

ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ

Επικαιρότητα 2019

ΓΝΩΜΕΣ

1. Παράβαση κανόνων του ανταγωνισμού και μέτρα αυτοκάθαρσης στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων

Η διαπίστωση από την Επιτροπή Ανταγωνισμού (ΕΑ) οριζόντιων μυστικών συμπράξεων¹ (καρτέλ) από μεγάλο αριθμό εργοληπτικών εταιρειών σε διαγωνισμούς δημοπράτησης δημοσίων έργων και η επιβολή προστίμων για παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού επηρέασε τόσο την ίδια την εκτέλεση των εν λόγω δημοσίων έργων όσο και την εγχώρια νομολογία και νομοθεσία που την ακολούθησε.

Το αρ. 73 παρ. 4 γ' του ν. 4412/2016 ορίζει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει τη συμμετοχή ενός οικονομικού φορέα σε δημόσιο διαγωνισμό «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». Ταυτόχρονα, με την παρ. 7 του ως άνω άρθρου, εισάγεται η δυνατότητα λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης², σύμφωνα με τα οποία, παρότι συντρέχει (δυσνητικός) λόγος αποκλεισμού, ο διαγωνιζόμενος μπορεί να προσκομίζει στοιχεία στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να αποδείξει ότι ταυτόχρονα έλαβε μέτρα που επαρκούν για να αποδείξουν εφεξής την αξιοπιστία του.

Στο πλαίσιο αυτό εξετάζεται κατωτέρω ο συναφής θεσμός της επιείκειας και διευθέτησης ενώπιον της ΕΑ, ο οποίος ρυθμίζεται με τον ν. 3959/2011, περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, όπως τροποποιήθηκε πρόσφατα με τον ν. 4635/2019, και η σύνδεσή του με τους άνω δυσνητικούς λόγους αποκλεισμού και τα μέτρα αυτοκάθαρσης, σε αντιπαραβολή με την σχετική νομολογία του ΔΕΕ. Η εξέταση αυτή οδηγεί στον εντοπισμό των πεδίων όπου διαπιστώνεται μεταξύ τους διάσταση.

Νομολογία ΔΕΕ σχετικά με τους δυσνητικούς λόγους αποκλεισμού:

(α) ΔΕΕ: C-470/2013, Υπόθεση «*Generali*³»: Στην υπόθεση *Generali* το ΔΕΕ έκρινε 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 ο οποίος έχει διαπράξει παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού η οποία διαπιστώθηκε με απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου και για την οποία του επιβλήθηκε πρόστιμο.

(β) ΔΕΕ: C-124/2017, Υπόθεση «*Vossloh*⁴»: Στην υπόθεση *Vossloh* το ΔΕΕ έκρινε, μεταξύ άλλων, ότι οικονομικός φορέας ο οποίος επιθυμεί να αποδείξει την αξιοπιστία

του σχετικά με διαπραχθέν παράπτωμα, απαιτείται να συνεργάζεται ενεργά όχι μόνον με την «ερευνητική αρχή» (όπως λόγου χάρη την ΕΑ), αλλά και με την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να αποδείξει την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του (υπό τον όρο ότι η συνεργασία αυτή περιορίζεται στα μέτρα που είναι απολύτως αναγκαία στο πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού).

(γ) ΔΕΕ: C-267/2018, Υπόθεση «*Delta*⁵»: Στην υπόθεση *Delta* το ΔΕΕ έκρινε ότι ένας οικονομικός φορέας, για τον οποίο έχει αποφασισθεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας σύμβασης, μπορεί να αποκλεισθεί και από μεταγενέστερη δημόσια σύμβαση εάν η αναθέτουσα αρχή, αφού προβεί στη δική της αξιολόγηση όσον αφορά την ακεραιότητα και την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα κρίνει ότι έχει επέλθει κλονισμός της σχέσεως εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

(δ) ΔΕΕ: C-41/2018, Υπόθεση «*Meca*⁶»: Στην υπόθεση *Meca* το ΔΕΕ έκρινε ότι αντιτίθεται στο ενωσιακό δίκαιο η εφαρμογή εθνικής νομοθεσίας δυνάμει της οποίας εμποδίζεται η αναθέτουσα αρχή να προβεί σε αξιολόγηση της αξιοπιστίας ενός διαγωνιζόμενου και υποχρεούται να του επιτρέψει την συμμετοχή (σε νέο διαγωνισμό), εάν ο εν λόγω διαγωνιζόμενος έχει υποπέσει σε πλημμέλειες οι οποίες οδήγησαν σε λύση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης κατά της οποίας ο ίδιος έχει ασκήσει προσφυγή, η οποία παραμένει εκκρεμής ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων.

