

Αποκλεισμός από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, ελεύθερος ανταγωνισμός και μέτρα αυτοκάθαρσης:

η απόφαση ΔΕΕ C-124/17 Vossloh Laeis GmbH¹

Γεωργία – Αιμιλία Βούλγαρη

1. Τα πραγματικά περιστατικά και τα τεθέντα νομικά ζητήματα της απόφασης ΔΕΕ C-124/17 Vossloh Laeis GmbH

Η απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο προδικαστικής παραπομπής, από το Vergabekammer Südbayern (πρωτοβάθμιο όργανο επιλύσεως διαφορών από διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων της Νότιας Βαυαρίας, Γερμανία) στο πλαίσιο δίκης μεταξύ της Vossloh Laeis GmbH και της Stadtwerke München GmbH και είναι μια από τις πρώτες υποθέσεις εφαρμογής του δυνητικού λόγου αποκλεισμού περί στρέβλωσης του ελεύθερου ανταγωνισμού. Η Stadtwerke München GmbH (αναθέτων φορέας της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) απέρριψε αίτηση της Vossloh Laeis GmbH προκειμένου να περιληφθεί σε σύστημα προεπιλογής της πρώτης, στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (προμήθεια εξαρτημάτων για σιδηροδρόμους), κατ' επιταγή δε του αρθ. 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ εκλήθη σε εφαρμογή το αρθ. 57 παρ. 4, 6 και 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Το έτος 2016 επιβλήθηκαν στην εταιρεία Vossloh Laeis GmbH, η οποία είναι κατασκευάστρια σιδηροτροχιών και εξαρτημάτων αλουμινίου για σιδηροδρόμους, κυρώσεις, από το Ομοσπονδιακό Γραφείο Ελέγχου των συμπράξεων (η αντίστοιχη Επιτροπή Ανταγωνισμού), για την συμμετοχή της σε καρτέλ, από κοινού με άλλες εταιρείες του χώρου από το έτος 2001 έως το έτος 2011. Η διαδικασία της έρευνας είχε ξεκινήσει το έτος 2011 και έληξε το έτος 2016 με την έκδοση της απόφασης με την οποία επιβλήθηκε στην εταιρεία πρόστιμο, μειωμένο, λόγω ένταξής της σε πρόγραμμα επιείκειας, στο πλαίσιο του οποίου συνεργάστηκε με την ερευνητική αρχή και την συνέδραμε στην διαπίστωση της συμπαιγνιακής συμπεριφοράς.

Παράλληλα, η Vossloh Laeis GmbH υπέβαλε αίτηση προκειμένου να περιληφθεί σε σύστημα προεπιλογής της Stadtwerke München GmbH. Η Stadtwerke München GmbH είχε υποστεί ζημία από το καρτέλ, διαρκούσης δε της διαδικασίας επιβολής κυρώσεων από το Ομοσπονδιακό Γραφείο Ελέγχου των συμπράξεων είχε ζητήσει από την Vossloh Laeis GmbH την παροχή πληροφοριών και στοιχείων, αλλά η εταιρεία είχε αρνηθεί. Ανταποκρίθηκε το έτος 2016, επ' ευκαιρία της αίτησής της να περιληφθεί στο σύστημα προεπιλογής και κατόπιν εκδόσεως της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ενημερώνοντας την Stadtwerke München GmbH για τα μέτρα αυτοκάθαρσης που είχε στο μεταξύ υιοθετήσει και δηλώνοντας ότι προτίθεται να αποζημιώσει την αναθέτουσα αρχή για την ζημία που είχε υποστεί από την συμμετοχή της Vossloh Laeis στο καρτέλ. Η Stadtwerke München GmbH ζήτησε επισταμένως το πλήρες κείμενο της απόφασης, προκειμένου να έχει τη δυνατότητα να την εξετάσει και να διευκρινίσει την παράβαση του δικαιού του ανταγωνισμού που είχε τελέσει η εν λόγω εταιρεία. Η εταιρεία αρνήθηκε να το υποβάλει επικαλούμενη ότι είχε ήδη εκπληρώσει την υποχρέωση συνεργασίας που υπέχει, με την συνεργασία της με το Ομοσπονδιακό Γραφείο Ελέγχου των συμπράξεων. Η Stadtwerke München GmbH, η

¹ Το παρόν αποτέλεσε παρουσίαση στο 6ο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Πάτρα, 4/2019

οποία είχε ήδη εγείρει αγωγή αποζημίωσης ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων του Μονάχου, απέρριψε την αίτηση, θέτοντας ζήτημα έλλειψης αξιοπιστίας της εταιρείας και ενημερώνοντάς την ότι οι πληροφορίες που είχε παράσχει δεν ήταν επαρκείς προκειμένου να αποδειχθεί η αξιοπιστία της, υποδεικνύοντας ότι τα μέτρα αυτοκάθαρσης της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν ήταν επαρκή. Η Vossloh Laeis προσέβαλε την απόφαση στο αρμόδιο πρωτοβάθμιο όργανο επίλυσης διαφορών από διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων της Νότιας Βαυαρίας, το οποίο υπέβαλε προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΕ σχετικά

(α) με το εύρος και τα όρια του καθήκοντος συνεργασίας και αποζημίωσης για την προκληθείσα ζημία, στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης και

(β) με τη χρονική αφετηρία της μέγιστης διάρκειας της περιόδου αποκλεισμού.

Οι κρίσεις του Δικαστηρίου, οι οποίες αποσαφηνίζουν επιμέρους ζητήματα του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, παρουσιάζουν ιδιαίτερο ενδιαφέρον υπό το φως της αλληλεπίδρασης των λόγων αποκλεισμού και του μηχανισμού αυτοκάθαρσης με το δίκαιο του ανταγωνισμού και τους μηχανισμούς που αυτό διαθέτει (πρόγραμμα επιείκειας / πράξη διευθέτησης).

2. Το ειδικότερο ενδιαφέρον της απόφασης για την Ελλάδα

Στην υπόθεση υπέβαλαν παρατηρήσεις, μεταξύ άλλων Κυβερνήσεων, και η Ελληνική Κυβέρνηση, λόγω του ιδιαίτερου ενδιαφέροντος των ζητημάτων, ενόψει της έρευνας της Επιτροπής Ανταγωνισμού για καρτέλ των εταιρειών της ανώτατης εργοληπτικής τάξης.

3. Ζητήματα που προκύπτουν από την απόφαση σε σχέση με το δίκαιο του ανταγωνισμού – η αλληλεπίδραση του μηχανισμού αυτοκάθαρσης με τα προγράμματα επιείκειας

Το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24 απαριθμεί τους λόγους αποκλεισμού των οικονομικών φορέων από τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το μεν στην παρ. 1 τους υποχρεωτικούς, το δε στην παρ. 4 τους δυνητικούς², μεταξύ των οποίων καταλέγεται: «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» (στοιχείο δ'), καθώς και «εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του» (στοιχείο γ')³.

² Οι οποίοι, αναλόγως της εθνικής νομοθεσίας των κρατών μελών, μπορούν να ορισθούν ως υποχρεωτικοί. Η ελληνική ενσωμάτωση διατηρεί τους λόγους της παρ. 4 ως δυνητικούς (αρθ. 73 παρ. 4 ν. 4412/2016), υπό την έννοια ότι εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να τους ορίσει ως λόγους αποκλεισμού, με την οικεία Διακήρυξη.

