθεση T-437/05, Brink's Security κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Συλλογή της Νομολογίας 2009 II-03233, καθώς και απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 18<sup>ης</sup> Απριλίου 2007, υπόθεση T-195/05, Deloitte κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Συλλογή της Νομολογίας 2007 II-00871.

42 ΔΕΕ απόφαση της 10ης Ιουλίου 2001, υπόθεση C-315/99 P, Ismeri Euroρα κατά Ελεγκτικού Συνεδρίου των Ε.Κ., Συλλογή της Νομολογίας 2001 I-05281, σκέψεις 44 έως 48.

43 Πρβ. κατωτέρω στο Κεφάλαιο υπό IV της παρούσας, όπου αναλύονται σχετικές αποφάσεις του Δικαστηρίου: απόφαση της 3<sup>ης</sup> Μαρτίου 2005, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, Fabricom, όπ.π., σκέψεις 33 έως 36· της 23ης Δεκεμβρίου 2009, υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, Συλλογή της Νομολογίας 2009 I-12169, σκέψεις 39 και 40.

που υποβάλλουν δύο συνδεδεμένες επιχειρήσεις για την ίδια δημόσια σύμβαση έχουν κατ' ανάγκη αλληλοεπηρεαστεί, αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, καθόσον δεν παρέχει στις επιχειρήσεις αυτές τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι στην περίπτωσή τους δεν υπάρχει πραγματικός κίνδυνος εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν τη διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά<sup>44</sup>.

Αντιθέτως, ο αποκλεισμός ενός διαγωνιζομένου σε μία σύγκρουση συμφερόντων είναι αναγκαίος όταν δεν υπάρχει καταλληλότερη λύση για να αποφευχθεί η παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας<sup>45</sup>.

✓ Η στρέβλωση του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης και η αδυναμία αποτελεσματικής θεραπείας με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα

Το άρθρο 48 του ν. 4412/2016 αναφέρεται στην προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, παραδείγματος χάριν, μέσω παροχής συμβουλών στην αναθέτουσα αρχή είτε εντός του πλαισίου των προκαταρκτικών διαβουλεύσεων με την αγορά<sup>46</sup> είτε και με άλλον τρόπο.

Το εν λόγω άρθρο θέτει μια ειδική υποχρέωση στις αναθέτουσες αρχές ώστε να διασφαλίζουν τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή οικονομικού φορέα και καθορίζει τα μέτρα που είναι κατάλληλα προς το σκοπό αυτό, όπως η γνωστοποίηση, στους λοιπούς συμμετέχοντες, των πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν και ο προσδιορισμός επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών.

Σε κάθε περίπτωση, η απαίτηση τήρησης της αρχής της αναλογικότητας, η οποία επιτρέπει τον αποκλεισμό μόνο ως “έσχατο καταφύγιο”<sup>47</sup>, όπως ανωτέρω αναφέρθηκε, εμπεριέχεται και στο υπό κρίση άρθρο 48 του ν. 4412/2016, καθώς προβλέπει ότι “ο εμπλεκόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης”. Ως εκ τούτου, η ειδική πρόβλεψη του συγκεκριμένου δυνητικού λόγου αποκλεισμού στην περ. ε' της παρ. 4 του άρθρου 73 επιβεβαιώνει ακριβώς ότι ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα από τη διαδικασία είναι ένα επιπρόσθετο μέτρο που επιτρέπεται στο ανωτέρω πλαίσιο.

Το άρθρο 48, επίσης, θέτει ως απαραίτητη προϋπόθεση, πριν από οποιονδήποτε αποκλεισμό, την ενημέρωση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και της ΕΑΑΔΗΣΥ, καθώς και της παροχής ευκαιρίας στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού.

Τονίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να μεριμνά ώστε τα έγγραφα και στοιχεία που υποβάλλονται από αυτούς, προς απόδειξη των ανωτέρω, να καταγράφονται και να τίθενται υπόψη της Επιτροπής Ανταγωνισμού και της ΕΑΑΔΗΣΥ<sup>48</sup>.

Παραδείγματα<sup>49</sup>:

44 Απόφαση του Δικαστηρίου της 19ης Μαΐου 2009, υπόθεση C-538/07, Assitur, όπ.π., σκέψεις 26 έως 30. Πρβ. αναλυτικά κατωτέρω στο Κεφάλαιο υπό IV.

45 Απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 12ης Μαρτίου 2008, υπόθεση T-345/03, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Συλλογή της Νομολογίας 2008 II-00341, σκέψεις 71 επ. Βλ. επίσης, συναφώς, αποφάσεις Assitur, όπ.π., σκ. 21, καθώς και Serrantonì και Consorzio stabile edili, όπ.π., σκ. 39 και 40.

46 Πρβ. άρθρο 46 με τίτλο «Προκαταρκτικές διαβουλεύσεις της αγοράς» του ν. 4412/2016.

47 Και στην περίπτωση αυτή, μόνο όταν δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, κατά τέτοιο τρόπο ούτως ώστε ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα να υφίσταται μεν ως δυνατότητα, πλην όμως να χρησιμοποιείται ως “τελευταία λύση”, ως “ultimum refugium”.

48 Για περισσότερες πληροφορίες σχετικά με την προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων, πρβ. αναλυτικά στις διατάξεις του άρθρου 48 του ν. 4412/2016.

49 Πρβ. Πρακτικό Οδηγό της Ευρωπαϊκής Υπηρεσίας Καταπολέμησης της Απάτης (OLAF) με θέμα «Εντοπισμός συγκρούσεων συμφερόντων σε διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων για διαρθρωτικές δράσεις», σελ. 25επ.

- Ένας από τους προσφέροντες έχει συντάξει τις τεχνικές προδιαγραφές της συγκεκριμένης διαδικασίας σύναψης σύμβασης και αποκτά πρόσθετες πληροφορίες πριν από την έναρξη της διαδικασίας. Το γεγονός αυτό του χορηγεί αθέμιτο πλεονέκτημα, έναντι των λοιπών υποψηφίων, ως προς τη δυνατότητα να αξιοποιήσει καλύτερα την προβλεπόμενη προθεσμία για την προετοιμασία και την υποβολή της προσφοράς του.
- Άτομο που συμμετέχει κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης μπορεί να επιχειρήσει, άμεσα ή έμμεσα, να επηρεάσει τη διαδικασία υποβολής προσφορών, προκειμένου να μπορέσει να λάβει μέρος συγγενικό του πρόσωπο, φίλος, εμπορικός ή οικονομικός του εταίρος. Αυτό μπορεί να έχει συμβεί, όταν λ.χ. διαπιστώνεται αδικαιολόγητη επιλογή κριτηρίων ανάθεσης που ευνοούν συγκεκριμένες εταιρίες ή όταν οι όροι εκτέλεσης ως προς την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών είναι υπερβολικά και αδικαιολόγητα αυστηροί, με αποτέλεσμα να παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς σε ελάχιστους προσφέροντες.

Και στα ανωτέρω παραδείγματα, όπως έχει ήδη αναφερθεί σε προηγούμενο σημείο, πρέπει να προκύπτει ότι, όντως, στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαδικασίας, προκλήθηκε μια κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, που δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα.

✓ Παράδειγμα από τη νομολογία: Όπως προαναφέρθηκε στην υπόθεση Fabricom<sup>50</sup>, το Δικαστήριο έκρινε ότι, χάριν της διασφάλισης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, θα ήταν δυνατός ο αποκλεισμός από το διαγωνισμό, βάσει εθνικού νόμου, επιχείρησης η οποία είχε συμμετάσχει στο προπαρασκευαστικό στάδιο της σύμβασης, για λόγους σύγκρουσης συμφερόντων (ήτοι για λόγο αποκλεισμού που δεν περιλαμβανόταν ρητώς -εκείνο το χρονικό διάστημα - στις Οδηγίες), έστω και αν μπορούσαν να αποδείξουν ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν υπήρχε κίνδυνος για τον ανταγωνισμό. Ωστόσο, το Δικαστήριο έκρινε, στη συνέχεια, τον εν λόγω αποκλεισμό ως αντίθετο προς την αρχή της αναλογικότητας, αφού υπερέβαινε αυτό που ήταν αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού του εθνικού νόμου που προέβλεπε τον εν λόγω αποκλεισμό. Και τούτο, διότι ο σκοπός της διασφάλισης της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης όσων συμμετείχαν στο διαγωνισμό μπορούσε να επιτευχθεί εν προκειμένω και με λιγότερο επαχθή μέτρα, όπως με την πρόβλεψη για αποκλεισμό μόνο εκείνων των οικονομικών φορέων που δεν μπορούν να αποδείξουν ότι δεν υφίσταται τέτοιος κίνδυνος για τον ανταγωνισμό<sup>51</sup>.

**Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού: Σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης, με αποτέλεσμα πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις (άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ')**

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, επίσης, να αποκλείει από τη συμμετοχή οικονομικό φορέα, εάν αυτός έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις.

Πρόκειται για έναν νέο δυνητικό λόγο αποκλεισμού, ο οποίος δεν προβλεπόταν ρητώς στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (Οδηγία 2004/18/ΕΚ και π.δ. 60/2007), ωστόσο καλυπτόταν υπό την ευρύτερη έννοια

<sup>50</sup> ΔΕΕ απόφαση της 3<sup>ης</sup> Μαρτίου 2005, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, Fabricom, όπ.π.

<sup>51</sup> Σημειωτέον ότι, η εν λόγω κρίση του ΔΕΕ υπονόησε, ως εκ τούτου, ότι επιτρέπεται ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, για λόγους διασφάλισης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, όταν η εταιρία που συμμετείχε στο προπαρασκευαστικό στάδιο, δεν μπορεί να αποδείξει ότι δεν υπάρχει κίνδυνος για τον ανταγωνισμό. Η τελευταία αναφορά είναι σημαντική ως προς τα όρια εφαρμογής των υπό εξέταση λόγων αποκλεισμού, υιοθετώντας, μεταξύ άλλων, την παραδοχή ότι αποκλεισμός δεν επιτρέπεται όταν, μεταξύ άλλων, ο οικονομικός φορέας μπορεί να αποδείξει ότι δεν υπάρχει κίνδυνος για τον ανταγωνισμό. Επίσης, ρητή σχετική αναφορά, ως προς το ζήτημα αυτό, στο τέταρτο εδάφιο του άρθρου 48 του ν. 4412/2016, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω.



του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του οικονομικού φορέα σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα”, όπως προβλεπόταν στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/2007<sup>52</sup>.

Ο υπό κρίση λόγος αποκλεισμού συνδέεται με προβλήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, προβλέποντας ότι ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή μπορεί να οφείλεται σε προηγούμενες πλημμέλειες είτε “επαναλαμβανόμενες” είτε “σοβαρές”, διότι, λ.χ., λαμβάνουν χώρα εκ προθέσεως/ενέχουν δόλια συμπεριφορά ή εξαιτίας των επιπτώσεών τους.

Παραδείγματα: Περιπτώσεις που οι επιδόσεις των οικονομικών φορέων σε προηγούμενες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίον προοριζόταν ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα<sup>53</sup>. Ενδεχομένως και ήσσονος σημασίας πλημμέλειες κατά την εκτέλεση, που όμως επαναλαμβάνονται συχνά, θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό από τη συμμετοχή.

Τονίζεται, πάντως, ότι η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια θα πρέπει να είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της εν λόγω προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, γεγονός το οποίο φαίνεται να περιορίζει σημαντικά το πεδίο εφαρμογής των περιπτώσεων στις οποίες μπορεί να επιβληθεί ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού. Η εν λόγω διαπίστωση κρίνεται σημαντική, λαμβάνοντας υπόψη ότι, πολύ συχνά, πρακτικές δυσκολίες, όπως το κόστος διεξαγωγής δικών ή η διαδικασία για την καταγγελία των συμβάσεων μπορεί να αποτρέπει τις αναθέτουσες αρχές από το να λάβουν συγκεκριμένα μέτρα ή να επιβάλλουν τέτοιου είδους κυρώσεις, σε περίπτωση πλημμελούς εκτέλεσης συμβάσεων<sup>54</sup>.

Επίσης, σημειώνεται ότι η δυνατότητα αποκλεισμού αφορά στις περιπτώσεις που η προηγουμένως διαπιστωθείσα πλημμέλεια αφορά στην εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων (του κλασικού τομέα, ήτοι του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016) και συμβάσεων με αναθέτοντα φορέα (πρώην εξαιρούμενων τομέων, ήτοι του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016), ήτοι σε όλες τις συμβάσεις του ν. 4412/2016 ανεξαρτήτως αξίας, καθώς στην εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης (του ν. 4413/2016), και όχι λ.χ. συμβάσεων μεταξύ ιδιωτών.

Τέλος, επισημαίνεται ότι, ο υπό κρίση ειδικός λόγος αποκλεισμού, καθώς και η εξέταση από την αναθέτουσα αρχή της συνδρομής ή όχι των προϋποθέσεων εφαρμογής του στην προκειμένη περίπτωση, δεν αφαιρούν από την αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να λαμβάνει υπόψη της την πλημμελή εκτέλεση συμβάσεων που έλαβαν χώρα στο παρελθόν, κατά την εκτίμηση του κατά πόσον ένας οικονομικός φορέας διαθέτει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται για να εκτελέσει τη σύμβαση, κατά το άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

52 Άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/2007: «Κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση, όταν: [...] δ) Έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα συναφές με το αντικείμενο του διαγωνισμού ή σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο διαθέτει η αναθέτουσα αρχή». Πρβ. απόφαση του Δικαστηρίου της 13<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2012, υπόθεση C-465/11, Forposta, Ψηφιακή συλλογή (Συλλογή νομολογίας του Δικαστηρίου - Γενική συλλογή), η οποία αναλύεται παρακάτω κατά την εξέταση του λόγου αποκλεισμού της περ. θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (ήτοι του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα”). Πρβ., επίσης, απόφαση του Δικαστηρίου της 17<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 1993, υπόθεση C-71/92, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ισπανίας, Συλλογή της Νομολογίας 1993 I-05923, όπου ο Γενικός Εισαγγελέας Gulmann θεώρησε ότι μια αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να αποκλείσει οικονομικό φορέα για σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, σε περίπτωση σκόπιμης παράλειψης εκτέλεσης συμβάσεων που του έχουν ανατεθεί προηγουμένως.

53 Πρβ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

54 Πάντως, ακόμα και αν η εν λόγω πλημμελής συμπεριφορά κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων δεν είχε ως αποτέλεσμα την καταγγελία ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ώστε να μπορεί να εφαρμοστεί ο υπό εξέταση λόγος αποκλεισμού της περ. στ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εξετάσει κατά πόσο η εν λόγω πλημμελής εκτέλεση μπορεί να υπαχθεί στην πιο γενική έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα” της περ. θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ώστε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, όπως αναλυτικά αναφέρεται κατωτέρω.



**Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού: Ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή για την εξακρίβωση της απουσίας συνδρομής λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ή μη δυνατότητα προσκόμισης των δηλωθέντων δικαιολογητικών (άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ')**

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει οικονομικό φορέα, εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 του ν. 4412/2016.

Πρόκειται για δυνητικό λόγο αποκλεισμού που προβλεπόταν και στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (άρθρο 43 παρ. 2 περ. ζ' του π.δ. 60/2007)<sup>55</sup>, με στόχο να αποθαρρύνει τους οικονομικούς φορείς από το να παρέχουν παραπλανητικές ή/και ανακριβείς ή/και αναληθείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Κατά μείζονα δε λόγο σήμερα, μετά την εισαγωγή νέων κανόνων για την προκαταρκτική απόδειξη<sup>56</sup> και την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές (του Ε.Ε.Σ. για τις συμβάσεις άνω των ορίων και του Τ.Ε.Υ.Δ. για τις συμβάσεις κάτω των ορίων), κρίνεται ιδιαίτέρως σημαντική η διασφάλιση της ακρίβειας των πληροφοριών που οι οικονομικοί φορείς περιλαμβάνουν σε αυτά.

Στον υπό εξέταση λόγο αποκλεισμού, δεν καθορίζονται με σαφήνεια οι περιπτώσεις ή/και οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα μπορούσαν να κριθούν "σοβαρές" οι ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή. Αυτές κρίνονται ad hoc (κατά περίπτωση), λαμβάνοντας υπόψη το βαθμό υπαιτιότητας (θα πρέπει να ενέχουν δόλια συμπεριφορά), τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς (καθ' υποτροπή).

Παράδειγμα: Για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεν θα αρκούσε, για τη στοιχειοθέτηση του υπό εξέταση λόγου αποκλεισμού, η διαπίστωση μίας και μόνης περίπτωσης αμελούς ή ακούσιας διαστρέβλωσης στοιχείων ή/και παροχής λανθασμένων στοιχείων από αυτόν κατά την παροχή πληροφοριών σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης<sup>57</sup>.

**Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού: Εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί**

- **αθέμιτο επηρεασμό της διαδικασίας λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής**
- **απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα ή**
- **εξ αμελείας παροχή παραπλανητικών πληροφοριών που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιαστικά τις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής (άρθρο 73 παρ. 4 περ. η')**

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί επίσης να αποκλείσει οικονομικό φορέα, εάν αυτός επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων αυτής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ

55 Άρθρο 43 παρ. 2 περ. ζ' του π.δ. 60/2007: "Κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση, όταν: [...] ζ) Είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του παρόντος ή όταν δεν έχει παράσχει τις πληροφορίες αυτές".

56 Πρβ. άρθρο 79 του ν. 4412/2016.

57 Βέβαια, εφόσον αυτή η περίπτωση διαπιστωθεί στη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην οποία ο οικονομικός φορέας συμμετέχει, θα μπορούσε να οδηγήσει σε αποκλεισμό από αυτήν, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο δυνητικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. η' του ν. 4412/2016, ο οποίος εξετάζεται αμέσως παρακάτω.

αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιαστικά τις αποφάσεις που αφορούν στον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση.

Η υπό εξέταση περίπτωση αποτελεί νέο δυνητικό λόγο αποκλεισμού, που εκπορεύεται και ενσωματώνει στο γράμμα του νόμου τη νομολογία του ΔΕΕ και συνδέεται με τη γενική αρχή που αναπτύχθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου<sup>58</sup> η οποία επιτρέπει τον αποκλεισμό για λόγους, πέραν των ρητώς οριζόμενων από την Οδηγία, με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας<sup>59</sup>. Πρόκειται για περίπτωση ανάρμοστης συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα κατά τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, που φαίνεται να προσανατολίζεται στον αποκλεισμό μόνο από τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην οποία διαπιστώθηκε η υπό κρίση συμπεριφορά (και όχι από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων), προκειμένου να διασφαλίζεται η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαδικασίας.

Παρ' όλ' αυτά, όπως προαναφέρθηκε, συμπεριφορά που εμπίπτει στις προϋποθέσεις εφαρμογής της ως άνω διάταξης θα μπορούσε ενδεχομένως να επιφέρει αποκλεισμό και από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, υπό την ευρύτερη έννοια του "σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα" της περ. θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, όπως αναλύεται κατωτέρω, ή υπό την γενικότερη έννοια του αποκλεισμού λόγω "σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών" της περ. ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω.

Παράδειγμα: Ενώ, όπως ήδη αναφέρθηκε, μία και μόνη περίπτωση εξ αμελείας παροχής λανθασμένων πληροφοριών δεν θα αρκούσε για τον αποκλεισμό από άλλες διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης βάσει του λόγου αποκλεισμού της περ. ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, αντιθέτως, κατά την περ. η' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 θα μπορούσε να επιβληθεί αποκλεισμός από τη συγκεκριμένη διαδικασία κατά την οποία οι εν λόγω πληροφορίες παρασχέθηκαν εξ αμελείας.

**Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού: Σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα (άρθρο 73 παρ. 4 περ. θ')**

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει οικονομικό φορέα, εάν αυτός έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, το οποίο η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα, όπως είναι, για παράδειγμα, οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού<sup>60</sup> ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας ή ακόμα και η παραβίαση ενός επαγγελματικού κώδικα δεοντολογίας ή ενός κανόνα που επιβάλλει διοικητικές κυρώσεις.

Διευκρινίζεται εκ των προτέρων ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα (εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει περιλάβει τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού στα έγγραφα της σύμβασης) καθιστά τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση, ανεξαρτήτως του εάν ο οικονομικός φορέας διαθέτει, κατά τα λοιπά, την οικονομική επάρκεια και την τεχνική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση.

58 Αποφάσεις του Δικαστηρίου της 3ης Μαρτίου 2005, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, Fabricom, όπ.π., καθώς και της 16<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική κατά ΕΣΡ, όπ.π.

59 Για τα θέματα αυτά γίνεται λόγος αναλυτικά παρακάτω στο Κεφάλαιο υπό IV.

60 Πρβ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αλλά και το νέο δυνητικό λόγο αποκλεισμού που έχει τεθεί ειδικά σε σχέση με την παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού (άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016). Πρβ., όπως προαναφέρθηκε, και απόφαση του Δικαστηρίου της 18<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13, Generali-Providencia, όπ.π., με την οποία κρίθηκε ότι τα άρθρα 49 και 56 της ΣΛΕΕ δεν αντιτίθενται στην εφαρμογή εθνικής νομοθεσίας δυνάμει της οποίας αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό ο οικονομικός φορέας που έχει διαπράξει παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού η οποία διαπιστώθηκε με απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου και για την οποία του επιβλήθηκε πρόστιμο. Η παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στην έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» του άρθρου 45 παρ. 2 στοιχ. δ' της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (σκ. 34 έως 39).

✓ Το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα στο ν. 4412/2016

Η έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος προβλεπόταν ως δυνητικός λόγος αποκλεισμού και στο προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς<sup>61</sup>. Ωστόσο, υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του ν. 4412/2016 αποσυνδέεται η έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος από το αντικείμενο του διαγωνισμού ή την επαγγελματική ιδιότητα του οικονομικού φορέα (όπως συνέβαινε στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/2007). Η έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος” τίθεται σε γενικότερη βάση επιδιώκοντας να δοθεί έμφαση στην αξιοπιστία του οικονομικού φορέα<sup>62</sup>, ταυτόχρονα, όμως, περιορίζοντας το πεδίο εφαρμογής του αποκλεισμού που οφείλεται σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μόνο στις περιπτώσεις εκείνες που τίθενται ζητήματα αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα.

Σημειωτέον ότι, για την εφαρμογή του υπό εξέταση λόγου αποκλεισμού, χρειάζεται απόδειξη με κατάλληλα μέσα από την αναθέτουσα αρχή, ήτοι απαιτείται η ύπαρξη αξιόπιστων στοιχείων και όχι απαραιτήτως, λ.χ., η ύπαρξη δικαστικής απόφασης ή άλλου είδους επίσημης κρίσης από τρίτον/εξωτερικό φορέα περί μη συμμόρφωσης και διαπίστωσης του επαγγελματικού παραπτώματος. Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, “*δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του [...]*”.

Συναφώς επισημαίνεται ότι στην έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος” περιλαμβάνεται και η αθέτηση της υποχρέωσης της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, δηλαδή η μη τήρηση - εκ μέρους των οικονομικών φορέων - της οριζόντιας ρήτρας, κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, σχετικά με τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας<sup>63</sup>.

Ειδικά κατά τις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010<sup>64</sup> (Α' 115).

✓ Το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα κατά τη νομολογία του ΔΕΕ

Κατά τη νομολογία του ΔΕΕ, έχει κριθεί<sup>65</sup> ότι η έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος” δύναται να διευκρινιστεί και να διατυπωθεί λεπτομερέστερα στο εθνικό δίκαιο, τηρουμένου, ωστόσο, του δικαίου της Ένωσης.

Στην υπόθεση Forposta<sup>66</sup>, το Δικαστήριο ακολούθησε ευρεία ερμηνευτική προσέγγιση, τονίζοντας ότι η έννοια του “επαγγελματικού παραπτώματος” καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην

61 Άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/2007: “Κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση, όταν: [...] δ) Έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα συναφές με το αντικείμενο του διαγωνισμού ή σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο διαθέτει η αναθέτουσα αρχή”.

62 Άρθρο 73 παρ. 4 περ. θ' του ν. 4412/2016: “Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβολία την ακεραιότητά του”.

63 Πρβ. άρθρο 18 παρ. 5 του ν. 4412/2016.

64 Άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ' του ν. 3863/2010: “Ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοείται ιδίως: αα) Η επιβολή σε βάρος της υποψήφιας εταιρείας, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τουλάχιστον δύο (2) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας συνολικού ύψους τουλάχιστον δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ, για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, καθεμιά από τις οποίες χαρακτηρίζεται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας κατ' εφαρμογή της Υ.Α. 2063/Δ1632/2011 ή οποιασδήποτε διάταξης ρυθμίζει μελλοντικά το περιεχόμενο των παραβάσεων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, ββ) η κήρυξη ως έκπτωτης της υποψήφιας εταιρείας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, γγ) η επιβολή της κύρωσης της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1β του άρθρου 24 του ν. 3996/2011, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς”.

65 ΔΕΕ απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, υπόθεση C-465/11, Forposta SA, όπ.π., σκέψεις 24 έως 26.

66 ΔΕΕ απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, υπόθεση C-465/11, Forposta SA, όπ.π., σκέψεις 27 έως 31.

επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα και όχι μόνον τις παραβάσεις των κανόνων δεοντολογίας υπό τη στενή έννοια του επαγγέλματος στο οποίο ανήκει ο εν λόγω φορέας, οι οποίες διαπιστώνονται από το προβλεπόμενο στο πλαίσιο του επαγγέλματος αυτού πειθαρχικό όργανο ή από δικαστική απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου. [...] Οι αναθέτουσες αρχές επιτρέπεται να διαπιστώσουν και να αποδείξουν το επαγγελματικό παράπτωμα με οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο διαθέτουν. [...] Δεν απαιτείται απόφαση που να έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου για τη διαπίστωση του επαγγελματικού παραπτώματος. [...] Επομένως, η μη τήρηση από οικονομικό φορέα των συμβατικών του υποχρεώσεων μπορεί, καταρχήν, να θεωρηθεί ως επαγγελματικό παράπτωμα. Σε κάθε περίπτωση, το «παράπτωμα» πρέπει να είναι «σοβαρό», γεγονός το οποίο υποδηλώνει συνήθως συμπεριφορά του οικείου οικονομικού φορέα που ενέχει πρόθεση διαπράξεως παραπτώματος ή αμέλεια ορισμένου βαθμού. Έτσι οποιαδήποτε εσφαλμένη, ανακριβής ή πλημμελής εκτέλεση συμβάσεως ή μέρους αυτής μπορεί ενδεχομένως να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με σοβαρό παράπτωμα.

Περαιτέρω, στην ίδια ως άνω υπόθεση κρίθηκε ότι, για τη διαπίστωση της υπάρξεως «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται, κατ' αρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα. Εξάλλου, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των εθνικών νομικών συστημάτων σε θέματα ευθύνης, η έννοια των «περιστάσεων για τις οποίες ευθύνεται κάποιος» είναι ευρύτατη και μπορεί να συμπεριλάβει περιπτώσεις που υπερβαίνουν κατά πολύ τη συμπεριφορά του οικείου οικονομικού φορέα που ενέχει πρόθεση διαπράξεως παραπτώματος ή ορισμένης σοβαρότητας αμέλεια, το οποίο σημαίνει ότι η έννοια του «σοβαρού παραπτώματος» δεν μπορεί να αντικατασταθεί με την έννοια «των περιστάσεων για τις οποίες ευθύνεται» ο οικείος οικονομικός φορέας. Ως εκ τούτου, εθνική ρύθμιση δεν μπορεί να ορίζει η ίδια τις παραμέτρους, βάσει των οποίων προηγούμενη συμπεριφορά ενός οικονομικού φορέα υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να τον αποκλείει αυτομάτως από νέο προκηρυχθέντα διαγωνισμό, χωρίς να παρέχει σε αυτήν την ευχέρεια να εκτιμήσει, κατά περίπτωση, τη σοβαρότητα της φερόμενης ως παραπτωματικής συμπεριφοράς του εν λόγω φορέα στο πλαίσιο εκτέλεσης της προηγούμενης σύμβασης<sup>67</sup>.

✓ Το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα κατά τη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων

Η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων φαίνεται να προσεγγίζει επίσης με ευρύτητα την έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος». Στο πλαίσιο αυτό, η φερεγγυότητα και αξιοπιστία του υποψηφίου αναδόχου κρίνεται και ενόψει της συμμετοχής του σε διαγωνιστικές διαδικασίες που αποτελεί μέρος της επαγγελματικής του δραστηριότητας<sup>68</sup>.

Ως εκ τούτου, έχει κριθεί<sup>69</sup>, στην περίπτωση κατά την οποία στο αντίγραφο του ποινικού μητρώου διαγωνιζόμενου βεβαιώνεται τελεσίδικη καταδίκη του για αδίκημα το οποίο έχει σχέση με την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας (εν προκειμένω, παρακώλυση συγκοινωνιών), κατ' εφαρμογήν των κριτηρίων του άρθρου 45 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (του άρθρου 43 παρ. 2 του π.δ. 60/2007), ότι ο διαγωνιζόμενος αυτός δεν αποκλείεται αυτόματα, όπως θα συνέβαινε εάν η καταδίκη του αφορούσε στα αδικήματα για τα οποία συντρέχει υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού (του άρθρου 45 παρ. 1 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ – άρθρου 43 παρ. 1 του π.δ. 60/2007<sup>70</sup>), αλλά απόκειται στην αναθέτουσα αρχή, εκτιμώντας τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης, να αποφασίσει είτε τον αποκλεισμό του είτε την αποδοχή της προσφοράς του, εφόσον, όμως, κρίνει αιτιολογημένα ότι η ως άνω καταδίκη επηρεάζει ή όχι τη φερεγγυότητα ή την επαγγελματική αξιοπιστία του.