Θεσμός επιείκειας και διευθέτησης:

Με το άρθρο 3 του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το αρ. 106 του ν. 4389/2016, παρασχέθηκαν, σε φυσικά και νομικά πρόσωπα που εμπλέκονται σε καρτελικές συμπράξεις, κίνητρα για την υπαγωγή σε διαδικασίες επιείκειας και διευθέτησης της διαφοράς και συμμόρφωσης με τις σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Ένα από τα κίνητρα αυτά είναι και η πλήρης απαλλαγή από διοικητικές κυρώσεις, εάν ο παραβάτης αναγνωρίσει ενώπιον της αρμόδιας αρχής την ευθύνη του και εξοφληθεί ολοσχερώς το πρόστιμο. Υπό το καθεστώς του νόμου αυτού στο εννοιολογικό περιεχόμενο των *διοικητικών κυρώσεων* δεν υπήγετο ο αποκλεισμός από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις⁷.

Ωστόσο, το αρ. 235 παρ. 1 του ν. 4635/2019 τροποποίησε το ως άνω αρ. 106 του ν. 4389/2016 στο οποίο ρητά πλέον ορίζεται ότι: [...] η διαπίστωση της σχετικής παράβασης⁸ δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων.

Επίσης, στο άρθρο 235 παρ. 5 του ως άνω νόμου προ-

βλέπεται ότι: «στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί (στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου».

Συμπεράσματα:

- i) Πρωταρχικός σκοπός θέσπισης των δυνητικών λόγων αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα από την ανάθεση δημόσιας σύμβασης σε αυτόν είναι η προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής δια της αποτροπής του κινδύνου επιλογής οικονομικών φορέων αμφίβολης αξιοπιστίας και ακεραιότητας.
- ii) Η αξιολόγηση στην οποία προβαίνει η αναθέτουσα αρχή χωρεί κατόπιν στάθμισης αφενός της βαρύτητας των παραβάσεων που έχουν διαπιστωθεί από τον οικονομικό φορέα και αφετέρου των μέτρων αυτοκάθαρσης που ενδεχομένως έχει λάβει ο οικονομικός φορέας.
- iii) Είναι φανερό ότι η νέα Οδηγία 2014/24/ΕΕ περιορίζει τη διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών να επεμβαίνουν στο εννοιολογικό περιεχόμενο των δυνητικών λόγων αποκλεισμού⁹. Εξ αυτού συνάγεται ότι η εξαιρετική αρμοδιότητα στάθμισης και αξιολόγησης της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα έχει επιφυλαχθεί πλέον από την Οδηγία στις αναθέτουσες αρχές, με τα κράτη μέλη να μην μπορούν σε επίπεδο αφηρημένο, με την θέσπιση αντίστοιχων νομοθετικών μέτρων να επιβάλλουν στις αναθέτουσες αρχές συγκεκριμένες λύσεις, είτε προς τη μία είτε προς την άλλη κατεύθυνση.
- iv) Οι ρυθμίσεις του ν. 4635/2019 (αρ. 235) φαίνεται να έρχονται σε αντίθεση με τις αποφάσεις του ΔΕΕ (βλ. ιδίως Meca και Delta ως άνω), οι οποίες έκριναν ότι οι αναθέτουσες αρχές είναι αρμόδιες να προβαίνουν οι ίδιες στην αξιολόγηση της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα. Με την ως άνω ρύθμιση ο εθνικός νομοθέτης έχει συλλήβδην θεωρήσει δεδομένη την αξιοπιστία των οικονομικών φορέων που υπάγονται σε καθεστώς διευθέτησης, καθόσον καθιερώνει την αυτόματη αποδοχή συμμετοχής τους στους σχετικούς διαγωνισμούς. Επίσης με την νέα ρύθμιση τίθεται μάλλον εν αμφιβόλω η πρακτική αποτελεσματικότητα της διάταξης περί μέτρων αυτοκάθαρσης, καθόσον ουσιαστικά αρκεί η υπαγωγή στην διευθέτηση (δηλαδή ουσιαστικά η καταβολή προστίμου), ώστε να γίνει αποδεκτή η συμμετοχή του οικονομικού φορέα σε μελλοντικό διαγωνισμό, με αποτέλεσμα να αποξενώνεται η αναθέτουσα αρχή από την αξιολόγηση του οικονομικού φορέα βάσει και των μέτρων