³ Η απόφαση φαίνεται να συγχέει τις δύο περιπτώσεις.

Υπενθυμίζουμε ότι ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα για παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού ήταν ήδη δυνατός υπό το καθεστώς ισχύος της προηγούμενης Οδηγίας 2004/18/ΕΕ, στο πλαίσιο του λόγου αποκλεισμού περί «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος»⁴, ελλείψει ad hoc σχετικού λόγου αποκλεισμού. Λαμβάνοντας υπόψη την ευρύτητα του σχετικού όρου και την νομολογία του ΔΕΕ, η νέα Οδηγία, ενσωματώνοντας την διαμορφωθείσα έως τότε νομολογία, αφενός περιέλαβε ρητό λόγο αποκλεισμού αναφορικά με τις στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, αφετέρου απαιτεί ρητά στο πλαίσιο του δυνητικού λόγου αποκλεισμού, το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα να θέτει εν εμφιβόλω την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα να εκτελέσει τη σύμβαση, απαίτηση η οποία να υπήρχε υπό το καθεστώς ισχύος της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ⁵.

Την διεύρυνση των λόγων αποκλεισμού η Οδηγία εξισορροπεί με μια σημαντική καινοτομία: παρέχει τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν σε λόγο αποκλεισμού, να «αποκαταστήσουν την τρωθείσα αξιοπιστία τους», στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, τα οποία θα αξιολογηθούν από την αναθέτουσα αρχή (και μόνον) και εφόσον κριθούν αποτελεσματικά, θα έχουν τη δυνατότητα συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. Στον οικονομικό φορέα επιβάλλεται ενεργητική υποχρέωση, να προσκομίσει αυτοβούλως⁶ στοιχεία στην αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της αποτελεσματικότητας των μέτρων, ενώ η αναθέτουσα αρχή οφείλει να κρίνει, υπό το φως των συγκεκριμένων περιστάσεων, εάν αυτά καθιστούν τον οικονομικό φορέα αξιόπιστο.

Στο άρθρο 57 παρ. 6 εδ. β' (και αρθ. 73 παρ. 7 – 9 ν. 4412/2016) απαριθμούνται δεσμευτικά για την αναθέτουσα αρχή (και για τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα) οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες αποδεικνύεται η αξιοπιστία του: **(α)** να έχει καταβάλει – ή να δεσμευθεί να καταβάλει – αποζημίωση για τις ζημιές που προκλήθηκαν από το αδίκημα που οδήγησε στον αποκλεισμό του, **(β)** να έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο και **(γ)** να έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλα για την πρόληψη ανάλογων παραβάσεων στο μέλλον. Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 102 της Οδηγίας, η οποία αποτέλεσε χρήσιμο ερμηνευτικό εργαλείο στην εκφορά της κρίσης του ΔΕΕ, τα μέτρα που λαμβάνονται πρέπει να αποσκοπούν **(α)** στην αποκατάσταση των συνεπειών ποινικών ή άλλων αδικημάτων, **(β)** στην επανόρθωση

⁴ Βλ. ενδεικτικά, *C-470/13 Generali-Providencia Biztosito*, *C-465/11 Forposta SA & ABC Direct Contact sp. zo.o.* αλλά και την αιτιολογική σκέψη 101 της ισχύουσας Οδηγίας στην οποία ρητά αναφέρονται, στο πλαίσιο της ενδεικτικής απαρίθμησης των περιπτώσεων «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» οι παραβάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού («Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση»).

⁵ Arrowsmith S., *The law of public and utility procurement*, Sweet&Maxwell, 3rd ed., σελ. 1267 επ.

⁶ Βλ. και την σχετική κατάσταση του ESPD (ΕΕΕΣ) στο οποίο απαιτείται να δηλωθούν ευθύς εξ αρχής, κατά την υποβολή της προσφοράς, τα μέτρα αυτοκάθαρσης. Συναφής και η ΕΑ ΣτΕ 40/2019 (σκ. 16 και 17)

των ασφαμάτων που διέπραξαν και (γ) στην αποτελεσματική πρόληψη της εμφάνισης μη σύννομης συμπεριφοράς στο μέλλον. Εάν τα ληφθέντα μέτρα κριθούν αποτελεσματικά, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να μην αποκλείει τον οικονομικό φορέα για τους λόγους αυτούς και να επιτρέπει την συμμετοχή του στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης.

Με τα προδικαστικά ερωτήματα (1^ο και 2^ο) το αιτούν δικαιοδοτικό όργανο ζητά να διευκρινιστεί εάν η απαιτούμενη από το άρθρο 57 παρ. 6, εδ. β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ συνεργασία (προς απόδειξη της αποκατάστασης της αξιοπιστίας οικονομικού φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει λόγος αποκλεισμού, στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης – 2^η απαιτούμενη προϋπόθεση κατά την Οδηγία) πρέπει να παρέχεται μόνον στις «ερευνητικές αρχές», όπως αναφέρει η Οδηγία ή και στην αναθέτουσα αρχή, όταν τούτο απαιτείται από την εθνική νομοθεσία κράτους μέλους. Το κρίσιμο ζήτημα, όπως αυτό αναδύεται από την απόφαση, είναι εάν η απαίτηση του αναθέτοντος φορέα να λάβει γνώση του σώματος της απόφασης του Ομοσπονδιακού Γραφείου Ελέγχου των συμπράξεων (ερευνητική αρχή) ήταν νόμιμη, υπό την έννοια εάν ήταν απαραίτητη προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να εκτιμήσει την αξιοπιστία της εταιρείας προκειμένου αυτή να συμμετάσχει σε διαδικασία σύναψης σύμβασης και να την εκτελέσει εφόσον της ανατεθεί, ή εάν η ένταξη της εταιρείας σε πρόγραμμα επιείκειας και η έκδοση πράξης διευθέτησης της ερευνητικής αρχής ήταν επαρκής απόδειξη της συνεργασίας της και άρα της αξιοπιστίας της.

4.1 Η θέση της Vossloh Laeis⁷

Η Vossloh Laeis, προσηλωμένη στο γράμμα της Οδηγίας, ισχυρίστηκε ότι η απαίτηση ενεργού συνεργασίας, όχι μόνον με τις ερευνητικές αρχές αλλά και με την αναθέτουσα αρχή, προστέθηκε από την γερμανική νομοθεσία, ως συμπληρωματική προϋπόθεση στο πλαίσιο της αυτοκάθαρσης. Η εταιρεία ισχυρίστηκε ότι οι όροι «αναθέτουσα αρχή» και «ερευνητική αρχή» αφορούν σε διαφορετικές οντότητες, με διακριτές αρμοδιότητες, καθώς η αναθέτουσα αρχή αναθέτει δημόσιες συμβάσεις, ενώ η ερευνητική αρχή έχει ως αρμοδιότητα την διερεύνηση ποινικών αδικημάτων ή, γενικότερα, ενδεχόμενων παραπτωμάτων. Η Vossloh Laeis υποστήριξε ότι το άρθρο 57 της οδηγίας 2014/24 διακρίνει μεταξύ, αφενός, της υποχρέωσης του οικονομικού φορέα να λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και, αφετέρου, της απόδειξης της αποτελεσματικότητας των μέτρων αυτών έναντι της αναθέτουσας αρχής, εφόσον συμμετέχει σε διαδικασία σύναψης σύμβασης. Η γερμανική ενσωμάτωση του υπόψη άρθρου της Οδηγίας, κατά παρέκκλιση των ανωτέρω, θέσπισε διττή υποχρέωση συνεργασίας. Προς την άποψη αυτή συντάχθηκε και η Ελληνική Κυβέρνηση.