67 ΔΕΕ απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, υπόθεση C-465/11, Forposta SA, όπ.π., σκ. 34.

68 ΣτΕ 3468/2008 (Τμ. Δ').

69 ΕΑ ΣτΕ 428/2011. Πρβ. και ΕΑ ΣτΕ 403/2010, 954/2009, 912/2009, 144/2009, 1026/2008, 260/2008.

70 Και πλέον υπό το καθεστώς του ν. 4412/2016, τα αδικήματα της παρ. 1 του άρθρου 73του νόμου αυτού.



Σε άλλη περίπτωση, κρίθηκε<sup>71</sup> ότι, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 45 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και του άρθρου 43 του π.δ. 60/2007, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους ομόρρυθμου εταίρου ή διαχειριστή ομόρρυθμης εταιρίας, αποτελεί λόγο αποκλεισμού από τον διαγωνισμό της εταιρίας ή της κοινοπραξίας στον οποίο αυτή μετέχει, έστω και αν το εν λόγω επαγγελματικό παράπτωμα διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση υποχρεώσεων, που είχαν αναλάβει τα ως άνω πρόσωπα ατομικώς ή ως μέλη άλλων επιχειρήσεων, ακόμα και σε χρόνο προγενέστερο της σύστασης της συμμετέχουσας στον διαγωνισμό ομόρρυθμης εταιρίας, είτε αυτοτελώς είτε ως μέλος κοινοπραξίας. Ως εκ τούτου, κρίθηκε σύλληπος ο αποκλεισμός του μέλους εταιρίας από διαγωνισμό για την ανάθεση καθαρισμού που είχε προκηρύξει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο νόμιμος διαχειριστής της ομόρρυθμης εταιρίας είχε υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο συνίστατο στο ότι, με πράξη της αναθέτουσας αρχής (Σύγκλητος Πανεπιστημίου), είχε κηρυχθεί έκπτωτος από δύο εργολαβίες, τις οποίες είχε αναλάβει ως ασκών ατομική επιχείρηση, με αντικείμενο τον καθαρισμό και τη φύλαξη των κτιρίων Τμήματος του Πανεπιστημίου, λόγω πλημμελούς εκτέλεσης των ανατεθεισών σε αυτόν εργασιών.

Ομοίως κρίθηκε<sup>72</sup> περίπτωση υπεύθυνης δήλωσης του Αντιπροέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου υποψήφιας εταιρίας, στην οποία ο τελευταίος δηλώνει ότι δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα συναφές με το αντικείμενο του διαγωνισμού ή σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα και δεν είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των απαιτούμενων κατά τη διακήρυξη πληροφοριών, ενώ περιήλθε σε γνώση της Επιτροπής του διαγωνισμού ότι ο εν λόγω καταδικάστηκε αμετάκλητα σε ποινή φυλάκισης 10 μηνών με 3ετή αναστολή για το αδίκημα της συκοφαντικής δυσφήμισης, το οποίο διέπραξε στο πλαίσιο άλλου δημόσιου διαγωνισμού, με σκοπό τον αποκλεισμό συνυποψηφίου του. Λόγω της ανωτέρω υπεύθυνης δήλωσης κρίθηκε ότι διαπράχθηκε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα συναφές με το αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού και σε άμεση σχέση με την επαγγελματική ιδιότητα, το οποίο, μάλιστα, απέκρυψε στη δήλωσή του ο Αντιπρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος, και, επομένως, επηρεάζεται εξ αυτών όλων η φερεγγυότητα και επαγγελματική αξιοπιστία της εταιρίας, της οποίας ο περί ου ο λόγος είναι Αντιπρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος.

### III.Γ. Αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού

Για τον προβληματισμό σχετικά με το ζήτημα του εάν είναι περιοριστική/εξαντλητική η απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού που ρητώς προβλέπονται από τις Οδηγίες ή εάν υπάρχει δυνατότητα πρόβλεψης και άλλων εθνικών λόγων αποκλεισμού και υπό ποιες προϋποθέσεις (λ.χ., με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας), πρβ. αναλυτικά παρακάτω στο Κεφάλαιο IV της παρούσας.

Στην παρούσα ενότητα, γίνεται ειδική αναφορά σε έναν ισχύοντα στο ελληνικό δίκαιο, αμιγώς εθνικό λόγο αποκλεισμού, αυτόν της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (Α' 30) όπως ισχύει<sup>73</sup>, ο οποίος αφορά μόνο στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρία, είτε πρόκειται για μεμονωμένο υποψήφιο είτε για μέλος ένωσης και μόνο εφόσον η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης υπερβαίνει το ποσό του 1.000.000 Ευρώ (χωρίς ΦΠΑ). Στην περίπτωση αυτή, η μη συνδρομή του εν λόγω εθνικού λόγου αποκλεισμού δηλώνεται στο αντίστοιχο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. ή του Τ.Ε.Υ.Δ. (Μέρος III

71 ΣτΕ 1668/2012 (Τμ. Δ'). Πρβ. και ΣτΕ 1259/1991, ΕΑ ΣτΕ 81/2009, 428/2008, 977/2007.

72 ΕΑ ΣτΕ 403/2010.

73 Προσφέρων ή υποψήφιος αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (όπως ισχύει).



“Δ. Άλλοι λόγοι αποκλεισμού που ενδέχεται να προβλέπονται από την εθνική νομοθεσία του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής”<sup>74</sup>.

Σε ό,τι ειδικότερα αφορά τον υπό εξέταση αμιγώς εθνικό λόγο αποκλεισμού, σημειώνεται ότι πρόκειται για την υποχρέωση ονομαστικοποίησης, μέχρι φυσικού προσώπου, μετοχών των ανωνύμων εταιριών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, κατά τα αναλυτικά αναφερόμενα στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 όπως ισχύει. Της υποχρέωσης αυτής εξαιρούνται, κατά την παρ. 3 του άρθρου 8 του νόμου αυτού, οι εταιρίες που είναι εισηγμένες στα χρηματιστήρια κρατών – μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (Ο.Ο.Σ.Α.) και υποβάλλουν περί τούτου υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου τους.

Κατά την παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, οι υποχρεώσεις των παρ. 1 έως 3 του άρθρου αυτού αποτελούν προϋποθέσεις για την παραδεκτή συμμετοχή της εταιρίας ή κοινοπραξίας ή ένωσης προσώπων ή οποιασδήποτε άλλης μορφής οντότητας στη σχετική διαδικασία. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει επίσης, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης συμμετέχει εξωχώρια εταιρία, κατά τα αναφερόμενα στην περ. α' της παρ. 4 του άρθρου 4 του νόμου αυτού. Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου<sup>75</sup>. Ως εκ τούτου, καθίσταται σαφές ότι η προσκόμιση των δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης μετοχών λαμβάνει χώρα με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης (αποδεικτικά μέσα) και μόνο στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου<sup>76</sup>.

Ο υπό εξέταση αμιγώς εθνικός λόγος αποκλεισμού σχετίζεται με την υπόθεση “Μηχανική κατά Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης” ενώπιον του Δικαστηρίου<sup>77</sup> και εφαρμόζεται συμφώνως προς αυτήν.

74 Πρβ. και άρθρο 79 παρ. 2 περ. δ' του ν. 4412/2016.

75 Και όχι, όπως προβλεπόταν μέχρι σήμερα, “αμέσως μετά το άνοιγμα του υποφακέλου των δικαιολογητικών των συμμετεχόντων”. Το τελευταίο εδάφιο της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 αντικαταστάθηκε με την παρ. 10 του άρθρου 375 του ν. 4412/2016.

76 Πρβ. κατωτέρω υπό III.Η της παρούσας, με τίτλο “Αποδεικτικά μέσα των λόγων αποκλεισμού”.

77 ΔΕΕ απόφαση της 16<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2008, υπόθεση C- 213/07, Μηχανική κατά ΕΣΡ, όπ.π., ιδίως σκ. 60, 62 - 63 και 67 έως 69. Στην εν λόγω υπόθεση, κρίθηκε ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν εμποδίζει τη θέσπιση εθνικών μέτρων αποσκοπούντων στην αποτροπή, στις διαδικασίες ανάθεσης των συμβάσεων δημοσίων έργων, του κινδύνου εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν τη διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό, οι οποίες θα μπορούσαν να προκληθούν από την παρουσία, μεταξύ των προσφερόντων, εργολήπτη ο οποίος ασκεί δραστηριότητα στον τομέα των μέσων ενημέρωσης ή διατηρεί δεσμούς με πρόσωπο εμπλεκόμενο στον τομέα αυτόν, καθώς και στην πρόληψη ή την καταστολή της απάτης και της διαφθοράς. Εξάλλου, η βούληση ενός κράτους μέλους να αποτρέψει τους κινδύνους επηρεασμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων από την εξουσία των μέσων ενημέρωσης συνάδει προς τον σκοπό γενικού συμφέροντος που συνίσταται στη διατήρηση της πολυφωνίας και της ανεξαρτησίας των μέσων ενημέρωσης. Τα μέτρα αυτά πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να είναι σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Για τον λόγο αυτόν, το Δικαστήριο έκρινε, στη συνέχεια, ότι παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας από το γεγονός ότι η εθνική διάταξη είναι τόσο ευρεία, ώστε να καθιερώνει γενικό ασυμβίβαστο μεταξύ του τομέα των δημοσίων έργων και του τομέα των μέσων ενημέρωσης, με συνέπεια να αποκλείει από την ανάθεση εργολήπτες δημοσίων έργων που εμπλέκονται και στον τομέα των μέσων ενημέρωσης, λόγω της ιδιότητάς τους ως ιδιοκτητών, βασικών μετόχων, εταίρων ή διευθυνόντων, χωρίς να τους παρέχει καμία δυνατότητα να αποδείξουν, προς αντίκρουση τυχόν προβαλλόμενων, π.χ. από ανταγωνιστή τους, στοιχείων, ότι στην περίπτωση τους δεν υφίσταται πραγματικός κίνδυνος επηρεασμού της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης από την εξουσία των μέσων ενημέρωσης και ως εκ τούτου ότι εν προκειμένω, δεν διακυβεύεται η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Ως εκ των ανωτέρω, το Δικαστήριο κατέληξε στο ότι το κοινοτικό δίκαιο πρέπει να ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι δεν επιτρέπει εθνικές διατάξεις οι οποίες, καίτοι επιδιώκουν τους θεμιτούς σκοπούς της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορά και της διαφάνειας, καθιερώνουν αμάχητα τεκμήρια ασυμβίβαστου και αποκλεισμού από τη συμμετοχή, καθώς αντιβαίνουν στην αρχή της αναλογικότητας. Κατά μείζονα λόγο, το Δικαστήριο έκρινε ότι αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα, λόγω παρένθετου προσώπου, με την ιδιότητά του ως συζύγου, συγγενούς, οικονομικώς εξαρτώμενου ατόμου ή εταιρίας, μιας επιχείρησης μέσων ενημέρωσης ή υπεύθυνου τέτοιας επιχείρησης, χωρίς να του παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξει, ακόμα και σε περίπτωση που είναι δεδομένο ότι παρεμβαίνει για λογαριασμό της επιχείρησης αυτής, ότι η παρέμβαση αυτή δεν είναι ικανή να επηρεάσει τον ανταγωνισμό μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά. Το Δικαστήριο αναφέρθηκε ειδικότερα στην ευρύτερη έννοια των όρων “βασικός μέτοχος” και “παρένθετα πρόσωπα” στην ελληνική νομοθεσία, η οποία επέτεινε τον δυσανάλογο χαρακτήρα της υπό κρίση εθνικής διάταξης. Βλ. και Ολομέλεια ΣτΕ 3470/2011.

### III.Δ. Δήλωση / Προκαταρκτική απόδειξη περί της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στα τυποποιημένα έντυπα (Ε.Ε.Ε.Σ./ Τ.Ε.Υ.Δ.) - Χρόνος μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού – Μέγιστη περίοδος αποκλεισμού

Καταρχάς, επισημαίνεται ότι η επιλογή από την αναθέτουσα αρχή των δυνητικών λόγων αποκλεισμού διαμορφώνει αντιστοίχως τις επιλογές στα σχετικά πεδία του Ε.Ε.Ε.Σ. (για τις συμβάσεις άνω των ορίων) ή του Τ.Ε.Υ.Δ. (για τις συμβάσεις κάτω των ορίων), καθώς η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προσαρμόσει/διαμορφώσει τα ως άνω τυποποιημένα έντυπα σε συμφωνία με τους όρους της διακήρυξης. Επίσης, η επιλογή των δυνητικών λόγων αποκλεισμού από την αναθέτουσα αρχή καθορίζει αντιστοίχως και τα αποδεικτικά μέσα που, ως προς αυτούς, θα ζητήσει (πρβ. αρ. 80 του ν. 4412/2016 και κατωτέρω υπό III.Η).

#### ✓ Δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. ή στο Τ.Ε.Υ.Δ.

Εν συνεχεία, κατά το χρονικό σημείο της προκαταρκτικής απόδειξης, ο οικονομικός φορέας δηλώνει τη συνδρομή ή μη των λόγων αποκλεισμού, όπως και την τυχόν λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης κατά τα αναλυτικά αναφερόμενα κατωτέρω υπό III.Ε, στο Ε.Ε.Ε.Σ ή στο Τ.Ε.Υ.Δ. (για τις συμβάσεις άνω των ορίων ή κάτω των ορίων, αντιστοίχως), τα δε σχετικά στοιχεία και τεκμήρια προσκομίζονται μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο, σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο, με τα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 του ν. 4412/2016, ήτοι με την πρόσκληση για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του άρθρου 103 του ν. 4412/2016.

Βέβαια, η πρόβλεψη προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης μόνο κατά τον χρόνο που ορίζεται στο άρθρο 103 και μόνο στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ελέγξει την πλήρωση των απαιτούμενων προϋποθέσεων (λ.χ. τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού) στο πρόσωπο οιοδήποτε προσφέροντος ή υποψηφίου κατά την διάρκεια της διαδικασίας. Ως εκ τούτου, υπενθυμίζεται ότι, κατά το άρθρο 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψηφίους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή αυτής.

#### ✓ Κρίσιμο χρονικό διάστημα

Επιπλέον, με την παρ. 6 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 καθορίζεται το κρίσιμο χρονικό διάστημα για τη συνδρομή όλων των ορισθέντων από τη διακήρυξη λόγων αποκλεισμού, τόσο πριν όσο και κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές **αποκλείουν** οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία σύναψης σύμβασης<sup>78</sup>.