αυτοκάθαρσης που αυτός έχει λάβει.

- v) Με το αρ. 235 του ν. 4635/2019 τίθεται επίσης ζήτημα ανεπίτρεπτης νομοθετικής παρέμβασης σε εκκρεμείς δίκες, καθόσον το εν λόγω άρθρο καταλαμβάνει και εκκρεμείς διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, οι οποίοι έχουν αχθεί προς δικαστική κρίση ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων.

2. Έννομο Συμφέρον

Βάσει της μέχρι πρόσφατα πάγιας νομολογίας της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται τρίτος, ως προς το διαγωνισμό αυτό. Κατ' εξαίρεση όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσεως, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους **αποκλειστικώς** στην παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης, δηλαδή της αποδοχής της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά το ότι συντρέχει ίδια πλημμέλεια η οποία αποτέλεσε την αιτιολογία του δικού του αποκλεισμού (ΣτΕ ΕΑ 344/2017, 106/2013, 411/2013, 66/2012).

Αντίθετα, σύμφωνα με νομολογία του Δ.Ε.Ε. (αποφάσεις C-100/12, Fastweb και C-689/13 PFE) κάθε διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον να βάλει κατά της προσφοράς άλλων συνδιαγωνιζόμενων του, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση, ανεξαρτήτως του αριθμού των διαγωνιζόμενων οι οποίοι άσκησαν προσφυγή. Περαιτέρω, το ΔΕΕ με την C-355/15, Bietergemeinschaft, σκ. 34-35 έκρινε ότι οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 και 2α της οικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395), παρέχουν τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ο ίδιος γινόταν δεκτός (επειδή θα ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του). Τέτοιο δικαίωμα βέβαια δεν παρέχεται στον διαγωνιζόμενο που έχει αποκλεισθεί οριστικά¹⁰, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της Οδηγίας αυτής. Με την C-131/16 Archus και Gama, σκ. 54-59, το Δ.Ε.Ε. έκρινε ότι στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης που κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή, εκ των οποίων η μία απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των διαγωνιζόμενων και η άλλη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος που ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, γεγονός το οποίο μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει στην κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεδομένου ότι, εφ' όσον η απόφαση περί απορρίψεως της προσφοράς του και η απόφαση ανάθεσης της σύμβασης εκδόθηκαν συγχρόνως, αυτός δεν μπορεί να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς από τη διαδικασία. Τέλος, σύμφωνα με την C-333/2018 Lombardi το παραδεκτό της προσφυγής δεν πρέπει να εξαρτάται από την προηγούμενη διαπίστωση ότι είναι παράτυπες και

όλες οι προσφορές που κατετάγησαν σε χαμηλότερες θέσεις από εκείνη του υποψηφίου που άσκησε την εν λόγω προσφυγή. Το παραδεκτό αυτό δεν μπορεί να υπόκειται ούτε στην προϋπόθεση να αποδείξει ο εν λόγω υποψήφιος ότι η αναθέτουσα αρχή θα αναγκασθεί να επαναλάβει τη διαδικασία του διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, αρκεί προς τούτο η ύπαρξη τέτοιας πιθανότητας.