4.2 Η θέση της αναθέτουσας αρχής

Η αναθέτουσα αρχή, προς την άποψη της οποίας συντάχθηκαν οι Κυβερνήσεις της Γερμανίας και της Ουγγαρίας, ισχυρίστηκε ότι η προσθήκη, στον Γερμανικό νόμο, της απαίτησης συνεργασίας και με την αναθέτουσα αρχή, αποσκοπεί στην αποφυγή τυχόν συσταλτικής ερμηνείας του όρου ερευνητικές αρχές (ήτοι ως τέτοιων νοουμένων των αρχών που είναι επιφορτισμένες με τη δίωξη ποινικών αδικημάτων⁸), δοθέντος ότι και η αναθέτουσα αρχή είναι «ερευνητική αρχή» υπό ευρεία έννοια. Τούτο, διότι στο

⁷ Σκ. 26 – 28 της από 16.5.2018 Γνώμης του Γενικού Εισαγγελέα

⁸ Σκ. 43 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα

πλαίσιο του αρθ. 57 παρ. 6, εξετάζει εάν συντρέχει σε συγκεκριμένη περίπτωση δυνητικός λόγος αποκλεισμού ή / και εάν ικανοποιούνται οι τασσόμενες για την αυτοκάθαρση προϋποθέσεις και εάν τα ληφθέντα μέτρα παρέχουν επαρκή εγγύηση στην ίδια για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα. Κατά την επ' ακροατηρίω συζήτηση η Γερμανική Κυβέρνηση διευκρίνισε ότι η παραπομπή όχι μόνον στις ερευνητικές αρχές αλλά και στην αναθέτουσα αρχή δεν σκοπεύει σε επανάληψη της ίδιας υποχρεώσεως.

4.3 Η θέση της Επιτροπής

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η θέση της Επιτροπής⁹, καθώς αυτή κατ' ουσίαν υιοθετήθηκε από το ΔΕΕ. Η Επιτροπή επεσήμανε ότι η έννοια της «ερευνητικής αρχής» δεν ορίζεται στην Οδηγία. Ωστόσο η ερευνητική αρχή του άρθρου 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24 δεν ταυτίζεται με την αναθέτουσα αρχή. Κατά την άποψη της Επιτροπής, η συστηματική ερμηνεία του κανόνα επιβάλλει να γίνει δεκτό ότι πέραν και πλέον της συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, υφίσταται υποχρέωση συνεργασίας με την αναθέτουσα αρχή, διαφορετικού ωστόσο χαρακτήρα, καθώς έχει τα δικά της χαρακτηριστικά και δεν (πρέπει να) οδηγεί σε διπλασιασμό ή επανάληψη των ίδιων υποχρεώσεων. Η διαφοροποίηση έγκειται στις διαφορετικές αρμοδιότητες με τις οποίες είναι επιφορτισμένες οι ερευνητικές αρχές (διαπίστωση αδικημάτων και παραβάσεων, επιβολή κυρώσεων) και οι αναθέτουσες αρχές στο πλαίσιο της Οδηγίας (η εξασφάλιση της αξιοπιστίας οικονομικού φορέα και εκτίμηση των κινδύνων που ενδέχεται να έχει η σύναψη δημόσιας σύμβασης σε συγκεκριμένο προσφέροντα και η επιβολή του αποκλεισμού ως μέτρου για την προστασία της αναθέτουσας αρχής από τους κινδύνους ανάθεσης δημόσιας σύμβασης σε μη αξιόπιστο οικονομικό φορέα).

4.4 Η γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα

Κατά τη Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα, το αρθ. 57 (παρ. 1, 2 και 4 περ. γ') αναγνωρίζει στις αναθέτουσες αρχές ορισμένες αρμοδιότητες με ερευνητική χροιά. Ειδικότερα στο πλαίσιο της παρ. 6 (μηχανισμός αυτοκάθαρσης), οι ερευνητικές αρμοδιότητες της αναθέτουσας αρχής αφορούν **(α)** στην διαπίστωση της συνδρομής ενός εκ των λόγων αποκλεισμού του αρθ. 57 – χωρίς κατ' ανάγκη να καθορίζει η ίδια η αναθέτουσα αρχή τα πραγματικά περιστατικά που μπορούν να οδηγήσουν στον αποκλεισμό - καθώς και **(β)** στην αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που υιοθέτησε ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας (σκ. 48).

Κατά τη Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα, η απαίτηση, στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, ο οικονομικός φορέας να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι έχει διευκρινίσει τις περιστάσεις και τα γεγονότα της παραβατικής συμπεριφοράς μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, υποδηλώνει την ανάγκη ενεργού συνεργασίας του με όργανο διαφορετικό από την αναθέτουσα αρχή, στην οποία, εν συνεχεία, πρέπει να προσκομίσει την απόδειξη της ενεργού συνεργασίας του¹⁰. Κατά τον Γενικό Εισαγγελέα, η παρ. 6 απηχεί μια χρονική αλληλουχία, σύμφωνα με την οποία προηγείται η διευκρίνιση των γεγονότων και περιστάσεων σε όργανο άλλο από την αναθέτουσα αρχή και έπεται η αξιολόγηση, από την αναθέτουσα αρχή, του προσκομιζόμενου από τον οικονομικό φορέα, για την διευκρίνιση αποδεικτικού υλικού

⁹ Σκ. 34 – 36 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα

¹⁰ Σκ. 50 - 51

(σκ. 52). Η συλλογιστική αυτή ακολουθεί και την απαίτηση της παρ. 6 για καταβολή (ή για δέσμευση καταβολής) της σχετικής αποζημίωσης στην αναθέτουσα αρχή, καθώς και για τη λήψη των κατάλληλων μέτρων, οργανωτικών και άλλων (σκ. 53).

Καταλήγει δε ο Γενικός Εισαγγελέας διατυπώνοντας την άποψη ότι είναι άσκοπη η επιβολή διπλής υποχρέωσης συνεργασίας, ήτοι και με τις ερευνητικές αρχές και με την αναθέτουσα αρχή (σκ. 54 – 55), το οποίο δεν ισχύει εφόσον γίνει δεκτό ότι η υποχρέωση συνεργασίας με την αναθέτουσα αρχή περιορίζεται στην εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αξιολόγηση εάν η συνεργασία με την ερευνητική αρχή υπήρξε ολοκληρωμένη. Τονίζει δε ο Γενικός Εισαγγελέας ότι η ερμηνεία αυτή υπαγορεύεται από τις ιδιαιτερότητες της συγκεκριμένης περίπτωσης, υπονοώντας σαφώς την ύπαρξη προγράμματος επιείκειας στο πλαίσιο του οποίου η παραβατική συμπεριφορά αξιολογήθηκε και τιμωρήθηκε (σκ. 54).