Και τούτο, διότι η ανάγκη επιλογής φερέγγυων και αξιόπιστων αναδόχων για την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων επιβάλλει τον αποκλεισμό των οικονομικών φορέων, εάν οι λόγοι αποκλεισμού συντρέχαν<sup>79</sup> είτε

78 Η διατύπωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 6 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 "οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4" αναφέρεται περισσότερο στη δυνατότητα επιλογής των αναθετουσών αρχών, εάν θα περιλάβουν ή όχι στη διακήρυξη τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, συνεκτιμώντας και λαμβάνοντας υπόψη τις προϋποθέσεις που αναφέρθηκαν ανωτέρω υπό III.Β. Ωστόσο, στην περίπτωση που ο δυνητικός λόγος αποκλεισμού περιληφθεί στη διακήρυξη, τότε καθίσταται υποχρεωτικός, υπό την έννοια που έχει αναφερθεί σε προηγούμενο κεφάλαιο, η δε αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, λαμβανομένης υπόψη – και στο σημείο αυτό - της αρχής της αναλογικότητας, του «τελευταίου καταφυγίου» ("ultimum refugium"), κλπ, όπως αναλυτικά αναφέρθηκαν, για καθέναν από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, σε προηγούμενο κεφάλαιο.

79 Με την επιφύλαξη των παρ. 7, 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ήτοι με την επιφύλαξη της λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης.

κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς είτε κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 (αποδεικτικά μέσα) είτε κατά τη σύναψη της σύμβασης. Οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής, μεταξύ των οποίων, η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, όπως και η πλήρωση όλων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά και στα 3 ως άνω αναφερόμενα χρονικά σημεία<sup>80</sup>.

✓ Μέγιστη περίοδος αποκλεισμού

Σχετικά με το ζήτημα για πόσο χρονικό διάστημα μετά την έκδοση της τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης για τους λόγους της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ή από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος για τους λόγους της παρ. 4 του άρθρου 73, εξετάζεται η μη συνδρομή των εν λόγω υποχρεωτικών και δυνητικών (αντιστοίχως) λόγων αποκλεισμού, επισημαίνονται τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ<sup>81</sup>:

*«Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου. Καθορίζουν, ιδίως, τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην πρώτη παράγραφο και τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος<sup>82</sup> στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 4».*

**III. Ε. Μέτρα αυτοκάθαρσης (“self-cleaning measures”) - Παρέκκλιση από τον αποκλεισμό για υποχρεωτικούς λόγους (της παρ. 1 του άρθρου 73) και για δυνητικούς λόγους (της παρ. 4 του άρθρου 73) με τη λήψη σχετικών μέτρων<sup>83</sup>**

Όπως προαναφέρθηκε, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει τον οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού υποχρεωτικοί ή δυνητικοί, τους οποίους η αναθέτουσα αρχή περιέλαβε στη διακήρυξη και επομένως κατέστησαν και αυτοί υποχρεωτικοί, υπό την έννοια που έχει αναφερθεί ανωτέρω υπό III.B. Παρέκκλιση από τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα προβλέπεται, για πρώτη φορά, στην παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, εφόσον ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης, προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του.

Ειδικότερα, με την παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, δίδεται για πρώτη φορά στους οικονομικούς φορείς η δυνατότητα να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης, με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών, ήτοι μέτρα που έχουν ληφθεί για να διασφαλίσουν ότι η εν λόγω συμπεριφορά δεν θα επαναληφθεί. Ως εκ τούτου, ο οικονομικός

80 Πρβ. άρθρο 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, που προβλέπει ότι: “Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και κατά τη σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περ. γ’ της παρ. 3 του άρθρου 105”.

81 Το άρθρο 57 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ έχει ενσωματωθεί στο ελληνικό δίκαιο με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Αποκλεισμός οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις», το οποίο αναλύεται σε επόμενο κεφάλαιο.

82 Από τη διατύπωση της διάταξης δεν προκύπτει με σαφήνεια εάν η εν λόγω διάταξη αναφέρεται, όπως εκ πρώτης όψεως εμφανίζεται, στην ημερομηνία κατά την οποία το εν λόγω γεγονός, το οποίο επιφέρει τον δυνητικό λόγο αποκλεισμού, συνέβη (π.χ. επέλευση του σχετικού γεγονότος) ή στην ημερομηνία κατά την οποία η ύπαρξη του σχετικού γεγονότος αποδείχθηκε επαρκώς, πχ., με την έκδοση δικαστικής ή διοικητικής απόφασης κατά περίπτωση (λχ. έκδοση απόφασης κήρυξης σε πτώχευση ή έκδοση απόφασης αρμόδιας διοικητικής αρχής που βεβαιώνει το επαγγελματικό παράπτωμα). Σε κάθε περίπτωση επισημαίνεται ότι, το εν λόγω κρίσιμο χρονικό διάστημα, πχ. της 3ετίας από την επέλευση ή την απόδειξη του σχετικού γεγονότος, και εφόσον δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, μπορεί να καθορίζεται, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, από τις αναθέτουσες αρχές στη διακήρυξη, δεδομένου ότι η τελευταία αποτελεί κανονιστική πράξη που δεσμεύει, με τους όρους της, τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς.

83 Πρβ. άρθρο 73 παρ. 7 έως 9 του ν. 4412/2016.

φορέας έχει πλέον τη δυνατότητα να μην αποκλείεται από τη συμμετοχή, παρότι συντρέχει ή συνέτρεξε στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού, αποδεικνύοντας την αξιοπιστία του, και τούτο, διότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης (συμμόρφωσης/επανορθωτικά).

Η ανωτέρω δυνατότητα λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης παρέχεται στην περίπτωση συνδρομής τόσο των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (τα οποία αναφέρονται στην τελεσίδικη καταδίκη για ορισμένα εγκλήματα, όπως προαναφέρθηκε υπό ΙΙΙ.Α. της παρούσας) όσο και των δυνητικών λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73.

Τουναντίον, η δυνατότητα λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης (που να επιτρέπουν την παρέκκλιση από τον αποκλεισμό) δεν εφαρμόζεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού της παρ. 2 του άρθρου 73, οι οποίοι αναφέρονται στην αθέτηση υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης<sup>84</sup>. Για την εφαρμογή αυτού του λόγου αποκλεισμού, δεν ενδιαφέρει η λήψη άλλων μέτρων αυτοκάθαρσης για την απόδειξη της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα **παρά μόνο η καταβολή των οφειλομένων ή τυχόν διακανονισμός με τους πιστωτές**<sup>85</sup>.

✓ Ενδεικτικά μέτρα αυτοκάθαρσης:

Τα εν λόγω μέτρα μπορούν να συνίστανται, ιδίως, σε<sup>86</sup>:

- καταβολή ή δέσμευση για καταβολή αποζημίωσης για τυχόν ζημία που προκλήθηκε από ποινικό αδίκημα ή παράπτωμα
- Ενεργή συνεργασία με τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές για τη διευκρίνιση με ολοκληρωμένο τρόπο των γεγονότων και των περιστάσεων υπό τις οποίες έλαβε χώρα
- Λήψη συγκεκριμένων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων ως προς τη λειτουργία της επιχείρησης
- Λήψη μέτρων, σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλων για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων.

✓ Παραδείγματα:

- η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά,
- κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού,
- η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου,
- η αναθεώρηση των εσωτερικών διαδικασιών για την πρόληψη της επανεμφάνισης της παραβατικής συμπεριφοράς, όπως λ.χ. με τη δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και την έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης<sup>87</sup>.

✓ Ιδιαίτερως επισημαίνεται ότι:

- Τα μέτρα αυτοκάθαρσης που λαμβάνονται από τον οικονομικό φορέα αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος.
- Εάν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις/κριθούν επαρκή → η αναθέτουσα αρχή δεν αποκλείει τον οικονομικό φορέα για αυτούς τους λόγους και μόνο.
- Εάν τα εν λόγω μέτρα κριθούν ανεπαρκή → η αναθέτουσα αρχή, με απόφασή της και κατά τη διαδικασία που περιγράφεται κατωτέρω, αποκλείει τον οικονομικό φορέα και του γνωστοποιεί το σκεπτικό της απόφασης.

84 Και τούτο, διότι, όπως έχει ήδη αναφερθεί, για την επιβολή του υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού σχετικά με την αθέτηση φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, ενδιαφέρει η τρέχουσα συμμόρφωση, δεδομένου ότι αυτός αφορά σε συνεχιζόμενη παραβίαση που λαμβάνει χώρα στο παρόν και δεν επεκτείνεται σε παραβιάσεις του παρελθόντος.

85 Πρβ. σε προηγούμενο κεφάλαιο, κατά την ανάλυση του υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού που αφορά στην αθέτηση των υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων/τελών ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης του άρθρου 73 παρ. 2 του ν. 4412/2016.

86 Κατά τα οριζόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

87 Πρβ. αιτιολογική σκέψη 102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.



- Το να επιτρέπεται σε οικονομικό φορέα η συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, κατόπιν λήψης επανορθωτικών μέτρων που κρίθηκαν επαρκή, δεν είναι ασυνεπές με την τακτική διασφάλιση ενός ελάχιστου επιπέδου εκτέλεσης για τις συμβάσεις που ανατίθενται ούτε με την αρχή της μη ανάθεσης συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς που εξακολουθούν να επιδεικνύουν ανήθικη συμπεριφορά.
- ✓ Διαδικασία για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των μέτρων αυτοκάθαρσης:
  - Έκδοση απόφασης της αναθέτουσας αρχής,
  - Κατόπιν σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής που συνιστάται με την παρ. 9 του άρθρου 73, απαρτιζόμενης από εκπροσώπους Υπουργείων<sup>88</sup>
  - Η σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση, στην εν λόγω Επιτροπή, του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία
  - Αν παρέλθει άπρακτη η ως άνω προθεσμία → η αναθέτουσα αρχή αποκλείει τον οικονομικό φορέα
  - Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την επάρκεια ή μη των μέτρων αυτοκάθαρσης, καθώς και τυχόν απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατά αυτής → κοινοποιούνται στην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.
- ✓ Μέτρα αυτοκάθαρσης & αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης με τελεσίδικη απόφαση

Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρ. 7 του άρθρου 73 (ήτοι να λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης) κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση<sup>89</sup>. Αυτό σημαίνει, για παράδειγμα, ότι όταν ένα δικαστήριο επιβάλλει, με τελεσίδικη απόφαση, αποκλεισμό από τις διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης σε ένα κράτος μέλος, λ.χ. ως παρεπόμενη ποινή για ένα τελεσθέν ποινικό αδίκημα, η κύρωση αυτή δεν αναιρείται απλώς και μόνο επειδή ο οικονομικός φορέας έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης.

Ως εκ τούτου, καθιερώνεται δικαίωμα του οικονομικού φορέα να αποδείξει την αξιοπιστία του με τη λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης, με εξαίρεση την περίπτωση αποκλεισμού του από τη διαδικασία ανάθεσης με τελεσίδικη απόφαση για την περίοδο που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο αυτή ισχύει.

- ✓ Βάσει των ανωτέρω, εφιστάται η προσοχή των αναθετουσών αρχών στο ότι:
  - Σε κάθε περίπτωση που στο πρόσωπο οικονομικού φορέα συντρέχουν υποχρεωτικοί και δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού, της παρ. 1 και της παρ. 4, αντιστοίχως, του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, προτού τον αποκλείσει, να εξετάσει, καταρχάς, εάν αυτός έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και κατά δεύτερον, εάν αυτά κρίνονται επαρκή (κατά τη διαδικασία που περιγράφηκε ανωτέρω).
  - Όπως έχει αναφερθεί ανωτέρω υπό III.Δ, ο οικονομικός φορέας δηλώνει καταρχάς τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, κατά το χρονικό σημείο της προκαταρκτικής απόδειξης στο Ε.Ε.Σ ή στο Τ.Ε.Υ.Δ. (για τις συμβάσεις άνω των ορίων ή κάτω των ορίων, αντιστοίχως), τα δε σχετικά στοιχεία

<sup>88</sup> Κατά το άρθρο 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, η εν λόγω Επιτροπή απαρτίζεται από εκπροσώπους των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης, Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και Υποδομών και Μεταφορών. Η σύμφωνη γνώμη της εν λόγω Επιτροπής αποτελεί ουσιώδη τύπο της διοικητικής διαδικασίας, μέχρι δε το χρονικό σημείο έκδοσης της παρούσας, η εν λόγω Επιτροπή δεν έχει συσταθεί και συγκροτηθεί.

<sup>89</sup> Κατά το τελευταίο εδάφιο της παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.



και τεκμήρια τα προσκομίζει σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο με τα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 του ν. 4412/2016<sup>90</sup>.

Σε κάθε περίπτωση, υπενθυμίζεται, ότι κατά το άρθρο 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψηφίους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή αυτής.

### III. ΣΤ. Διοικητικός αποκλεισμός οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις

Το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, που ενσωματώνει την παρ. 7 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θεσπίζει τους διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους υπό τους οποίους μπορεί να επιβληθεί διοικητικός αποκλεισμός οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα, με πρόβλεψη της μέγιστης περιόδου για τον αποκλεισμό.

#### ✓ Προϋποθέσεις επιβολής διοικητικού αποκλεισμού (οι οποίες πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά)<sup>91</sup>

Διοικητικός αποκλεισμός οικονομικού φορέα μπορεί να επιβληθεί, εφόσον:

- Συντρέχει στο πρόσωπό του υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού των παρ. 1 και 2<sup>92</sup> του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και
- Ο οικονομικός φορέας δεν έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης της παρ. 7 του άρθρου 73, προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του.

#### ✓ Μέγιστη περίοδος διοικητικού αποκλεισμού<sup>93</sup>

Η περίοδος του αποκλεισμού καθορίζεται σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Λαμβάνονται υπόψη, ιδίως, η σοβαρότητα του ποινικού αδικήματος ή παραπτώματος, ο χρόνος τέλεσής του και κατά συνέπεια, ο χρόνος που έχει παρέλθει από τη διάπραξη του, η διάρκεια, τυχόν υποτροπή, η πρόθεση ή αμέλεια του οικονομικού φορέα, τα τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποφυγή και αποτροπή παρόμοιων αδικημάτων, κ.α.

Στην παρ. 2 του άρθρου 74 ορίζεται το ανώτατο χρονικό διάστημα του αποκλεισμού, το οποίο ισοδυναμεί με το ανώτατο χρονικό διάστημα που επιτρέπει η Οδηγία 2014/24/ΕΕ. Εάν δεν έχει καθοριστεί με τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν μπορεί να υπερβαίνει :

- τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της τελεσίδικης καταδικαστικής απόφασης, αν αφορά σε λόγο αποκλεισμού της παρ. 1 του άρθρου 73
- τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος, αν αφορά σε λόγο αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73<sup>94</sup>.