Το ΣτΕ, κατόπιν των ως άνω αποφάσεων του ΔΕΕ, αμφιταλαντεύθηκε σχετικά με την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος και εξέδωσε αντίθετες αποφάσεις (ΕΑ 349/2017 και 144/2018, περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος και τις 22/2018, 30/2019 αντίθετες, περί υπάρξεως εννόμου συμφέροντος).

Η πρόσφατη απόφαση ΣτΕ ΕΑ 235/2019 σχετικά με το κρίσιμο ζήτημα του εννόμου συμφέροντος έκρινε, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα:

- i) Στερείται εννόμου συμφέροντος διαγωνιζόμενος που αποκλείσθηκε οριστικά, εάν είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του¹¹.
- ii) Προϋπόθεση ύπαρξης εννόμου συμφέροντος είναι η αποδοχή της προσφυγής διαγωνιζομένου αναφορικά με πλημμέλεια του διαγωνισμού να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε περίπτωση που είναι αδύνατη η επαναπροκήρυξή του.
- iii) Αδιάφορος για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του, ο αποκλεισθείς, ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει την συμμετοχή όλων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης.

Λόγω όμως των αντίθετων αποφάσεων του ΣτΕ που εκδόθηκαν σε κρίσιμο ζήτημα του ενωσιακού δικαίου, η Επιτροπή Αναστολών στο πλαίσιο της ως άνω υπόθεσης υπέβαλε στο ΔΕΕ¹² προδικαστικό ερώτημα (βλ. C-771/19 «NA-MA»), μεταξύ άλλων, για το εάν κάποιος που αποκλείσθηκε σε προηγούμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης και όχι στο τελικό στάδιο αυτής (όπως π.χ. στον έλεγχο των τεχνικών προσφορών) μπορεί να προβάλει με την αίτηση αναστολής του και άλλες αυτοτελείς πλημμέλειες (οποιοσδήποτε) κατά του ανταγωνιστή του που δεν αφορούν σε παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης. Περαιτέρω, εάν ασκεί επιρροή στο έννομο συμφέρον του αιτούντα, το γεγονός ότι σε περίπτωση αποδοχής αυτών των αιτιάσεων είναι αδύνατη η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού ή ότι ο λόγος για τον οποίο αποκλείσθηκε ο προσφεύγων καθιστά αδύνατη την επαναπροκήρυξή του. Το τελευταίο ερώτημα αποτελεί και ένα ιδιαίτερος σημαντικό ερώτημα δεδομένου ότι η απάντησή του δεν έχει διατυπωθεί μέχρι τώρα με σαφήνεια από το ΔΕΕ.

¹ Βλ. σχετικά τις αποφάσεις 642/2017 και 647/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού για παράβαση του αρ. 1 του ν. 3959/2011 ή/και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ.

² Βλ. αρ. 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αρ. 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 σχετικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης.

³ Στην εν λόγω υπόθεση η Ουγγρική Αρχή Ανταγωνισμού διεπίστωσε ότι η εταιρεία Generali είχε προβεί σε κάθεται συμφωνίες παραβίασης του ανταγωνισμού. Με την ως άνω απόφαση κρίθηκε ότι η παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού 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»).

⁴ Στην εν λόγω υπόθεση η ομοσπονδιακή υπηρεσία ελέγχου συμπράξεων της Γερμανίας επέβαλε πρόστιμο στην εταιρεία Vossloh λόγω συμμετοχής της σε συμφωνίες απαγορευμένες από το δικαίο των συμπράξεων. Η εν λόγω εταιρεία, μετά την υποβολή προσφοράς της στο πλαίσιο άλλης διαδικασίας αναθέσεως, αρνήθηκε να γνωστοποιήσει στην αναθέτουσα αρχή, παρότι της είχε ζητηθεί, την απόφαση περί επιβολής προστίμου, υποστηρίζοντας ότι η συνεργασία με την ομοσπονδιακή υπηρεσία ελέγχου συμπράξεων αρκούσε για τους σκοπούς της αυτοκάθαρσης.