Για τον ίδιο λόγο, υποστήριξε, η συμβατότητα της ρύθμισης του Γερμανικού δικαίου, με το οποίο αξιώνεται η συμμόρφωση σε αυστηρότερη εθνική ρύθμιση η οποία απαιτεί την διπλή υποχρέωση συνεργασίας (και με τις ερευνητικές αρχές και με την αναθέτουσα αρχή), προς το αρθ. 57 παρ. 6 της Οδηγίας, εξαρτάται από το εάν η διπλή συνεργασία είναι συνεργασία διαφορετικού χαρακτήρα, ήτοι στο πλαίσιο αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης (σκ. 58)¹¹.

Ο Γενικός Εισαγγελέας κατέληξε ότι δεν μπορεί να υποχρεωθεί ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας να προσκομίσει αντίγραφο (του πλήρους κειμένου) της απόφασης της αρχής ανταγωνισμού για την διαπίστωση της παραβατικής συμπεριφοράς και την επιβολή κυρώσεων για δύο λόγους: **(α)** τούτο θα συνιστούσε επιβολή διπλής υποχρέωσης συνεργασίας του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα και **(β)** ο οικονομικός φορέας θα τελεί σε κατάσταση ουσιαστικής αδυναμίας άμυνας στο πλαίσιο εκδίκασης αγωγής αποζημίωσης που έχει ασκηθεί εναντίον του από την αναθέτουσα αρχή λόγω ζημίας προκληθείσας από παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού (σκ. 60).

Τέλος, ο Γενικός Εισαγγελέας έθεσε ζήτημα ενδεχόμενης μεροληψίας της αναθέτουσας αρχής εφόσον ήθελε γίνει δεκτό αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης είναι, μεταξύ άλλων, και η αξιολόγηση της δέουσας ή όχι διευκρίνισης των γεγονότων και περιστάσεων, και όχι η αξιολόγηση της ολοκληρωμένης ή όχι συνεργασία του με τις ερευνητικές αυτές για το σκοπό αυτό (σκ. 61)¹².

¹¹ Ο Γενικός Εισαγγελέας υποστήριξε ότι καταρχήν θεωρεί ότι δεν αντιβαίνει στο ενωσιακό δίκαιο η θέσπιση, από τα κράτη μέλη, αυστηρότερων ρυθμίσεων σε σχέση με το ελάχιστο επίπεδο που θεσπίζει η Οδηγία, προς απόδειξη της αποκατάστασης της αξιοπιστίας των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης (σκ. 56), όπως εξάλλου έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (βλ. και Απόφαση της 20ής Δεκεμβρίου 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani και Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, σκ. 31).

¹² Ενδιαφέρον παρουσιάζει ως προς το στοιχείο αυτό το αρθ. 73 παρ. 8 ν. 4412/2016, το οποίο απονέμει μεν την αρμοδιότητα αυτή, τύποις, στην αναθέτουσα αρχή, απαιτεί όμως και την «σύμφωνη γνώμη» Επιτροπής συγκροτούμενης, με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, στην οποία κατ' ουσίαν περιέρχεται η σχετική αρμοδιότητα.

4.5 Η απόφαση

Το ΔΕΕ, σε αντίθεση με την από 16.5.2018 Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα, η οποία χωρίς να αναφέρεται ρητά στα προγράμματα επιείκειας επιχειρεί εμφανώς να διασώσει τον επωφελή χαρακτήρα τους, έκρινε ότι ο οικονομικός φορέας πρέπει να συνεργάζεται ενεργά όχι μόνον με την Αρχή Ανταγωνισμού, αλλά και με την αναθέτουσα αρχή στην αναλυτική διευκρίνιση των γεγονότων και των περιστάσεων που σχετίζονται με την παράβαση που διαπράχθηκε. Την άποψη αυτή στήριξε στο γράμμα της παρ. 6 του αρθ. 57 της Οδηγίας, η οποία ορίζει ότι τα μέτρα που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας στο πλαίσιο της αυτοκάθαρσης *«αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος»*. Χρήσιμο ερμηνευτικό εργαλείο αποτέλεσε και η αιτιολογική σκέψη 102 (σκ. 22) σύμφωνα με την οποία τα μέτρα αυτοκάθαρσης για την άρση των συνεπειών της παραβατικής συμπεριφοράς και την αποτελεσματική αποτροπή τυχόν επανάληψής τους στο μέλλον θα πρέπει να παρέχουν επαρκείς εγγυήσεις προς τούτο στην αναθέτουσα αρχή, η οποία αναλόγως του εθνικού δικαίου, θα πρέπει να αξιολογεί η ίδια ή να αναθέτει το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο.

Το ΔΕΕ δεν υιοθέτησε την άποψη του Γενικού Εισαγγελέα, εντούτοις προσπάθησε, πιο ήπια, να διασώσει τη χρησιμότητα και αποτελεσματικότητα των προγραμμάτων επιείκειας, στα οποία και αναφέρθηκε (σκ. 25 και 31), αναδεικνύοντας την συνεργασία με την αρχή ανταγωνισμού σε κομβικής σημασίας προκειμένου να θεωρηθεί επιτυχής η εφαρμογή του μηχανισμού αυτοκάθαρσης. Σύμφωνα με το σκεπτικό της απόφασης (σκ. 25) εφόσον υπάρχει ειδική διαδικασία για την διαπίστωση της παραβατικής συμπεριφοράς και την επιβολή κυρώσεων, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, κατά την εκτίμηση των προσκομιζόμενων αποδεικτικών στοιχείων, να στηρίζεται καταρχήν στα πορίσματα μιας τέτοιας διαδικασίας. Η κρίση αυτή έχει ως υπόβαθρο τις διαφορετικές αρμοδιότητες (σκ. 26 - 27) που ασκούν οι ερευνητικές αρχές (διαπίστωση της παραβατικής συμπεριφοράς και επιβολή κυρώσεων) και οι αναθέτουσες αρχές (αξιολόγηση των κινδύνων που διατρέχουν από την ενδεχόμενη ανάθεση ορισμένης σύμβασης με οικονομικό φορέα του οποίου η αξιοπιστία έχει τεθεί εν αμφιβόλω), υιοθετώντας στο σημείο αυτό το ΔΕΕ την άποψη της Επιτροπής.

Επομένως, κατά το ΔΕΕ η αρχή της συνεργασίας αφορά τόσο τις ερευνητικές αρχές όσο και την αναθέτουσα αρχή, όταν βάσει της εθνικής νομοθεσίας η τελευταία είναι αρμόδια να προβαίνει στην εκτίμηση της συνδρομής λόγου αποκλεισμού και στην αξιολόγηση της αποτελεσματικότητας των μέτρων αυτοκάθαρσης (σκ. 23). Ωστόσο, η συνεργασία με την αναθέτουσα αρχή περιορίζεται, στο μέτρο που είναι απολύτως αναγκαία για την αποτελεσματική επίτευξη του σκοπού τον οποίο επιδιώκει η εξέταση της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα (σκ. 28).

Καταλήγει δε το ΔΕΕ ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να είναι σε θέση να ζητήσει από οικονομικό φορέα σε βάρος του οποίου έχει διαπιστωθεί παραβατική του ανταγωνισμού συμπεριφορά να προσκομίσει την σχετική πλήρη απόφαση της ερευνητικής αρχής που τον αφορά (σκ. 30), η γνωστοποίηση δε της απόφασης αυτής (πρέπει να) αποτελεί επαρκή απόδειξη (σκ. 31) της συνεργασίας του οικονομικού φορέα και άρα της εκπλήρωσης της υποχρέωσής του να διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις της παράβασης του δικαίου του ανταγωνισμού.