#### ✓ Διαδικασία επιβολής διοικητικού αποκλεισμού - Γνωστοποιήσεις<sup>95</sup>

Για την επιβολή του διοικητικού αποκλεισμού απαιτούνται τα εξής:

- Αιτιολογημένη εισήγηση της αναθέτουσας αρχής, που διαπιστώνει τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού,
- κατόπιν προηγούμενης γνώμης του αρμόδιου, κατά περίπτωση, συλλογικού οργάνου:

90 Πρβ. άρθρο 103 του ν. 4412/2016.

91 Πρβ. άρθρο 74 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

92 Επισημαίνεται ότι, με το άρθρο 22 περ. 19 του ν. 4441/2016 (ΦΕΚ Α' 227), απαλείφθηκε, ως προϋπόθεση, το να συντρέχουν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

93 Πρβ. άρθρο 74 παρ. 2 του ν. 4412/2016.

94 Εν προκειμένω διαπιστώνεται ότι, προφανώς εκ παραδρομής, έχει παραμείνει η συγκεκριμένη αναφορά στην Ζετία από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος, δεδομένης της απαλοιφής, με νομοθετική ρύθμιση, των δυνητικών λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 από την παρ. 1 του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, όπως αναφέρθηκε σε προηγούμενη υποσημείωση.

95 Πρβ. άρθρο 74 παρ. 3, 4 και 6 του ν. 4412/2016.

→ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, της Επιτροπής της παρ. 5 του άρθρου 41 του ν. 4412/2016, με αρμοδιότητα την παροχή συμβουλών και γνώμων στις ΕΚΑΑ

→ για δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου της Γενικής Γραμματείας Υποδομών.

- Ακρόαση του θιγόμενου οικονομικού φορέα.
- Επιβολή του αποκλεισμού με την έκδοση Κ.Υ.Α. των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης, Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, αρμοδίου για θέματα καταπολέμησης διαφθοράς, καθώς και Υποδομών και Μεταφορών.
- Κοινοποίηση της απόφασης περί αποκλεισμού στην αναθέτουσα αρχή και στον θιγόμενο οικονομικό φορέα.
- Γνωστοποίηση της απόφασης περί αποκλεισμού στην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας του Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης, καθώς και στη Γενική Γραμματεία Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών.
- Τήρηση Καταλόγου των αποκλεισθέντων οικονομικών φορέων (καταχώριση στοιχείων και περιόδου αποκλεισμού) στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων, με την επιφύλαξη της τήρησης των διατάξεων του ν. 2472/1997 για την προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

✓ Σε τι αφορά ο αποκλεισμός<sup>96</sup>

Πρόκειται για:

- Αποκλεισμό οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016, το οποίο επιφέρει και
- Αυτοδίκαιο (χωρίς οποιαδήποτε άλλη διατύπωση, π.χ. έκδοση άλλης απόφασης) αποκλεισμό από τη συμμετοχή και σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016 ή συμβάσεων παραχώρησης του ν. 4413/2016, για ίσο χρονικό διάστημα.

### III. Ζ. Ειδικές περιπτώσεις στις οποίες εξετάζεται η συνδρομή λόγων αποκλεισμού

Όπως αναλύθηκε ανωτέρω υπό ΙΙΙ.Α, η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται, επίσης, όταν το πρόσωπο σε βάρος του οποίου εκδόθηκε τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για τα εγκλήματα της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό<sup>97</sup>.

Παρακάτω εξετάζονται, επιπροσθέτως, κάποιες ειδικότερες περιπτώσεις για τις οποίες η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάζει τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού για συγκεκριμένα πρόσωπα, που μπορούν να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή. Συγκεκριμένα:

✓ Ένωση οικονομικών φορέων

<sup>96</sup> Πρβ. άρθρο 74 παρ. 1 και 5 του ν. 4412/2016.

<sup>97</sup> Πρβ. άρθρο 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Σε περίπτωση που ο προσφέρων/υποψήφιος είναι ένωση οικονομικών φορέων, αποκλείεται, εάν κάποιος από τους προβλεπόμενους στη διακήρυξη λόγους αποκλεισμού συντρέχει στο πρόσωπο ενός εκ των μελών της ένωσης.

Για τον λόγο αυτόν, υποβάλλεται χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. ή Τ.Ε.Υ.Δ. (για συμβάσεις άνω ή κάτω των ορίων, αντιστοίχως) για κάθε μέλος της ένωσης, η δε αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρα 79, 80 και 81 του ν. 4412/2016, τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 στο πρόσωπο κάθε μέλους της ένωσης, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη).

✓ Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία)

Όταν οι προβλεπόμενοι από τη διακήρυξη λόγοι αποκλεισμού συντρέχουν στο πρόσωπο τρίτων φορέων στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, ο τελευταίος υποχρεούται να τους αντικαταστήσει (τους τρίτους), υπό τις παρακάτω προϋποθέσεις, άλλως αποκλείεται:

❖ Αν, στο πρόσωπο του τρίτου, συντρέχει υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ή διοικητικός αποκλεισμός του άρθρου 74, ο οποίος οφείλεται ομοίως σε συνδρομή υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να τον αντικαταστήσει. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν τον αντικαταστήσει, αποκλείεται.

❖ Αν, στο πρόσωπο του τρίτου, συντρέχει δυνητικός λόγος αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 (τον οποίο η αναθέτουσα αρχή συμπεριέλαβε στα έγγραφα της σύμβασης) ή διοικητικός αποκλεισμός του άρθρου 74, ο οποίος οφείλεται ομοίως σε συνδρομή δυνητικού λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73<sup>98</sup>, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα να τον αντικαταστήσει. Ωστόσο, λαμβανομένων υπόψη όσων αναφέρθηκαν στο Κεφάλαιο υπό III.Β της παρούσας σχετικά με τη συμπερίληψη δυνητικών λόγων αποκλεισμού στα έγγραφα της σύμβασης και την υποχρέωση τήρησης της αρχής της αναλογικότητας κατά την εξέταση της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής τους<sup>99</sup>, υπάρχουν περιπτώσεις που – και υπό τις προϋποθέσεις αυτές - η αναθέτουσα αρχή οφείλει να απαιτήσει την αντικατάσταση του οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο συμμετέχων ή προσφέρων οικονομικός φορέας. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν τον αντικαταστήσει, αποκλείεται.

Για τους ανωτέρω λόγους, όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων, το ΕΕΕΣ/Τ.Ε.Υ.Δ περιέχει τις σχετικές πληροφορίες όσον αφορά στους φορείς αυτούς<sup>100</sup>. Στην πράξη, υποβάλλεται χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. ή Τ.Ε.Υ.Δ. για τον τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, η δε αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρα 79, 80 και 81 του ν. 4412/2016, τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 στο πρόσωπο του τρίτου, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη).

✓ Υπεργολαβία

98 Εν προκειμένω διαπιστώνεται ότι, προφανώς εκ παραδρομής, έχει παραμείνει η συγκεκριμένη ρύθμιση, δεδομένης της απαλοιφής, με νομοθετική ρύθμιση, των δυνητικών λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 από την παρ. 1 του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, ως προϋπόθεσης για την επιβολή του διοικητικού αποκλεισμού, όπως αναφέρθηκε σε προηγούμενη υποσημείωση.

99 Ότι, δηλαδή, εάν η αναθέτουσα αρχή, λαμβανομένων υπόψη των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου και όσων αναφέρθηκαν ανωτέρω στο Κεφάλαιο υπό III.Β της παρούσας, συμπεριλάβει στη διακήρυξη κάποιον από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, τότε αυτός καθίσταται υποχρεωτικός υπό την έννοια που έχει αναφερθεί ανωτέρω, αλλά και ότι, όταν η αναθέτουσα αρχή εξετάζει τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού που έχει συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, πρέπει να δίδει ιδιαίτερη προσοχή στην τήρηση της αρχής της αναλογικότητας (προτού αποφασίσει εάν πρέπει να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα).

100 Πρβ. άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, επίσης, να ελέγξει, τη συνδρομή υποχρεωτικών και δυνητικών λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016 και ως προς τους υπεργολάβους<sup>101</sup>.

Ειδικότερα, προκύπτει η εξής διάκριση:

❖ Αν ο οικονομικός φορέας δηλώσει υπεργολάβο σύμφωνα με το αρ. 58 του ν. 4412/2016 και η υπεργολαβία δεν υπερβαίνει το 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, όπως αυτή τυχόν έχει τροποποιηθεί σύμφωνα με το άρθρο 132 του ν. 4412/2016, βρίσκεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής εάν θα επαληθεύσει τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο υπεργολάβων, στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας. Εάν αποφασίσει να τους επαληθεύσει, πρέπει να το αναφέρει ρητώς στα έγγραφα της σύμβασης, οι δε πληροφορίες του Μέρους III του Ε.Ε.Ε.Σ ή του Τ.Ε.Υ.Δ. πρέπει να παρέχονται, στην περίπτωση αυτή, και για τους υπεργολάβους (με χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. ή Τ.Ε.Υ.Δ. για τον καθένα).

Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή:

α) απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού του. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν τον αντικαταστήσει, αποκλείεται.

β) μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού του<sup>102</sup>. Ωστόσο, λαμβανομένων υπόψη όσων αναφέρθηκαν στο Κεφάλαιο υπό III.Β της παρούσας σχετικά με τη συμπερίληψη δυνητικών λόγων αποκλεισμού στα έγγραφα της σύμβασης και την υποχρέωση τήρησης της αρχής της αναλογικότητας κατά την εξέταση της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής τους<sup>103</sup>, υπάρχουν περιπτώσεις που – και υπό τις προϋποθέσεις αυτές - η αναθέτουσα αρχή οφείλει να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση του υπεργολάβου του. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν τον αντικαταστήσει, αποκλείεται.

❖ Αν το τμήμα/τμήματα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει ο συμμετέχων/προσφέρων οικονομικός φορέας σε υπεργολάβο υπερβαίνει το 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένης και τυχόν τροποποίησής της κατά το άρθρο 132, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ελέγξει τη συνδρομή υποχρεωτικών και δυνητικών λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ως προς τον υπεργολάβο. Στην περίπτωση αυτή, υποβάλλεται υποχρεωτικά, χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. ή Τ.Ε.Υ.Δ. για καθέναν από τους υπεργολάβους, με τις πληροφορίες του Μέρους III αυτού.

Με βάση τα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχει στο πρόσωπό του είτε υποχρεωτικός είτε δυνητικός λόγος αποκλεισμού (που έχει περιληφθεί στα έγγραφα της σύμβασης και έχει καταστεί υποχρεωτικός)<sup>104</sup>.

Ως προς τον τρόπο επαλήθευσης από την αναθέτουσα αρχή των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους, με την παρ. 7 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016 γίνεται η εξής διάκριση:

❖ Εάν ο οικονομικός φορέας έχει δηλώσει τους υπεργολάβους εξαρχής στην προσφορά του<sup>105</sup>, υποβάλλεται χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. ή Τ.Ε.Υ.Δ. για τον υπεργολάβο (για συμβάσεις άνω των ορίων ή κάτω των ορίων, αντιστοίχως).

101 Πρβ. άρθρο 131 του ν. 4412/2016.

102 Πρβ. άρθρο 131 παρ. 5 του ν. 4412/2016.

103 Πρβ. σχετική υποσημείωση στο αμέσως προηγούμενο σημείο, με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία)».

104 Πρβ. άρθρο 131 παρ. 6 του ν. 4412/2016.

105 Πρβ. άρθρο 58 του ν. 4412/2016.



❖ Εάν οι υπερβολές παρουσιάζονται μετά την ανάθεση της σύμβασης (κατά την έναρξη εκτέλεσης ή κατά τη διάρκεια της εκτέλεσης), προσκομίζουν απευθείας τα πιστοποιητικά και λοιπά σχετικά δικαιολογητικά.

- ✓ Διαπίστωση, μετά την ανάθεση της σύμβασης, συνδρομής λόγου αποκλεισμού ο οποίος συνέτρεχε κατά το χρόνο ανάθεσης της σύμβασης

Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται η δυνατότητα που διατηρεί η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 133 του ν. 4412/2016, και υπό τις προϋποθέσεις που ορίζουν οι κείμενες διατάξεις (πχ. Αστικός Κώδικας) να μπορεί να προκαλεί μονομερώς τη λύση, ήτοι να καταγγέλλει μια δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της, εφόσον, μεταξύ άλλων, κατά το χρόνο ανάθεσης της σύμβασης, συνέτρεχε στο πρόσωπο του αναδόχου υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016, και ως εκ τούτου, θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

Επισημαίνεται ότι αυτή η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής για μονομερή λύση της σύμβασης δεν περιλαμβάνει και τις περιπτώσεις κατά τις οποίες η τελεσίδικη καταδίκη του οικονομικού φορέα, για τους λόγους της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, έλαβε χώρα μετά την ανάθεση της σύμβασης, λ.χ. κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εκτός και αν τούτο έχει τεθεί ως ειδικός όρος εκτέλεσης της σύμβασης σύμφωνα με το άρθρο 130 του ν. 4412/2016, ο οποίος πρέπει ομοίως να έχει αποτυπωθεί και στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη).

### III. Η. Αποδεικτικά μέσα των λόγων αποκλεισμού

Κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 80 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στην παράγραφο 2 του εν λόγω άρθρου, ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 του νόμου αυτού.

- ✓ Εφιστάται η προσοχή των αναθετουσών αρχών στο ότι:

α) δεν μπορούν να απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην όσων αναφέρονται στο άρθρο 80 (“αποδεικτικά μέσα”) και στο άρθρο 82 (“πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης”) του ν. 4412/2016<sup>106</sup>.

β) πρέπει να ζητούν την προσκόμιση δικαιολογητικών προς απόδειξη μόνο των λόγων αποκλεισμού που έχουν τεθεί στη διακήρυξη και μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του άρθρου 103 του ν. 4412/2016<sup>107</sup>.

- ✓ Ως προς τα αποδεικτικά μέσα που μπορεί να απαιτήσει η αναθέτουσα αρχή, διαπιστώνεται ότι:

<sup>106</sup> Πρβ. άρθρο 80 παρ. 1 δεύτερο εδάφιο του ν. 4412/2016.

<sup>107</sup> Εντούτοις, υπενθυμίζεται ότι, κατά το άρθρο 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή διατηρεί το δικαίωμα να ζητεί από προσφέροντες και υποψηφίους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή αυτής.