⁵ Στην εν λόγω υπόθεση η εταιρεία Delta, (επικεφαλής εταιρεία Κοινοπραξίας σε σύμβαση κατασκευαστικών εργασιών), χρησιμοποίησε υπεργολάβο, χωρίς προηγούμενη έγκρισή του από την αναθέτουσα αρχή της Ρουμανίας, με αποτέλεσμα η τελευταία να καταγγείλει την σύμβαση. Σε επόμενο διαγωνισμό έργων οδοποιίας η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την Delta λόγω καταγγελίας της προγενέστερης σύμβασης για τον ως άνω λόγο.

⁶ Στην εν λόγω υπόθεση ο Δήμος Νάπολης αποφάσισε την λύση δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών (σχολικά γεύματα) για το έτος 2016-2017 με την εταιρεία Sirio (λόγω κρούσματος τροφικής δηλητηρίασης) και ανέθεσε την εν λόγω σύμβαση στην εταιρεία Meca, η οποία είχε καταταγεί δεύτερη στο διαγωνισμό. Η Sirio προσέφυγε δικαστικά κατά της λύσης της σύμβασης, και η αναθέτουσα αρχή της επέτρεψε να συμμετέχει σε μεταγενέστερο διαγωνισμό (για σχολικά γεύματα επόμενου έτους), προβάλλοντας ότι σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία και νομολογία υποχρεούτο να αποδεχθεί την προσφορά του διαγωνιζομένου και εμποδιζόταν να προβεί σε αξιολόγηση αυτού δεδομένου ότι υπήρχε εκκρεμοδικία σχετικά με την λύση της προηγούμενης σύμβασης. Τελικά ανάδοχος ανακηρύχθηκε η Sirio και η Meca αμφισβήτησε δικαστικά την συμμετοχή της.

⁷ Βλ. ΣτΕ ΕΑ 237/2019.

⁸ Με τον όρο παράβαση εννοείται η συμμετοχή σε οριζόντια σύμπραξη σύμφωνα με το αρ. 25 α του ν. 3959/2011.

⁹ Πράγματι, ενώ η παραπομπή στις εθνικές νομοθεσίες και στις εθνικές ρυθμίσεις είχε προβλεφθεί σε πέντε από τις επτά περιπτώσεις που διαλαμβάνονται στο άρθρο 45, παράγραφος 2, της Οδηγίας 2004/18, στο εξής, μεταξύ των εννέα περιπτώσεων που διαλαμβάνονται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, της Οδηγίας 2014/24, μόνον η περίπτωση που μνημονεύεται υπό στοιχείο β' της εν λόγω παραγράφου 4 περιέχει τέτοια παραπομπή.

¹⁰ Σύμφωνα με την απόφαση: *ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή.*

¹¹ Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016.

¹² Η Επιτροπή Αναστολών (σκ. 30) έκρινε ότι παρότι η ίδια δεν υποχρεούται στην υποβολή προδικαστικού ερωτήματος, αυτό καθίσταται αναγκαίο προκειμένου να προκειμένου να παρασχεθεί πλήρης προστασία στην αιτούσα, δεδομένου ότι σε περίπτωση απόρριψης της κρινόμενης αίτησης αναστολής και εν συνεχεία αποδοχής της αίτησης ακύρωσης που τυχόν ασκηθεί, δεν θίγεται η εν τω μεταξύ συναφθείσα σύμβαση και η αιτούσα διατηρεί μόνον αξίωση αποζημίωσης.

ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗ ΕΠΙΚΑΙΡΟΤΗΤΑ

Μεταβολές εντός του 2019 στον ν. 4412/2016 (Ο ν. 4605/2019 αρ. 43 τροποποίησε πολλές από τις διατάξεις του ν. 4412/2016)

i) Διαδικασία ενώπιον της ΑΕΠΠ:

Αρ. 43 παρ. 42 ν. 4605/2019: «Στο τέλος της παραγράφου 1 του άρθρου 365 προστίθενται εδάφια ως εξής: «Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής.»

ii) Επαγγελματικά και Εμπορικά Μητρώα του αρ. 75 παρ. 2 επ. του ν.4412/2016:

Ο ν. 4472/2017 (αρ. 118 παρ. 20 και αρ. 119 παρ. 5^α), το ΠΔ 71/2019 και ο ν. 4635/2019 (αρ. 188) επέφεραν αλλαγές στα Επαγγελματικά και Εμπορικά Μητρώα του αρ. 75 παρ. 2 επ. του ν. 4412/2016.

iii) Τροποποίηση των Οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ, 2014/25/ΕΕ, 2009/81/ΕΚ:

Εκδόθηκαν οι κατ' Εξουσιοδότηση Κανονισμοί (ΕΕ) 2019/1827, 2019/1928, 2019/1929, 2019/1930 της Επιτροπής, οι οποίοι τροποποίησαν τα κατώτατα όρια των συμβάσεων για την εφαρμογή των ως άνω αντίστοιχων Οδηγιών. Ισχύς από 1/1/2020.

iv) Επικαιροποιημένα Τεύχη Διακηρύξεων ΕΑΑΔηΣυ: (Στο πλαίσιο της αρμοδιότητας της Αρχής για την έκδοση πρότυπων τευχών διακηρύξεων (αρ. 2 παρ. 2 περ. ε του ν. 4013/2011, αρ. 53 παρ. 5 ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με το αρ. 53 παρ. Α. αρ. 9 του ν. 4605/2019), τα ως άνω αναθεωρημένα τεύχη διακηρύξεων αποκτούν δεσμευτικό περιεχόμενο για τις αναθέτουσες αρχές μετά τη δημοσίευσή τους)

- ✓ Έργων άνω και κάτω των ορίων, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή.
- ✓ Έργων άνω και κάτω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, με αξιολόγηση μελέτης, κατ' εφαρμογή του αρ. 50 του ν. 4412/2016, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.
- ✓ Μελετών άνω και κάτω των ορίων, με κριτήριο ανάθεσης τη βέλτιστη σχέση ποιότητας- τιμής.
- ✓ Μελετών άνω και κάτω των ορίων, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή.

Οι όροι των υποδειγμάτων διακηρύξεων έχουν επικαιροποιηθεί και προσαρμοστεί, συνολικά, στις διατάξεις των άρθρων 43 και 44 του ν. 4605/2019, 33 του ν. 4608/2019 και 56 του ν. 4609/2019.

ΕΠΙΛΕΓΜΕΝΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

i) ΑΕΠΠ 55/2019: Περίπτωση όπου η αναθέτουσα αρχή επικαλέστηκε περίπτωση τροποποίησης σύμβασης κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της βάσει του αρ. 132 παρ. 1. περ. γ'. Η ΑΕΠΠ έκρινε ότι δεν διαπιστώθηκε η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος και συνέτρεχε περίπτωση έλλειψης επιμέλειας και συνετού προγραμματισμού εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής.

ii) ΑΕΠΠ 1233/2019: «Καθιερώνεται διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής στον εντοπισμό των προσφορών οι οποίες εμφανίζονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, εκτός εάν κάποιος διαγωνιζόμενος προβάλει ενώπιον αυτής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, οπότε γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών, αφού προηγουμένως ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις από τον διαγωνιζόμενο που φέρεται ότι έχει υποβάλει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά».

iii) ΣΤΕ ΕΑ: 159/2019: Το υπόμνημα (του αρ. 43 παρ. 42 του ν. 4605/2019) επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής πριν από τη συ-

ζήτηση της προδικαστικής προσφυγής από τον προσφεύγοντα, δεν απαιτείται να κοινοποιείται στην αναθέτουσα αρχή.

iv) ΣΤΕ ΕΑ 40/2019: Σύμφωνα με την εν λόγω απόφαση «η απάντηση του οικονομικού φορέα στο ερώτημα του (ΕΕΕΣ) αν αυτός συνήψε συμφωνίες που αποσκοπούσαν στην στρέβλωση του ανταγωνισμού, το σχετικό ερώτημα αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον». Επίσης, «οι αθέμιτες συμφωνίες δεν είναι δυνατό να περιορίζονται σε συμφωνίες συναπτόμενες μόνον ενόψει του τρέχοντος διαγωνισμού, αλλά αφορούν σε κάθε συμφωνία συναφθείσα στο παρελθόν, ως προς την οποία υφίστανται «επαρκώς εύλογες ενδείξεις».