Η υποχρέωση γνωστοποίησης της απόφασης της ερευνητικής αρχής στην αναθέτουσα αρχή δεν υπηρετεί μόνον την υποχρέωση του οικονομικού φορέα για ολοκληρωμένη

συνεργασία ως προς τη διαλεύκανση των γεγονότων και περιστάσεων (η δεύτερη κατά σειρά απαιτούμενη προϋπόθεση του μηχανισμού της αυτοκάθαρσης), αλλά απαιτείται και για την εκπλήρωση της αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής δυνάμει της Οδηγίας (αρθ. 57 παρ. 6), να αξιολογήσει την αποτελεσματικότητα των μέτρων που έχει λάβει ο οικονομικός φορέας προκειμένου να αποτρέψει την επανάληψη της παραβατικής συμπεριφοράς στο μέλλον, καθώς αυτά αξιολογούνται *«λαμβάνομένων υπόψη των ιδιαίτερων περιστάσεων υπό τις οποίες τελέστηκαν τα εν λόγω ποινικά αδικήματα»* (σκ. 32). Στο πλαίσιο αυτό η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητάει από τον οικονομικό φορέα την προσκόμιση των αποδεικτικών στοιχείων που τον αφορούν.

Μάλιστα, στο πλαίσιο της αξιολόγησης των μέτρων αυτών, το ΔΕΕ δεν υιοθετεί την άποψη της «περιορισμένης συνεργασίας» με την αναθέτουσα αρχή, την οποία είχε υποστηρίξει ο Γενικός Εισαγγελέας, ότι δηλαδή η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να ζητά την προσκόμιση των αποδεικτικών στοιχείων τα οποία είχαν ήδη προσκομισθεί στην ερευνητική αρχή (σκ. 32). Το ΔΕΕ καταδεικνύει ότι ο μηχανισμός αυτοκάθαρσης είναι μια διαδικασία δυναμική, καθώς η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα να παράσχει στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι τα μέτρα που έχει λάβει είναι πράγματι κατάλληλα για την αποτροπή της επαναλήψεως της παραβατικής συμπεριφοράς στο μέλλον, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων περιστάσεων υπό τις οποίες αυτή εκδηλώθηκε, χωρίς να δικαιολογείται απαλλαγή του οικονομικού φορέα εκ μόνου του λόγου της παροχής των στοιχείων αυτών στην ερευνητική αρχή.

Ιδιαίτερο νομικό και πρακτικό ενδιαφέρον παρουσιάζει και η κρίση του ΔΕΕ με την οποία απέστη από το δεύτερο έρεισμα της άποψης του Γενικού Εισαγγελέα, ήτοι την λόγω της γνωστοποίησης της απόφασης της ερευνητικής αρχής, αδυναμία άμυνας του οικονομικού φορέα επί αγωγής αποζημίωσης που (ενδέχεται να έχει) ασκήσει η αναθέτουσα αρχή για την ζημία που υπέστη από την παραβατική του συμπεριφορά. Έρεισμα για την κρίση του ΔΕΕ αποτέλεσε η πρώτη κατά σειρά από τις ρητά θεσπιζόμενες προϋποθέσεις του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, ήτοι η παροχή αποδείξεων εκ μέρους του οικονομικού φορέα **ότι έχει καταβάλει ή ότι έχει δεσμευθεί να καταβάλει** αποζημίωση για την ανόρθωση κάθε ζημίας που προκλήθηκε στην αναθέτουσα αρχή από την παραβίαση (σκ. 27 - 31).

Τέλος, το ΔΕΕ, επιβεβαιώνοντας την προηγούμενη νομολογία του¹³, έκρινε ότι κατά την ενσωμάτωση του αρθ. 57 της Οδηγίας στα εθνικά δίκαια, τα κράτη μέλη μπορούν να θεσπίζουν αυστηρότερες ρυθμίσεις από το ελάχιστο επίπεδο που θέτει η Οδηγία.

5. Ως προς την χρονική αφετηρία της μέγιστης διάρκειας της περιόδου αποκλεισμού.

Με τα προδικαστικά ερωτήματα (3^ο και 4^ο, αντίστοιχα) το ΔΕΕ κλήθηκε να αποφανθεί εάν – ως προς τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού του αρθ. 57 παρ. 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ - η μέγιστη επιτρεπόμενη περίοδος αποκλεισμού από διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων, η οποία κατά την παρ. 7 του αυτού άρθρου δεν μπορεί να υπερβαίνει τα 3 έτη εφόσον δεν καθορίζεται σε τελεσίδικη δικαστική απόφαση και η οποία έχει ως αφετηρία την ημερομηνία *«του σχετικού γεγονότος»*, εκκινεί από το χρονικό σημείο κατά το οποίο επήλθε ο σχετικός λόγος αποκλεισμού ή από το χρονικό

¹³ ΔΕΕ, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, [EU:C:2014:2469](#); and *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and RTI Mantovani e Guerrato*, C-178/16, [EU:C:2017:1000](#).

σημείο κατά το οποίο η αναθέτουσα αρχή έλαβε γνώση της συνδρομής του λόγου αποκλεισμού βάσει ασφαλών και αξιόπιστων στοιχείων. Ειδικότερα δε στην περίπτωση συνδρομής του αποκλεισμού λόγω συμμετοχής του εμπλεκόμενου οικονομικού φορέα σε σύμπραξη επιχειρήσεων (αρθ. 57 παρ. 4 περ. δ'), εάν ως σχετικό γεγονός νοείται ο τερματισμός της συμμετοχής στη σύμπραξη ή η περιέλευση της συμμετοχής αυτής στη γνώση της αναθέτουσας αρχής βάσει ασφαλών και αξιόπιστων στοιχείων. Πρόκειται για την περίπτωση κατά την οποία διαπιστώνεται η συνδρομή λόγου δυνητικού αποκλεισμού και ο οικονομικός φορέας δεν έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης, ή κρίθηκε ότι τα ληφθέντα δεν είναι ικανοποιητικά.

5.1 Η θέση της Vossloh Laeis

Η εταιρεία υποστήριξε ότι το «σχετικό γεγονός» (πρέπει να) συνίσταται στον τερματισμό της συμμετοχής στη σύμπραξη, διότι συνιστά αντικειμενικό γεγονός και αποτελεί τον θεμελιωτικό του αποκλεισμού λόγο. Άποψη η οποία τυχόν θα δεχόταν ως σχετικό γεγονός την γνώση της αναθέτουσας αρχής δεν βρίσκει έρεισμα στη διατύπωση της Οδηγίας, επιπλέον δε, λόγω του ισχυρού υποκειμενικού στοιχείου, προσκρούει στην ασφάλεια δικαίου.

Προς την άποψη αυτή συντάχθηκε και η Ελληνική Κυβέρνηση, η οποία, προς επίρρωση, επικαλέστηκε το άρθρο 25 παρ. 2, του Κανονισμού 1/2003 για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης, σχετικά με την αφετηρία της προθεσμίας παραγραφής των παράνομων συμπεριφορών στον τομέα του ανταγωνισμού, η οποία αφετηριάζει από την ημέρα διάπραξης της παράβασης, ενώ σε περίπτωση διαρκούς ή κατ' εξακολούθηση διαπραχθείσας παράβασης, από την ημέρα παύσης της παράβασης. Η άποψη αυτή, η οποία προτείνει την αναλογική εφαρμογή του ανωτέρω κανόνα και στις διαδικασίες συνάνσεως συμβάσεων, προτάσσει την ασφάλεια δικαίου για τον παραβάτη σε σχέση με την αποτελεσματική άσκηση της αρμοδιότητας επιβολής κυρώσεων.