- είτε προσδιορίζονται ως συγκεκριμένα στις διατάξεις του ν. 4412/2016, ως μοναδικός τρόπος απόδειξης για ορισμένα ζητήματα (πχ. προσκόμιση πιστοποιητικού από αρμόδια αρχή, για τις περιπτώσεις του άρθρου 73 παρ. 1, 2 και 4 περ. β', όπως αναλύονται κατωτέρω)
- είτε γίνεται αναφορά σε “απόδειξη με κατάλληλα μέσα”, χωρίς περαιτέρω προσδιορισμό ή/και περιορισμό της απόδειξης που μπορεί να χρησιμοποιηθεί (πχ. άρθρο 73 παρ. 2 περ. β', παρ. 4 περ. θ')
- είτε σε κάποιες περιπτώσεις, δεν γίνεται καμία αναφορά σε αποδεικτικό μέσο (π.χ. άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ', δ', ε' στ', ζ', η'). Παρά την ρητή πρόβλεψη, που αναφέρθηκε ανωτέρω, περί μη απαίτησης από την αναθέτουσα αρχή άλλων αποδεικτικών μέσων πλην όσων αναφέρονται στα άρθρα 80 και 82, δεν χωρεί αμφιβολία ότι θα πρέπει να προσκομιστεί απόδειξη και για τις περιπτώσεις αυτές. Ως προς αυτές, εφόσον δεν αναφέρεται κάτι σχετικό, ήτοι δεν προσδιορίζονται τα αποδεικτικά μέσα, προκύπτει ότι δεν τίθενται, ως προς αυτά, περιορισμοί άλλοι, πλην της αναγκαιότητας τήρησης των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου και λαμβάνοντας υπόψη την ανάγκη της αναθέτουσας αρχής να δέχεται εναλλακτική – και ταυτόχρονα επαρκή - απόδειξη για τη μη συνδρομή των αντίστοιχων λόγων αποκλεισμού.

Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται η πρόβλεψη της παρ. 9 του άρθρου 80 του ν. 4412/2016, δηλαδή ότι τα αποδεικτικά έγγραφα του εν λόγω άρθρου μπορούν να εξειδικεύονται στα πρότυπα έγγραφα σύμβασης που εκδίδει η ΕΑΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53 του νόμου αυτού<sup>108</sup>.

**Ως εκ τούτου, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται, ως επαρκή απόδειξη, την προσκόμιση<sup>109</sup>:**

**α) Για τη μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού της παρ. 1 του άρθρου 73 :**

→ αποσπάσματος του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμου εγγράφου εκδιδόμενου από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο εν λόγω οικονομικός φορέας, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις. Τονίζεται ιδιαίτέρως ότι η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και στα μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή στα πρόσωπα που έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό<sup>110</sup>.

**β) Για τη μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού της παρ. 2 του άρθρου 73 :**

→ πιστοποιητικού που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους – μέλους ή χώρας.

Παραδείγματα χάριν: αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους – μέλους ή χώρας και αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας από τους αρμόδιους ασφαλιστικούς φορείς του οικείου κράτους – μέλους ή χώρας.

Η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει επιπλέον υπεύθυνη δήλωση του προσωρινού αναδόχου αναφορικά

<sup>108</sup> Πρβ. στο Κεφάλαιο «Αποδεικτικά Μέσα» των υποδειγμάτων διακηρύξεων ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται υποχρεωτικά με ηλεκτρονικό τρόπο (άνω και κάτω των ορίων), τα οποία βρίσκονται ανηρτημένα στην ιστοσελίδα της Αρχής [www.eaadhsy.gr](http://www.eaadhsy.gr).

<sup>109</sup> Σημειώτεον ότι, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 6 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, οι προσφέροντες δεν υποχρεούνται να προσκομίζουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων πρέπει να εμπεριέχεται στο Ε.Ε.Ε.Σ. ή στο Τ.Ε.Υ.Δ. Επίσης, οι προσφέροντες δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση, διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά.

<sup>110</sup> Άρθρο 73 παρ. 1 δεύτερο εδάφιο του ν. 4412/2016: “Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό”.

με τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης στους οποίους οφείλει να καταβάλει εισφορές. Στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, η σχετική υποχρέωση αφορά σε οργανισμούς κύριας και επικουρικής ασφάλισης.

**γ) Για τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 περ. β' του άρθρου 73:**

→ πιστοποιητικού που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους – μέλους ή χώρας.

Παραδείγματος χάριν: Ειδικά για τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα, τα πιστοποιητικά ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, παύση εργασιών, πτωχευτικό συμβιβασμό ή υπό αναγκαστική διαχείριση ή ότι δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης, εκδίδονται από το αρμόδιο πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα και το πιστοποιητικό ότι δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση εκδίδεται από το οικείο Πρωτοδικείο για τα νομικά πρόσωπα εκτός Α.Ε., όταν δε πρόκειται περί Α.Ε. από το Γ.Ε.Μ.Η. ή τις Περιφερειακές Ενότητες, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, ως κάθε φορά ισχύουν. Σημειώνεται ότι τα φυσικά πρόσωπα δεν προσκομίζουν πιστοποιητικό περί μη θέσεως σε εκκαθάριση.

**Προσοχή:** Σημειώνεται ότι, εάν το κράτος-μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφα ή πιστοποιητικά, όπως τα ανωτέρω αναφερόμενα, ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παρ. 1 και 2 και στην περ. β' της παρ. 4 του άρθρου 73, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας.

Οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν, όπου κρίνεται αναγκαίο, επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα ως άνω έγγραφα ή πιστοποιητικά ή ότι τα έγγραφα αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παρ. 1 και 2 και στην περ. β' της παρ. 4 του άρθρου 73. Οι επίσημες δηλώσεις καθίστανται διαθέσιμες μέσω του επιγραμματικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis) του άρθρου 81 του ν. 4412/2016.

**Αν ωστόσο διαπιστωθεί, με οποιονδήποτε τρόπο, ότι στο εν λόγω κράτος – μέλος ή χώρα εκδίδονται τα υπόψη έγγραφα ή πιστοποιητικά, η προσφορά του διαγωνιζόμενου απορρίπτεται.**

**δ) Για τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού για τις λοιπές περιπτώσεις της παρ. 4 του άρθρου 73:**

→ Τα σχετικά αποδεικτικά μέσα καθορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης.

Ενδεικτικά θα μπορούσε να γίνει δεκτή η προσκόμιση: υπεύθυνης δήλωσης του προσφέροντος οικονομικού φορέα ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους – μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας εγκατάστασής του ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι στην παρ. 4 του άρθρου 73 λόγοι αποκλεισμού (για όσους εξ αυτών έχουν περιληφθεί στα έγγραφα της σύμβασης)<sup>111</sup>.

111 Πρβ. Σημείο 2.2.9.2 των Υποδειγμάτων διακηρύξεων ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται υποχρεωτικά με ηλεκτρονικό τρόπο, άνω και κάτω των ορίων του ν. 4412/2016 ([www.eaadhsy.gr](http://www.eaadhsy.gr)).

→ Ειδικά ως προς την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της περ. θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα), προσκομίζεται πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής περί μη διάπραξης παραπτώματος, για το οποίο επιβλήθηκε πειθαρχική ποινή. Άλλως, ως επαρκή απόδειξη θεωρείται η υπεύθυνη δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα ότι: α) δεν υφίσταται τέτοιος πειθαρχικός φορέας και β) ότι δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που να θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του.

Παραδείγματος χάριν:

- Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στα κατά περίπτωση Μητρώα, υποβάλλονται πιστοποιητικά χορηγούμενα από τους αρμόδιους κατά περίπτωση φορείς τήρησης των Μητρώων, από τα οποία αποδεικνύεται ότι τα πρόσωπα που στελεχώνουν την εργοληπτική επιχείρηση δεν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα<sup>112</sup>.

- Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εκπόνησης μελετών, για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα μελετητές – φυσικά πρόσωπα, προσκομίζεται πιστοποιητικό του Τ.Ε.Ε. ή του αντίστοιχου αρμόδιου επαγγελματικού φορέα (όταν αυτό έχει πειθαρχικές εξουσίες επί των μελών του) περί μη διάπραξης παραπτώματος, για το οποίο επιβλήθηκε πειθαρχική ποινή. Τα Γραφεία/Εταιρίες Μελετών, καθώς και τα φυσικά πρόσωπα -μελετητές, ανεξάρτητα από τη χώρα εγκατάστασης (Ελλάδα ή αλλοδαπή), τα οποία δεν υπόκεινται στους άνω πειθαρχικούς φορείς, υποβάλλουν πιστοποιητικό του φορέα στον οποίο υπόκεινται, εφόσον αυτός έχει πειθαρχικές εξουσίες στα μέλη του, διαφορετικά υποβάλλουν την ως άνω αναφερόμενη υπεύθυνη δήλωση ότι: α) δεν υπάρχει πειθαρχικός φορέας και β) δεν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα<sup>113</sup>.

→ Ειδικά για τις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της περ. α' της παρ. 4 του άρθρου 73, ήτοι της μη αθέτησης των υποχρεώσεων στους τομείς του κοινωνικοασφαλιστικού και του εργατικού δικαίου της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατ' ελάχιστον, να εφαρμόσει τα οριζόμενα στο άρθρο 68 παρ. 2 περ. β' και δ' του ν. 3863/2010 (Α' 115)<sup>114</sup>, ήτοι:

α) υποβολή γραπτού αιτήματος της αναθέτουσας αρχής προς το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας για χορήγηση πιστοποιητικού σχετικά με τυχόν πράξεις επιβολής προστίμου σε βάρος των προσφερόντων και  
β) υποβολή ένορκης βεβαίωσης του νομίμου εκπροσώπου των προσφερόντων περί μη επιβολής σε βάρος

112 Πρβ. Άρθρο 23.3 της υπ' αριθμ. 182/2016 απόφασης της ΕΑΑΔΗΣΥ "Έκδοση προτύπων τευχών διακηρύξεων ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργου άνω των ορίων και κάτω των ορίων του ν. 4412/2016, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016" (Β' 4269).

113 Πρβ. Άρθρο 22.1 της υπ' αριθμ. 179/2016 απόφασης της ΕΑΑΔΗΣΥ "Έκδοση 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" (Β' 4327).

114 Πρβ. άρθρο 80 παρ. 8 του ν. 4412/2016.



τους πράξης επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας «υψηλής» ή «πολύ υψηλής σοβαρότητας» (για το διάστημα που δεν καλύπτονται από το Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή /και Φύλαξης).

**ε) Για τη μη επιβολή, σε βάρος του οικονομικού φορέα, διοικητικού αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις κατά το άρθρο 74 του ν. 4412/2016:**

→ Τα σχετικά αποδεικτικά μέσα καθορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης.

Ενδεικτικά θα μπορούσε να γίνει δεκτή η προσκόμιση: υπεύθυνης δήλωσης του οικονομικού φορέα ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους – μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας εγκατάστασής του ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016<sup>115</sup>.

**στ) Για τη μη συνδρομή του αμινώς εθνικού λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, όπως ισχύει<sup>116</sup>:**

→ των δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης των μετοχών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 8 του ν. 3310/2005 και στο π.δ. 82/1996.

**✓ Γενικές παρατηρήσεις:**

- Επισημαίνεται, σε κάθε περίπτωση, ότι οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 ισχύουν, **ανεξαρτήτως της επιλογής της διαδικασίας**, συνεπώς πρέπει να ζητείται η προσκόμιση των σχετικών δικαιολογητικών εγγράφων για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού (όπως απόσπασμα του ποινικού μητρώου, πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας), καθώς και των στοιχείων της παρ. 7 του άρθρου 73 (μέτρα αυτοκάθαρσης), ακόμα και στην περίπτωση της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328 του ν. 4412/2016. Παρέκκλιση από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 είναι δυνατή μόνον στις αναφερόμενες στην παρ. 3 περιπτώσεις και εφόσον αυτή προβλεφθεί στα έγγραφα της σύμβασης<sup>117</sup>.
- Σε κάθε περίπτωση, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αποδέχονται, ως αποδεικτικό μέσο, την **εγγραφή σε επίσημο κατάλογο ή άλλο σύστημα πιστοποίησης του κράτους εγκατάστασης του οικονομικού φορέα**, ως απόδειξη του ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού, λ.χ. ότι δεν έχει καταδικαστεί για σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ή ότι δεν έχει κριθεί ένοχος για σοβαρές ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή, εφόσον η εγγραφή στον επίσημο κατάλογο προϋποθέτει ακριβώς την απόδειξη του ότι δεν έχει λάβει χώρα τέτοιου είδους συμπεριφορά εκ μέρους του οικονομικού φορέα και συνιστά τεκμήριο καταλληλότητας ως προς τούτο<sup>118</sup>.

115 Και τούτο, μέχρι να λειτουργήσει η Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων στην οποία θα τηρείται κατάλογος των αποκλεισθέντων οικονομικών φορέων (πρβ. αρ. 74 παρ. 6 του ν. 4412/2016).

116 Σύμφωνα με τη σχετική διάταξη, αποκλείεται οικονομικός φορέας από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης σύμβασης εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (όπως ισχύει).

117 Πρβ. Ερωταπάντηση 31 της ΕΑΑΔΗΣΥ, η οποία βρίσκεται αναρτημένη στον ιστότοπο της Αρχής, στο σημείο "Συχνές ερωτήσεις – απαντήσεις (F.A.Q.) σε σχέση με το ν. 4412/2016" (<http://www.eaadhsy.gr/index.php/m-foreis/m-syxnes-ervthseis-apanthseis-faq-gia-to-n-4412-2016/details/29/31>).

118 Σύμφωνα με το άρθρο 83 παρ. 4 του ν. 4412/2016: "Η πιστοποιούμενη εγγραφή στους επίσημους καταλόγους από τους αρμόδιους οργανισμούς ή το πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον οργανισμό πιστοποίησης, συνιστά τεκμήριο καταλληλότητας όσον αφορά στις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής, τις οποίες καλύπτει ο επίσημος κατάλογος ή το πιστοποιητικό". Μεταξύ αυτών, μπορούν να περιλαμβάνονται και οι λόγοι αποκλεισμού.

✓ **Ειδικές περιπτώσεις:**

- **Οι ενώσεις οικονομικών φορέων**, που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα ως άνω, κατά περίπτωση, δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση<sup>119</sup>.
- Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας **στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων**<sup>120</sup>, οι εν λόγω τρίτοι υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό τους οι προβλεπόμενοι στη διακήρυξη λόγοι αποκλεισμού.
- Αντίστοιχα ισχύουν για την περίπτωση της **υπεργολαβίας**, κατά τις ειδικότερες διακρίσεις που έγιναν ανωτέρω υπό ΙΙΙ.Ζ, οπότε και - στις αντίστοιχες περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να επαληθεύσει ή υποχρεούται να επαληθεύσει τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του υπεργολάβου - ο υπεργολάβος υποχρεούται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι προβλεπόμενοι στη διακήρυξη λόγοι αποκλεισμού<sup>121</sup>.