v) ΣΤΕ ΕΑ 237/ 2019: Σύμφωνα με την εν λόγω απόφαση «δεν πιθανολογείται σοβαρά, κατά την κρίση της Επιτροπής Αναστολών ότι η υποχρέωση του οικονομικού φορέα να παράσχει πληροφορίες (σ.σ. σχετικά με αθέμιτη ανταγωνιστική σύμπραξη) στον αναθέτοντα φορέα μπορούσε να γεννηθεί σε χρονικό σημείο προγενέστερο της δημοσίευσής της (σ.σ. σχετικής καταδικαστικής) απόφασης Επιτροπής Ανταγωνισμού στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως».

INTERNATIONAL

COVID-19 and Force Majeure in Public Procurement and Construction Projects

Coronavirus disease known as COVID-19 may well disrupt international construction projects especially to the extent that such projects or their supply chains are directly or indirectly related to China where severe restrictions in movement of persons and products already apply for some time and local site operations which have slowed down or are suspended are inclined to cancel orders for supply of materials.

Affected parties will consider the application of force majeure. In FIDIC Silver Book 1999 (EPC/TurnKey Projects) which is still widely in use, clause 19.1 requires four (4) criteria for an event to amount to Force Majeure:

- i. an exceptional event or circumstances beyond the affected party's control has occurred;
- ii. the affected party could not reasonably have provided against the event or circumstance before entering into the contract;
- iii. the same party also could not reasonably have avoided or overcome the event or circumstance once it arose; and
- iv. the event or circumstance is not substantially the result of an act or omission by the counterparty.

19.1 also provides some examples but epidemics are not included in such examples. Nevertheless the case for COVID-19 to amount to Force Majeure could be easily made as it is clearly outside the affected party's control and such party could not have possibly avoided its spread. Further, no counterparty could be blamed for the virus and even if a risk of a pandemic has affected international business in the past, parties in construction agreements could not have been expected to have taken ex ante measures for most agreements signed until today.

Still, even if a party is successful to establish that COVID-19 amounts to an event of force majeure, FIDIC requires as a causation test such event to have prevented contract per-

formance (19.2) and the affected party to duly give the required notifications. This is a hard test as in many cases COVID-19 may not be the direct reason which prevented performance or performance may have not been prevented at all as for example would be the case where lack of supply of materials (and not the disease per se) would be the direct cause or where the contractor could rely on alternative supply chains other than those affected to fulfil his obligations. It is then a question of debate if under FIDIC, force majeure is required to be the sole and/or the direct cause of non performance. Alternatively, regulatory emergency measures including prohibitions in movement may be invoked as force majeure events by themselves. But a contractor may find it difficult to argue that delays in ports are force majeure or that suspension of site operations because of force majeure excuses him from accepting and paying for orders of materials to his suppliers.

These are interesting questions of causation, especially in the light of contracts beyond FIDIC particularly these that do not include detailed force majeure clauses. Two points are interesting here: First, in most civil jurisdictions (including many Middle Eastern ones and China) force majeure has the meaning of an event that prevents a party from performing an obligation where such event was unforeseeable or unavoidable and not attributable to any of the parties. Under these circumstances the affected party is excused for non performance. This is a slightly broader definition from the ones usually found in standard agreements including FIDIC. Second, most standard agreements such as FIDIC Silver book 1999 provide a limited relief of extension of time for performing the affected obligations and not discharge from such obligations or any form of compensation.

Hopefully COVID-19 will not affect construction for a very long period but it is worth noting that under FIDIC Silver Book (1999) as well as under both civil and common law jurisdictions, a very long disruption of the contract for force majeure may justify its termination.

Το σημείωμα αυτό είναι πληροφοριακό και δεν συνιστά διατύπωση νομικής γνώμης ή συμβουλής με βάση την οποία μπορεί να ληφθούν από τους αναγνώστες προσωπικές ή επαγγελματικές αποφάσεις.