Την αποδοχή της άποψής αυτής απέκρουσε ο Γενικός Εισαγγελέας στις από 16.5.2018 προτάσεις του ισχυριζόμενος (σκ. 81) ότι εφόσον υιοθετηθεί η ανωτέρω αναλογία, τούτο θα πρέπει να γίνει πλήρως, ήτοι συμπεριλαμβανομένων των παρ. 3 και 5 του αρθ. 25 της Κανονισμού 1/2003 περί διακοπής της παραγραφής «από κάθε πράξη της Επιτροπής ή της αρχής ανταγωνισμού η οποία αποβλέπει στην διερεύνηση ή σε διαδικασίες κατά της παράβασης ...». Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τον Γενικό Εισαγγελέα, η άποψη αυτή προσκρούει στο αρθ. 57 παρ. 7 της Οδηγίας, καθώς θα επέτρεπε την επέκταση της περιόδου αποκλεισμού πέραν της τριετίας, η οποία καθορίζεται ειδικά¹⁴.

Παραλλαγή της άποψης της Ελληνικής Κυβέρνησης, υποστήριξε η Πολωνική Κυβέρνηση, σύμφωνα με την οποία «σχετικό γεγονός» συνιστά η σύναψη της συμφωνίας με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Εάν δεν είναι εφικτό να προσδιοριστεί η ημερομηνία της συμφωνίας αυτής, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η ημερομηνία του γεγονότος που καθιστά εφικτό να θεωρηθεί πιθανή η σύναψή της, όπως επί παραδείγματι, η ημερομηνία ολοκλήρωσης της διαδικασίας αναθέσεως της συμβάσεως κατά την οποία διαπιστώθηκε ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς επιχείρησαν να στρεβλώσουν τον ανταγωνισμό. Η άποψη αυτή φαίνεται να εστιάζει

¹⁴ Εν αντιθέσει προς το αρθ. 106 του Δημοσιονομικού Κανονισμού 966/2012 που διέπει τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων της ίδιας της ΕΕ και των οργάνων της.

στην περίπτωση κατά την οποία η στρέβλωση του ανταγωνισμού διαπιστώνεται στο πλαίσιο μιας συγκεκριμένης διαδικασίας σύναψης σύμβασης και όχι στο πλαίσιο παρατεταμένης χρονικά και συστηματικής παραβίασης του ανταγωνισμού (όπως είναι η περίπτωση του καρτέλ).

5.2 Η θέση του Αναθέτοντος Φορέα

Αντιθέτως, ο Αναθέτων Φορέας ισχυρίστηκε ότι το κρίσιμο χρονικό σημείο δεν είναι εκείνο κατά το οποίο εκδηλώνεται (ή παύει) η παραβατική συμπεριφορά, αλλά εκείνο κατά το οποίο πληρούνται το σύνολο των απαιτούμενων από την εφαρμοστέα διάταξη προϋποθέσεων, περιλαμβανομένης της υποκειμενικής συνιστώσας, ήτοι της γνώσης του λόγου από την αναθέτουσα αρχή και συγκεκριμένα, του χρόνου κατά τον οποίο η αναθέτουσα διαθέτει αποδείξεις (βέβαιες, ασφαλείς και αξιόπιστες πληροφορίες) για την συνδρομή του λόγου αποκλεισμού.

Προς την θέση αυτή συντάχθηκαν η Γερμανική και η Ουγγρική Κυβέρνηση, η τελευταία ισχυριζόμενη ειδικότερα ότι το χρονικό αυτό σημείο είναι η έκδοση τελεσίδικης και αμετάκλητης απόφασης επί του θέματος, καθώς και η Επιτροπή (Γνώμη Γενικού Εισαγγελέα, σκ. 70 - 72, 76).

Ειδικότερα η Επιτροπή (Γνώμη Γενικού Εισαγγελέα, σκ. 70 – 72, 76) ισχυρίστηκε ότι η πρώτη άποψη (των Vossloh Laeis και των Κυβερνήσεων Ελλάδας και Πολωνίας) επικεντρώνεται στην ασφάλεια δικαίου, ενώ η δεύτερη άποψη (της Αναθέτουσας Αρχής, της Γερμανικής Κυβέρνησης, και της ίδιας της Επιτροπής) εστιάζει στην θωράκιση των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων από τον κίνδυνο που ενέχει η αποδοχή προσφερόντων στο πρόσωπο των οποίων συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού. Κατά τούτο, η δεύτερη άποψη συνάδει περισσότερο με την ίδια την ratio¹⁵ θέσπισης του αποκλεισμού οικονομικού φορέα από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος¹⁶. Τέλος, υποστηρίξιμη, κατά την Επιτροπή, είναι και η τρίτη άποψη, αυτή της Κυβέρνησης της Ουγγαρίας, σύμφωνα με την οποία σχετικό γεγονός είναι η ημερομηνία κατά την οποία η ερευνητική αρχή διαπίστωσε με τελεσίδικη απόφαση την παραβατική συμπεριφορά.

Κατά την επ' ακροατηρίω συζήτηση η Επιτροπή (σκ. 76 της Γνώμης του Γενικού Εισαγγελέα) φαίνεται ότι προσχώρησε στην τελευταία αυτή άποψη, επικαλέσθηκε δε την δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής των διατάξεων του Δημοσιονομικού Κανονισμού 966/2012 ο οποίος διέπει τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων από τα θεσμικά όργανα της ΕΕ (ιδίως το άρθρο 106 παρ. 14 – 15), για λόγους ενότητας των σχετικών ρυθμίσεων, σύμφωνα με τις οποίες η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού οικονομικού φορέα αφετηριάζει από την δημοσίευση της τελεσίδικης απόφασης επιβολής κυρώσεων από την ερευνητική αρχή.

5.3 Η άποψη του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez - Bordona (σκ. 82 – 86)

Ο Γενικός Εισαγγελέας συντάχθηκε με την τελευταία αυτή άποψη, ωστόσο στο πλαίσιο συνολικής θεώρησης της εφαρμοστέας διάταξης και συστημικής ερμηνείας της:

¹⁵ Ο δικαιολογητικός αυτός λόγος επιτρέπει την θεώρηση του (δυννητικού) αποκλεισμού οικονομικών φορέων, ιδίως για τον λόγο αυτό, και ως «διοικητικού μέτρου».