**Παράδειγμα από τη νομολογία: Αποδεικτικά μέσα λόγων αποκλεισμού**

Το Δικαστήριο έκρινε<sup>122</sup> ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν αποκλείει εθνική ρύθμιση, δυνάμει της οποίας εργοληπτική επιχείρηση, με έδρα άλλο κράτος μέλος από αυτό της αναθέτουσας αρχής, υποχρεούται, για τη συμμετοχή σε δημόσιο διαγωνισμό στο κράτος – μέλος της αναθέτουσας αρχής, να ζητήσει, στο κράτος – μέλος αυτό, εγγραφή σχετικά με τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού (*εν προκειμένω που σχετίζονταν με πληρωμή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης*), υπό την προϋπόθεση ότι, εξαιτίας της υποχρέωσης αυτής, δεν κωλύεται ούτε δυσχεραίνεται η συμμετοχή της επιχείρησης στο δημόσιο διαγωνισμό ούτε προκαλούνται υπέρμετρες διοικητικής φύσεως δαπάνες, καθώς και ότι αντικείμενο του διενεργούμενου ελέγχου είναι μόνον η επαγγελματική επάρκεια υπό την έννοια της ως άνω διάταξης [...].

Ωστόσο, το Δικαστήριο, στην ως άνω υπόθεση, έκρινε ότι το δίκαιο της Ένωσης αποκλείει εθνική ρύθμιση, δυνάμει της οποίας ο έλεγχος των πιστοποιητικών που χορηγούν οι οικονομικές υπηρεσίες και ασφαλιστικοί φορείς του κράτους μέλους αυτού σε εργοληπτική επιχείρηση άλλου κράτους – μέλους, ανατίθεται σε υπηρεσία που είναι διαφορετική της αναθέτουσας αρχής, εφόσον:

- α) η υπηρεσία αυτή συγκροτείται κατά πλειοψηφία από πρόσωπα οριζόμενα από τις επαγγελματικές οργανώσεις εργοδοτών και εργαζομένων του κατασκευαστικού κλάδου της περιφέρειας στην οποία διεξάγεται ο σχετικός δημόσιος διαγωνισμός και
- β) η ασκούμενη από αυτήν εξουσία συνιστάται σε ουσιαστικό έλεγχο του κύρους των εν λόγω πιστοποιητικών. Και τούτο, διότι, η επιφορτισμένη με τον έλεγχο των πιστοποιητικών υπηρεσία δεν διαθέτει κανένα περιθώριο ουσιαστικής εκτιμήσεως και πρέπει να περιορίζεται σε συνοπτικό έλεγχο των τυπικών τους στοιχείων. Μπορεί δηλαδή να ελέγχει μόνο τη γνησιότητα και την πρόσφατη ημερομηνία των πιστοποιητικών, καθώς και εάν η αρχή που τα εξέδωσε είναι ή όχι προδήλως αναρμόδια<sup>123</sup>.

<b><u>ΙV. Λόγοι αποκλεισμού προβλεπόμενοι από τις Οδηγίες του ενωσιακού δικαίου και όπως ενσωματώθηκαν στο εθνικό δίκαιο – Περιοριστική/εξαντλητική απαρίθμηση αυτών ή δυνατότητα πρόβλεψης και άλλων εθνικών λόγων αποκλεισμού</u></b>
---

119 Πρβ. άρθρα 19 και 80 παρ. 6 του ν. 4412/2016.

120 Πρβ. άρθρο 78 του ν. 4412/2016. Πρβ. και Σημείο ΙΙΙ.Ζ της παρούσας σχετικά με τις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει τον τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, εφόσον στο πρόσωπο του τελευταίου συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού.

121 Πρβ. Σημείο ΙΙΙ.Ζ της παρούσας, σχετικά με τις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, εφόσον στο πρόσωπο του τελευταίου συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού.

122 ΔΕΕ απόφαση της 15-7-2010, υπόθεση C-74/09, Batiments et Ponts Construction S.A., όπ.π., σκ. 53 και 66.

123 Όπως επισημάνθηκε από τη Γενική Εισαγγελέα J. Kokott στα σημεία 82 έως 84 των Προτάσεών της στην υπόθεση C-74/09 ενώπιον του Δικαστηρίου, Batiments et Ponts Construction S.A., όπ.π.

Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ο κατάλογος των προβλεπόμενων από τις Οδηγίες λόγων αποκλεισμού οικονομικών φορέων από τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων είναι περιοριστικός, υπό την έννοια ότι το ζήτημα αυτό ρυθμίζεται κατά τρόπο εξαντλητικό και δεν μπορούν οι αναθέτουσες αρχές να θεσπίζουν και άλλους λόγους αποκλεισμού<sup>124</sup>. Εξάλλου, η παροχή της δυνατότητας σε κάθε κράτος – μέλος να θεσπίζει μονομερώς λόγους αποκλεισμού από την πρόσβαση στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, θα έθετε σε κίνδυνο τη διατήρηση του ανόθευτου ανταγωνισμού και θα υπονόμει την ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων.

Υπό το πνεύμα αυτό, κρίθηκε<sup>125</sup> ότι το δίκαιο της Ένωσης απαγορεύει εθνική ρύθμιση η οποία προβλέπει τον αυτόματο αποκλεισμό του φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, την αυτόματη απόρριψη προσφορών ή τη λήψη μέτρων τα οποία δεν είναι ανάλογα του επιδιωκόμενου σκοπού. Δηλαδή, οι αρχές και οι κανόνες του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων δεν δικαιολογούν για την προστασία του δημοσίου συμφέροντος και των εννόμων συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, καθώς και για την εξασφάλιση του θεμιτού ανταγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων, εθνική ρύθμιση, η οποία επιβάλλει σε αναθέτουσα αρχή αυτόματο αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

Σημειωτέον, πάντως, ότι, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, τα σχετικά άρθρα των Οδηγιών απαριθμούν κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός, για λόγους στηριζόμενους σε αντικειμενικά στοιχεία και απτόμενους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων. Κατά συνέπεια, δεν είναι επιτρεπτό στα κράτη μέλη ή τις αναθέτουσες αρχές να συμπληρώνουν τον κατάλογο που περιέχει η εν λόγω οδηγία με άλλους λόγους αποκλεισμού στηριζόμενους σε κριτήρια σχετικά με την επαγγελματική ιδιότητα<sup>126</sup>, καθότι η βούληση του κοινοτικού νομοθέτη ήταν να περιλάβει στις διατάξεις αυτές μόνο τους λόγους αποκλεισμού που αφορούν στα επαγγελματικά προσόντα των ενδιαφερομένων. Κατά συνέπεια, η ενδεχόμενη νομιμότητα ενός λόγου αποκλεισμού βάσει των αρχών ή των άλλων κανόνων δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων μπορεί να εξεταστεί μόνο όταν ο λόγος αυτός δεν αφορά τις επαγγελματικές ιδιότητες του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, δεν εμπίπτει στην εξαντλητική απαρίθμηση<sup>127</sup>.

Ειδικότερα:

**Λόγοι αποκλεισμού, πέραν των ρητώς οριζόμενων από την Οδηγία, με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας**

✓ Η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Όπως έχει κριθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η ως άνω εξαντλητική απαρίθμηση δεν αποκλείει, ωστόσο, την ευχέρεια των κρατών μελών να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν, επιπλέον των λόγων αποκλεισμού, άλλα μέτρα αποκλεισμού που αποσκοπούν στη διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης όλων των υποβαλλόντων προσφορά και της συνακόλουθης αρχής της διαφάνειας στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, υπό τον όρο, όμως, ότι τα μέτρα αυτά είναι σύμφωνα προς την αρχή της αναλογικότητας, υπό την έννοια ότι τα μέτρα που περιορίζουν την πρόσβαση

124 Πρβ. ΔΕΕ απόφαση της 9-2-2006, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-226/04 και C-228/04, La Cascina, όπ.π., σκέψη 22.

125 ΔΕΚ αποφάσεις της 3ης Μαρτίου 2005, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, Fabricom, όπ.π, καθώς και της 15ης Μαΐου 2008, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-147/06 και C-148/06, SECAP και Santorso, Συλλογή της Νομολογίας 2008 I-03565.

126 ΔΕΕ απόφαση του Δικαστηρίου της 13<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2012, υπόθεση C-465/11, Forposta, όπ.π., σκέψη 38, ΔΕΕ απόφαση της 9-2-2006, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-226/04 και C-228/04, La Cascina, όπ.π., σκ. 22, ΔΕΕ απόφαση της 16<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική κατά ΕΣΡ, όπ.π., σκέψη 43, ΔΕΕ απόφαση της 15-7-2010, υπόθεση C-74/09, Batiments et Ponts Construction S.A, όπ.π., σκ. 43.

127 ΔΕΕ απόφαση του Δικαστηρίου της 13<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2012, υπόθεση C-465/11, Forposta, όπ.π., σκ. 39, ΔΕΕ απόφαση της 3-3-2005, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, Fabricom, όπ.π., σκ. 25 έως 36, ΔΕΕ απόφαση της 16<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική κατά ΕΣΡ, όπ.π., σκ.44 έως 69, ΔΕΕ απόφαση της 19-5-2009, υπόθεση C-538/07, Assitur Srl, όπ.π., σκ. 20 και 21 έως 33.

στην αγορά πρέπει να είναι ανάλογα με τον επιδιωκόμενο σκοπό και πάντως δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του στόχου αυτού μέτρου<sup>128</sup>.

Ωστόσο, εθνική διάταξη, η οποία καθιερώνει γενικό ασυμβίβαστο / περιοριστικούς όρους ως προς τη συμμετοχή και έχει ως συνέπεια τον εκ των προτέρων αυτόματο αποκλεισμό από τη συμμετοχή στη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, χωρίς να παρέχεται καμία δυνατότητα απόδειξης στους υποψηφίους ή προσφέροντες ότι έχουν καταρτίσει τις προσφορές τους κατά τρόπο ανεξάρτητο και ότι στην περίπτωση αυτή δεν υφίσταται πραγματικός κίνδυνος εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν τη διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό, βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη των προβαλλόμενων στόχων της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, αποκλείοντας τους προσφέροντες βάσει αμάχητου τεκμηρίου. Κάτωθι αναλύονται χαρακτηριστικά παραδείγματα από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορούν στα υπό εξέταση ζητήματα.

❖ *Νομολογία - Συμμετοχή στο προπαρασκευαστικό στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης*

Με το σκεπτικό που αναλύθηκε ανωτέρω, **στην υπόθεση Fabricom<sup>129</sup>**, όπως προαναφέρθηκε στο σημείο που αναλύθηκαν οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού σχετικά με τη σύγκρουση συμφερόντων υπό III.B της παρούσας<sup>130</sup>, το Δικαστήριο έκρινε ότι αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο ένας βελγικός νόμος που απαγόρευε από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης όλων των προσώπων που συμμετείχαν στο προπαρασκευαστικό στάδιο της διαδικασίας, ακόμα και αν αυτά μπορούσαν να αποδείξουν ότι δεν υφίσταται κίνδυνος για τον ανταγωνισμό, διότι ένας τέτοιος αυτόματος αποκλεισμός από τη συμμετοχή, για λόγους σύγκρουσης συμφερόντων, ήταν αντίθετος προς την αρχή της αναλογικότητας. Και τούτο, δεδομένου ότι η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης μπορούσε να επιτευχθεί και με λιγότερο επαχθή/παρεμβατικά μέτρα σε σχέση με τον αυτόματο αποκλεισμό όλων των οικονομικών φορέων από το σύνολο του διαγωνισμού, όπως λ.χ. με την πρόβλεψη για αποκλεισμό μόνο εκείνων των οικονομικών φορέων που δεν μπορούν να αποδείξουν ότι δεν υφίσταται τέτοιος κίνδυνος για τον ανταγωνισμό.

❖ *Νομολογία - Σχέσεις ελέγχου μεταξύ υποψηφίων/ μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων, κλπ.*

Παρομοίως, **στην υπόθεση Assitur<sup>131</sup>**, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι είναι δυνατή η θέσπιση και άλλων λόγων αποκλεισμού, πέραν των “εξαντλητικά” προβλεπομένων στην Οδηγία, για λόγους διασφάλισης των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, όπως για παράδειγμα με διάταξη η οποία επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές την απόλυτη υποχρέωση να αποκλείουν από τη διαδικασία σύναψης των συμβάσεων τις επιχειρήσεις που υποβάλλουν αυτοτελείς και ανταγωνιστικές προσφορές, εφόσον μεταξύ των επιχειρήσεων αυτών υπάρχουν σχέσεις ελέγχου. Ωστόσο, στη συνέχεια, το Δικαστήριο έκρινε τη συστηματική αποστέρηση των συνδεδεμένων επιχειρήσεων από το δικαίωμα συμμετοχής στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης ως αντίθετη με την αποτελεσματική εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου, αφού η λύση αυτή θα περιόριζε πράγματι σημαντικά τον ανταγωνισμό εντός της Ένωσης. Το Δικαστήριο θεώρησε ότι, εθνική ρύθμιση, στο μέτρο που επεκτείνει την απαγόρευση συμμετοχής στην ίδια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, ώστε να καλύπτονται και οι περιπτώσεις στις οποίες η σχέση ελέγχου μεταξύ των ενδιαφερόμενων επιχειρήσεων δεν επηρεάζει τη συμπεριφορά τους κατά τις διαδικασίες αυτές, βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ο οποίος συνίσταται στη διασφάλιση της εφαρμογής των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Και ότι η ρύθμιση που στηρίζεται στο αμάχητο τεκμήριο ότι οι προσφορές που υποβάλλουν δύο συνδεδεμένες επιχειρήσεις για την ίδια δημόσια σύμβαση έχουν κατ' ανάγκη αλληλοεπηρεαστεί, αντιβαίνει

128 Πρβ. υπό το πνεύμα αυτό, απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, υπόθεση C-94/1999, ARGE, Συλλογή της Νομολογίας 2000 I-11037, σκ. 24, καθώς και απόφαση της 16ης Οκτωβρίου 2003, C-421/01, Traunfellner, Συλλογή της Νομολογίας 2003 I-11941, σκ. 29. Επίσης, ΔΕΚ απόφαση της 16.12.2008, C-213/07, Μηχανική κατά ΕΣΡ, όπ.π., ιδίως σκ. 47 και 49, ΔΕΚ απόφαση της 19-5-2009, υπόθεση C-538/07, Assitur Srl, όπ.π., σκ. 21, ΔΕΚ συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, Fabricom, όπ.π., σκ. 34, καθώς και ΔΕΚ απόφαση της 14<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2004, υπόθεση C-210/03, Συλλογή της Νομολογίας 2004 I-11893, σκ. 47.

129 ΔΕΕ απόφαση της 3-3-2005, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, Fabricom, όπ.π., σκ. 33 και 35.

130 Πρβ. άρθρο 73 παρ. 4 περ. δ' και ε' του ν. 4412/2016.

131 ΔΕΕ απόφαση της 19-5-2009, υπόθεση C-538/07, Assitur Srl, όπ.π., σκ. 26 έως 30.



στην αρχή της αναλογικότητας, καθόσον δεν παρέχει στις επιχειρήσεις αυτές τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι στην περίπτωση τους δεν υπάρχει πραγματικός κίνδυνος εμφάνισης πρακτικών ικανών να απειλήσουν τη διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά.