¹⁶ Γνώμη Γενικού Εισαγγελέα σκ. 71

επικαλούμενος την ανάγκη ευθυγράμμισης προς τον κανόνα που τίθεται στην περίπτωση συνδρομής υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού, ότι ο υπολογισμός της μέγιστης 5ετούς περιόδου αφετηριάζει από την ημερομηνία εκδόσεως της καταδικαστικής απόφασης (όταν η παραβατική συμπεριφορά διαπιστώνεται με απόφαση η οποία δεν καθορίζει την διάρκεια του αποκλεισμού) και κατ' αντιστοιχία προς αυτόν, στην περίπτωση του δυνητικού λόγου αποκλεισμού του αρθ. 57 παρ. 4 περ. γ'¹⁷, αφετηρία της 3ετούς περιόδου αποκλεισμού πρέπει να θεωρείται η ημερομηνία της απόφασης της αρμόδιας ερευνητικής αρχής με την οποία διαπιστώνεται η παραβατική συμπεριφορά. Η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση υπαγορεύεται από την διατύπωση του αρθ. 57 παρ. 7, που εστιάζει όχι στην παραβατική συμπεριφορά, αλλά στην νομική διαπίστωσή της, στον νομικό χαρακτηρισμό της πράξης. Τέλος, η άποψη αυτή λαμβάνει υπόψη το γεγονός ότι η ύπαρξη αντι-ανταγωνιστικών συμπεριφορών μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη (λαμβάνοντας υπόψη το τεκμήριο αθωότητας) μόνο με δικαστική απόφαση ή απόφαση αρμόδιας διοικητικής αρχής.

Σημειώνεται ότι το αιτούν δικαιοδοτικό όργανο είχε επισημάνει ότι το σημείο της αιτιολογικής εκθέσεως του Γερμανικού νόμου στο εφαρμοστέο εν προκειμένω άρθρο 126 αυτού, με το οποίο μεταφέρθηκε στο εθνικό δίκαιο το εν λόγω άρθρο 57, παράγραφος 7, θα μπορούσε να στηρίζει την άποψη αυτή, ότι δηλαδή το σχετικό γεγονός συνίσταται στην έκδοση απόφαση της αρμόδιας για τον ανταγωνισμό αρχής.

5.4 Η Απόφαση

Το ΔΕΕ περιορίσθηκε σε αυστηρώς νομική ερμηνεία της κρίσιμης διάταξης και, όπως προκύπτει από το σκεπτικό της απόφασης, συνεκτίμησε τις προβληθείσες απόψεις και προέβη σε στάθμιση των επιδιώξεών τους (σκ. 38 – 39), ήτοι την ασφάλεια δικαίου και την θωράκιση των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων από τον κίνδυνο που ενέχει η αποδοχή προσφερόντων στο πρόσωπο των οποίων συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού. Η απόφαση υιοθέτησε τη Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα, λαμβάνοντας υπόψη και σταθμίζοντας τις εξής παραμέτρους:

Πρώτον, η διαδικασία που προηγήθηκε της απόφασης επιβολής κύρωσης αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση κανόνα δικαίου, επομένως η εκδοθείσα απόφαση συνιστά απόδειξη ως προς τα πραγματικά περιστατικά και ως προς τον νομικό τους χαρακτηρισμό ως παραβατική συμπεριφορά (σκ. 39).

Δεύτερον, η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση ικανοποιεί και την ανάγκη ενιαίου τρόπου υπολογισμού της χρονικής περιόδου η οποία καθορίζεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά και την ανάγκη προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου, καθώς η ημερομηνία έκδοσης της σχετικής απόφασης είναι γεγονός σταθερό και μη εξαρτώμενο από υποκειμενικό στοιχείο (σκ. 39).

¹⁷ «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης ... γ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του ...».

Περαιτέρω, το Δικαστήριο, στην σκ. 40 της απόφασης τόνισε, εκ νέου, την σημασία των μέτρων αυτοκάθαρσης, επαναλαμβάνοντας σχετική τοποθέτηση της Επιτροπής, επισημαίνοντας ότι διαρκούσης της διαδικασίας διαπίστωσης της παραβατικής συμπεριφοράς ενώπιον της αρμόδιας ερευνητικής αρχής, ο οικονομικός φορέας που επιθυμεί να μετάσχει σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης διατηρεί πάντοτε την ευχέρεια να λάβει μέτρα σύμφωνα με την παρ. 6 του αρθ. 57, προκειμένου να αποδείξει την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του.

Κατέληξε το Δικαστήριο κρίνοντας ότι «στο τρίτο και στο τέταρτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 έχει την έννοια ότι, όταν ένας οικονομικός φορέας έχει επιδείξει συμπεριφορά emπίπτουσα στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ', της οδηγίας αυτής, για την οποία επιβλήθηκε κύρωση από αρμόδια αρχή, η μέγιστη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως της αρχής αυτής».

6. Εκτιμήσεις και προβληματισμοί

Συνοψίζοντας, το ΔΕΕ έκρινε ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει από έναν οικονομικό φορέα να συνεργαστεί ενεργά προκειμένου να παράσχει αποδείξεις της αποκατάστασης της αξιοπιστίας του, ωστόσο μόνον στο βαθμό που η συνεργασία αυτή περιορίζεται στα μέτρα που είναι αυστηρώς αναγκαία για την εξέταση αυτή. Το ΔΕΕ ειδικότερα έκρινε:

πρώτον, ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει από έναν οικονομικό φορέα να της υποβάλει την απόφαση της Αρχής Ανταγωνισμού, ακόμη και εάν τούτο θα διευκολύνει την έγερση / θεμελίωση αγωγής αποζημίωσης από την αναθέτουσα αρχή κατά του οικονομικού φορέα

δεύτερον, ότι η υποβολή, από τον οικονομικό φορέα, της απόφασης με την οποία διαπιστώνεται η διάπραξη της παράβασης αλλά εφαρμόζεται πρόγραμμα επιείκειας (πράξη διευθέτησης) πρέπει να θεωρείται επαρκής προς απόδειξη της συνεργασίας του οικονομικού φορέα για τη διευκρίνιση των γεγονότων και των περιστάσεων

τρίτον, ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί, εάν είναι και στον βαθμό που είναι, αναγκαίο, να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα πρόσθετες πληροφορίες και στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε είναι κατάλληλα, ακόμη και εάν τα στοιχεία αυτά έχουν ήδη υποβληθεί στην ερευνητική αρχή

τέταρτον, ότι η χρονική αφετηρία της μέγιστης (3ετούς) διάρκειας αποκλεισμού οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης σύμβασης, στην περίπτωση κατά την οποία ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει συμπεριφορά emπίπτουσα στο αρθ. 75 παρ. 4 στοιχείο δ' συνίσταται στην ημερομηνία έκδοσης της απόφασης της αρμόδιας ερευνητικής αρχής και

πέμπτον, ότι ο οικονομικός φορέας που επιθυμεί να μετάσχει σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παρά την παραβατική του συμπεριφορά, διατηρεί πάντοτε την ευχέρεια, διαρκούσης της διαδικασίας διαπίστωσης της παραβατικής συμπεριφοράς ενώπιον της αρμόδιας ερευνητικής αρχής, να λάβει μέτρα στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, προκειμένου να αποδείξει την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του.

Η απόφαση παρέχει χρήσιμη καθοδήγηση σχετικά με τον βαθμό συνεργασίας που απαιτείται να επιδεικνύουν οι οικονομικοί φορείς για να αποκαταστήσουν την τρωθείσα αξιοπιστία τους. Οι κρίσεις της απόφασης επιτρέπουν την ασφαλή εξαγωγή των εξής συμπερασμάτων¹⁸:

Πρώτον, η συνεργασία του οικονομικού φορέα με την αρχή ανταγωνισμού στο πλαίσιο προγράμματος επιείκειας είναι επαρκής απόδειξη της ενεργού συνεργασίας του οικονομικού φορέα στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, για την επαλήθευση της οποίας η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί την γνωστοποίηση της σχετικής απόφασης. Επομένως, η συνεργασία με την αρχή ανταγωνισμού είναι κομβικής σημασίας στην επιτυχή εφαρμογή του μηχανισμού αυτοκάθαρσης.