Στο ίδιο πνεύμα, **στην υπόθεση Serrantoni**<sup>132</sup>, το Δικαστήριο έκρινε ότι αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης μια εθνική ρύθμιση που απαγορεύει σε μόνιμη κοινοπραξία ("*consorzio stabile*") και σε εταιρία ανήκουσα σε αυτήν να μετάσχουν στον ίδιο διαγωνισμό, με στόχο να αποφευχθεί τυχόν συμπαιγνία μεταξύ αυτών που να έχει ως αποτέλεσμα να περιορίσει τον ανταγωνισμό, ενώ σε άλλα είδη κοινοπραξιών (λ.χ. σε κοινοπραξία συνεταιρισμών παραγωγών και εργατών ή βιοτεχνών) δεν υφίστατο ο ίδιος αυτός περιορισμός<sup>133</sup>. Σε κάθε περίπτωση, κρίθηκε ότι δεν συμβιβάζεται και προς την αρχή της αναλογικότητας η εν λόγω εθνική ρύθμιση που απαγορεύει στη μόνιμη κοινοπραξία και σε εταιρία ανήκουσα σε αυτήν να μετάσχουν στον ίδιο διαγωνισμό, έστω και ως ανταγωνίστριες, χωρίς να τους παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξουν ότι οι προσφορές τους καταρτίστηκαν εντελώς ανεξάρτητα και ότι κατά συνέπεια, δεν υπάρχει κίνδυνος επηρεασμού του ανταγωνισμού μεταξύ των υποβαλλόντων προσφορά. Τέτοιο αμάχητο τεκμήριο που οδηγεί σε αυτόματο αποκλεισμό διαγωνιζομένων [...] είναι, άλλωστε, αντίθετο προς το κοινοτικό συμφέρον, το οποίο έγκειται στη διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου αριθμού επιχειρήσεων σε διαγωνισμούς<sup>134</sup>.

Ομοίως, **στην υπόθεση Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής**, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε<sup>135</sup> ότι ένας οικονομικός φορέας, ως θυγατρική εταιρία μητρικής εταιρίας που έχει εμπλακεί σε υπόθεση δωροδοκίας και διαφθοράς, δεν θα μπορούσε να αποκλειστεί για σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, λόγω δωροδοκίας και διαφθοράς στο πρόσωπο της μητρικής εταιρίας. Άφησε δε να εννοηθεί το Γενικό Δικαστήριο ότι, εκτός και αν η θυγατρική έχει διαπράξει η ίδια το υπό κρίση επαγγελματικό παράπτωμα ή συμμετείχε στην παραβατική συμπεριφορά της μητρικής εταιρίας, ο αποκλεισμός εφαρμόζεται μόνο όταν υφίσταται κατάχρηση δικαιώματος, με σκοπό να παρακαμφθεί ένας λόγος αποκλεισμού (εφόσον δηλαδή αποδειχθεί ότι η θυγατρική εταιρεία συμμετείχε στο διαγωνισμό για να αποφευχθεί ένας αποκλεισμός που συνδέεται με τη μητρική εταιρία, και το οποίο δεν συνέτρεχε εν προκειμένω)<sup>136</sup>.

#### ❖ Νομολογία - Χορήγηση κρατικής ενίσχυσης

Σε άλλη περίπτωση, το Δικαστήριο έκρινε<sup>137</sup> ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν παραβιάζεται, και επομένως δεν συντρέχει σχετικός λόγος αποκλεισμού που να δικαιολογείται από την ανάγκη διασφάλισης της τήρησης της ως άνω αρχής, για τον λόγο και μόνον ότι η αναθέτουσα αρχή επιτρέπει τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, σε οργανισμούς στους οποίους η ίδια ή άλλες αναθέτουσες αρχές καταβάλλουν επιδοτήσεις οποιασδήποτε φύσεως, οι οποίες παρέχουν τη δυνατότητα στους οργανισμούς αυτούς να υποβάλλουν προσφορές σε τιμές οι οποίες υπολείπονται σημαντικά των τιμών που προσφέρουν οι λοιποί μετέχοντες στη διαδικασία οι οποίοι δεν λαμβάνουν τέτοιες επιδοτήσεις. Το γεγονός και μόνο ότι η

132 ΔΕΕ απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, όπ.π. Σημειώνεται ότι η εν λόγω υπόθεση αναφέρεται σε αποκλεισμό στο πλαίσιο της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) που αφορά σε συμβάσεις κάτω από τα όρια των οδηγιών, ωστόσο διακατέχεται από το ίδιο πνεύμα που διέπει τις Οδηγίες για την ανάθεση στο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων.

133 ΔΕΕ απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, όπ.π., σκ. 36 και 37. Το Δικαστήριο έκρινε ότι όλες οι μορφές κοινοπραξιών είναι κατ' ουσίαν πανομοιότυπες και δεν έχουν μεταξύ τους διαφορές σκοπού και οργανώσεως οι οποίες να δικαιολογούν άνιση μεταχείριση.

134 ΔΕΕ απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, όπ.π., σκ. 38 έως 40. Πρβ. και ΔΕΕ απόφαση της 22<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2015, υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux, Ψηφιακή συλλογή (Συλλογή νομολογίας του Δικαστηρίου - Γενική συλλογή), σκ. 36.

135 Γενικό Δικαστήριο απόφαση της 15<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2013, υπόθεση T-457/10, Ευρωπαϊκή Δυναμική - Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Συλλογή της Νομολογίας 2013 -00000.

136 Γενικό Δικαστήριο απόφαση της 15<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2013, υπόθεση T-457/10, Ευρωπαϊκή Δυναμική - Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, όπ.π., σκ. 50 έως 64.

137 ΔΕΚ απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, υπόθεση C-94/1999, ARGE, όπ.π., σκ. 38.

αναθέτουσα αρχή επιτρέπει σε τέτοιους οργανισμούς τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης δεν συνιστά ούτε συγκεκριμένη διάκριση ούτε περιορισμό που να αντιβαίνει στη Συνθήκη ΕΚ<sup>138</sup>.

✓ Η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων

Η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ευθυγραμμίστηκε με τις κατευθύνσεις της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης περί αποφυγής θέσπισης ανελαστικών και αμάχητων τεκμηρίων που οδηγούν σε αυτόματο αποκλεισμό διαγωνιζομένων, διαμορφώνοντας, υπό το πνεύμα αυτό, τους δικονομικούς όρους προβολής των σχετικών ισχυρισμών.

Ειδικότερα, απασχόλησε τη νομολογία<sup>139</sup> η περίπτωση κατά την οποία έγινε δεκτή προσφορά υποψηφίου οικονομικού φορέα, ενώ αυτός ανήκε σε κοινό επιχειρηματικό όμιλο με τη δεύτερη κατά σειρά μειοδότη επιχείρηση και κατόπιν τούτου, οι προσφορές των δύο αυτών εταιριών δεν θα μπορούσαν να είναι ανταγωνιστικές, όπως άλλωστε προκύπτει από το γεγονός ότι αυτές προσέφεραν εκπτώσεις που προσέγγιζαν μέχρι σημείου ταύτισης. Στην εν λόγω υπόθεση κρίθηκε ότι, για το παραδεκτό της προβολής αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατά της νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία εστιάζει στην προβαλλόμενη παραβίαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, πρέπει να προσδιορίζεται στο δικόγραφο το είδος της εξάρτησης μεταξύ των δύο υποψηφίων και να προσκομίζονται στοιχεία που να αποδεικνύουν την ακρίβεια της πραγματικής βάσης αυτού. Η διαπίστωση απλώς και μόνο ύπαρξης σχέσης ελέγχου μεταξύ επιχειρήσεων, η οποία οφείλεται σε λόγους ιδιοκτησίας ή στον αριθμό των ψήφων στη γενική συνέλευση, δεν αρκεί για να αποκλείσει αυτόματα η αναθέτουσα αρχή τις επιχειρήσεις αυτές από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, χωρίς να εξακριβώσει αν η εν λόγω σχέση επηρέασε συγκεκριμένα τη συμπεριφορά καθεμιάς από τις επιχειρήσεις στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής.

**V. Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή για τις συμβάσεις του Βιβλίου II του ν. 4412/2016**

Με το Βιβλίο II του ν. 4412/2016 ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο η Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης 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/ΕΚ<sup>140</sup>.

✓ Αναθέτουσες αρχές και Αναθέτοντες φορείς

Στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II υπάγονται οι αναθέτουσες αρχές, κατ' άρθρο 223, καθώς και οι αναθέτοντες φορείς, κατ' άρθρο 224, κατά τη διαδικασία προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 του ν. 4412/2016.

Για τους σκοπούς του Βιβλίου II:

- Αναθέτοντες φορείς, κατ' άρθρο 224, είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234· β) αν δεν είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, κάποια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 ή

<sup>138</sup> Παρόλ' αυτά, επισημαίνεται ότι το ζήτημα της χορηγηθείσας κρατικής ενίσχυσης εξετάζεται σε περίπτωση ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και σε σχέση με το κατά πόσον αυτή είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ, υπό τις προϋποθέσεις που θέτουν τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016.

<sup>139</sup> ΕΑ ΣτΕ 1053/2009.

<sup>140</sup> ΕΕ L 94, 28.3.2014, σ. 243.

συνδυασμό τέτοιων δραστηριοτήτων και λειτουργούν επί τη βάσει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία εκχωρεί αρμόδια αρχή της Ελλάδας.

- Ως αναθέτουσες αρχές, κατά το άρθρο 223, νοούνται το κράτος, οι αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

Στο πλαίσιο της υπαγωγής νομικού προσώπου, σύμφωνα με το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, σε μια εκ των ανωτέρω περιπτώσεων των άρθρων 223 και 224, επέρχονται οι αντίστοιχες συνέπειες που επιφέρει αυτή η υπαγωγή, λόγω των κατά περίπτωση διαφορετικών ρυθμίσεων του ν. 4412/2016 αναφορικά με τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η διάφορη αντιμετώπιση του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016 (όπως άλλωστε και της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, την οποία ενσωματώνει), κατά την εφαρμογή των λόγων αποκλεισμού οικονομικών φορέων κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων.

Ειδικότερα:

✓ Κριτήρια ποιοτικής επιλογής – Λόγοι αποκλεισμού

Σύμφωνα με το άρθρο 304 του ν. 4412/2016, το οποίο ενσωματώνει το άρθρο 78 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων, αναφέρουν δε τους εν λόγω κανόνες και κριτήρια στα έγγραφα της σύμβασης.

✓ Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι

Κατά το άρθρο 305 του ν. 4412/2016, το οποίο ενσωματώνει το άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας ή σε συνοπτικό διαγωνισμό, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό.

Το ανωτέρω σημαίνει ότι τίθεται στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα, που δεν είναι αναθέτουσα αρχή, το αν θα εφαρμόσει τους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

Κατά τα αναφερόμενα στην αιτιολογική σκέψη 105 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ [...] “δεδομένου ότι οι αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι δεν είναι και αναθέτουσες αρχές, μπορεί να μην έχουν πρόσβαση σε αδιαμφισβήτητες αποδείξεις επί του θέματος (ήτοι των λόγων αποκλεισμού), κρίνεται σκόπιμο οι εν λόγω αναθέτοντες φορείς να έχουν την επιλογή να εφαρμόσουν τα κριτήρια αποκλεισμού που περιέχονται στην οδηγία 2014/24/ΕΕ [...]”.

Ωστόσο, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 305, όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, τα εν λόγω κριτήρια και κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παραγράφους 1, 2 και 4 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο. Το ανωτέρω σημαίνει ότι: οι αναθέτοντες φορείς, που είναι αναθέτουσες αρχές, περιλαμβάνουν στα έγγραφα της σύμβασης τους λόγους αποκλεισμού των παρ. 1, 2 και 4 του άρθρου 73 του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο (δηλ. υποχρεωτικοί οι λόγοι των παρ. 1 και 2 όπως αναλυτικά εκτέθηκαν ανωτέρω στις σχετικές Ενότητες της

παρούσας και δυνητικοί οι λόγοι της παρ. 4 υπό τις προϋποθέσεις και τους περιορισμούς που εκτέθηκαν παραπάνω)<sup>141</sup>.

Σημειωτέον, επίσης, ότι, στην ως άνω διάταξη του άρθρου 305 περιλαμβάνεται ρητή αναφορά στα είδη των διαδικασιών στα οποία το εν λόγω άρθρο εφαρμόζεται (ανοικτή, κλειστή, διαδικασία με διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικό διάλογο, σύμπραξη καινοτομίας, συνοπτικό διαγωνισμό). Παρά τη μη ρητή αναφορά της απευθείας ανάθεσης στις διαδικασίες που περιλαμβάνει, από τη διατύπωση του άρθρου 73 παρ. 1: "οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν αποδεικνύουν [...]", και με δεδομένο ότι το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II, όπως καθορίζεται στο άρθρο 1 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016, αφορά σε όλες τις συμβάσεις, ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών<sup>142</sup>, προκύπτει ότι: Τα οριζόμενα στο άρθρο 305, το οποίο, άλλωστε, παραπέμπει στους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ισχύουν, ανεξαρτήτως της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, επομένως και στην απευθείας ανάθεση.

#### ✓ Λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης

Ειδικότερη μνεία στη δυνατότητα λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης γίνεται στο άρθρο 306 του ν. 4412/2016 (πρβ. αμέσως επόμενη παράγραφο), καθώς και στην αιτιολογική σκέψη 107 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, σύμφωνα με την οποία "όταν οι αναθέτοντες φορείς υποχρεούνται ή επιλέγουν να εφαρμόσουν τα προαναφερθέντα κριτήρια αποκλεισμού, πρέπει να εφαρμόζουν την οδηγία 2014/24/ΕΕ ως προς τη δυνατότητα των οικονομικών φορέων να λαμβάνουν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο τη διόρθωση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη περαιτέρω περιπτώσεων παράνομης συμπεριφοράς".

#### ✓ Διοικητικός αποκλεισμός οικονομικού φορέα από συμβάσεις

Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 306 του ν. 4412/2016, εάν οι κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, διαπιστωθεί δε ότι συντρέχει στο πρόσωπο οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73 και ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα (αυτοκάθαρσης) για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παρ. 7 του άρθρου 73, μπορεί να επιβληθεί εις βάρος του (διοικητικός) αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα. Προς το σκοπό αυτό, εφαρμόζονται τα αναφερόμενα στο άρθρο 74 του ν. 4412/2016.

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΑΤΑΠΟΔΗΣ**

141 Πρβ. αιτιολογική σκέψη 105 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, που αναφέρει, μεταξύ άλλων, ότι "[...] Ως εκ τούτου, η υποχρέωση εφαρμογής του άρθρου 57 παράγραφοι 1 και 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ θα πρέπει να περιορίζεται στους αναθέτοντες φορείς που είναι και αναθέτουσες αρχές".

142 Εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις του ν. 4412/2016.