Δεύτερον, ο μηχανισμός αυτοκάθαρσης είναι διαδικασία δυναμική, καθώς για την αξιολόγηση της αποτελεσματικότητας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα μέτρων η αναθέτουσα αρχή ζητά αποδείξεις και εκφέρει ίδια κρίση σε σχέση με την αρχή ανταγωνισμού, ενόψει του διαφορετικού πλαισίου και σκοπού των αρμοδιοτήτων εκάστης. Η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προστατεύσει τα συμφέροντά της, σταθμίζοντας τον κίνδυνο της σύναψης σύμβασης με μη αξιόπιστο οικονομικό φορέα, ωστόσο πρέπει να πράξει τούτο στο αυστηρά αναγκαίο για την επιδίωξη του σκοπού της και την άσκηση της αρμοδιότητάς της.

Τρίτον, η καταβολή (ή η δέσμευση καταβολής) αποζημίωσης για την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη η αναθέτουσα αρχή από την παραβατική συμπεριφορά είναι απαραίτητη προϋπόθεση του μηχανισμού αυτοκάθαρσης.

Τέταρτον, οι (διοικητικές) αποφάσεις με τις οποίες διαπιστώνεται παραβίαση των κανόνων περί ανταγωνισμού συνιστούν επαρκή απόδειξη για την εκκίνηση της 3ετούς περιόδου αποκλεισμού, χωρίς να απαιτείται η τελεσιδικία τους, καθώς τούτο μπορεί να συνεπάγεται την παρέλευση μεγάλου χρονικού διαστήματος, το οποίο θα ματαίωνε την ratio της διάταξης, επιτρέποντας σε μη αξιόπιστους οικονομικούς φορείς να μετέχουν σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης και να αναλαμβάνουν την εκτέλεσή τους.

Ωστόσο, η απόφαση δεν επιλύει τα εξής ζητήματα¹⁹:

Πρώτον, τη σχέση των μέτρων αυτοκάθαρσης με την αγωγή αποζημίωσης και ειδικότερα, εάν η καταβολή (ή η ανάληψη της υποχρέωσης για καταβολή) αποζημίωσης, ως προϋπόθεση της θετικής έκβασης του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, μπορεί να εξαρτάται από το αποτέλεσμα εκκρεμούς δικαστικής διένεξης, στο πλαίσιο σχετικής αγωγής που έχει ασκήσει η αναθέτουσα αρχή ή, προκειμένου να ολοκληρωθεί επιτυχώς ο μηχανισμός αυτοκάθαρσης και να μην αποκλεισθεί ο οικονομικός φορέας από διαδικασία σύναψης σύμβασης απαιτείται να ικανοποιήσει ο οικονομικός φορέας το αγωγικό αίτημα της αναθέτουσας αρχής

Δεύτερον, δεν παρέχει καμία ένδειξη σχετικά με το απαιτούμενο επίπεδο αξιοπιστίας που πρέπει να αποδείξει ο οικονομικός φορέας προς αποκατάσταση της τρωθείσας αξιοπιστίας του

¹⁸ Βλ. και Ashurst Global Law Firm, Competition Newsletter, 11/2018.

¹⁹ Βλ. και Albert Sanchez-Graells, σχόλιο στο blog How to crack a nut, 22.5.2018

Τρίτον, συναφώς, δεν παρέχει καμία ένδειξη – όπως εξάλλου ούτε η Οδηγία²⁰ - για τα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα και τα μέτρα σχετικά με το προσωπικό του, που πρέπει να λάβει ο οικονομικός φορέας στο πλαίσιο της αυτοκάθαρσης

Τέταρτον, δεν είναι σαφές εάν η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να απαιτήσει πλήρη συνεργασία από τον οικονομικό φορέα, ζητώντας πρόσθετες πληροφορίες και στοιχεία, ακόμη και εάν αυτά έχουν υποβληθεί στην ερευνητική αρχή, συμπεριλαμβανομένου του πλήρους σώματος της πράξης διευθέτησης, παρέχεται εφόσον το οικείο εθνικό δίκαιο το ορίζει ως πρόσθετη προϋπόθεση (όπως στην περίπτωση του γερμανικού δικαίου) ή υφίσταται σε κάθε περίπτωση, λόγω της απαίτησης της Οδηγίας οι αναθέτουσες αρχές να αξιολογούν την αποτελεσματικότητα των μέτρων αυτοκάθαρσης υπό το φως των ιδιαίτερων περιστάσεων της συγκεκριμένης εκάστοτε παράβασης. Τούτο έχει ιδιαίτερη σημασία, καθώς υπό την πρώτη εκδοχή ελοχέυει ο κίνδυνος να οδηγηθούμε σε κανονιστική κατάτμηση και σε «public procurement forum shopping» εκ μέρους των οικονομικών φορέων, επιζητώντας την συμμετοχή τους σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων συγκεκριμένων κρατών μελών μόνο, με ευνοϊκότερες για αυτούς διατάξεις.

Με την σχολιαζόμενη απόφαση καθίσταται σαφές ότι ο αποκλεισμός από διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παρέχει πλεονεκτήματα για την αναθέτουσα αρχή, καθώς διευκολύνει την επιλογή του βέλτιστου προσφέροντα, προωθεί την υιοθέτηση αποτελεσματικών προγραμμάτων συμμόρφωσης και μέτρων αυτοκάθαρσης και διευκολύνει την αποκατάσταση της ζημίας που έχει προκληθεί στην αναθέτουσα αρχή από αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές οικονομικών φορέων.

Εντούτοις, μένει να επιλυθούν αρκετά ζητήματα προκειμένου να εξασφαλισθεί ισορροπία ανάμεσα στα προγράμματα επιείκειας και στα μέτρα αυτοκάθαρσης, λαμβανομένου υπόψη του αμοιβαία επωφελούς χαρακτήρα των προγραμμάτων επιείκειας και της μέχρι σήμερα αποτελεσματικότητάς τους, αλλά και της ειδικής προστασίας που απολαμβάνουν, στο πλαίσιο αυτό, από το ενωσιακό δίκαιο²¹.

Τέλος, ενδιαφέρον θα έχει η εφαρμογή των κρίσεων της απόφασης και σε άλλες περιπτώσεις λόγων δυνητικού αποκλεισμού, όπως η περ. α' της παρ. 4 (παραβάσεις του περιβαλλοντικού δικαίου και της εργασιακής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας).

²⁰ Περιορίζεται, στις αιτιολογικές σκέψεις, στην γενικόλογη αναφορά σε σειρά μέτρων συμμόρφωσης, εποπτεία και ελέγχους

²¹ Το αρθ. 6 παρ. 6 περ. α' της Οδηγίας 2014/04/ΕΕ για αποζημίωση λόγω παραβάσεων του ανταγωνισμού απαιτεί τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν ότι «για τον σκοπό της αγωγής αποζημίωσης, τα εθνικά δικαστήρια δεν μπορούν, σε καμία περίπτωση, να διατάξουν ένα διάδικο μέρος ή ένα τρίτο μέρος να αποκαλύψει ... δηλώσεις επιείκειας».