

Υπόθεση C-387/19

**Σύνοψη της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 98,
παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου**

Ημερομηνία καταθέσεως:

17 Μαΐου 2019

Αιτούν δικαστήριο:

Raad van State (Βέλγιο)

Ημερομηνία της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου:

7 Μαΐου 2019

Προσφεύγουσες:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Καθής:

Vlaams Gewest

Αντικείμενο της υποθέσεως της κύριας δίκης

Προσφυγή ακυρώσεως της αποφάσεως του Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest (Τμήματος οδικής κυκλοφορίας και συγκοινωνιών Ανατολικής Φλάνδρας της Υπηρεσίας οδικής κυκλοφορίας και συγκοινωνιών της Περιφέρειας Φλάνδρας), της 29ης Νοεμβρίου 2016, με την οποία ανατέθηκε σε ανταγωνιστή των προσφευγουσών δημόσια σύμβαση με αντικείμενο την εκτέλεση έργων οδοποιίας.

Αντικείμενο και νομική βάση της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως

Νομική βάση: άρθρο 267 ΣΛΕΕ.

Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως έχει ως αντικείμενο το ζήτημα αν προσφέρων, τον οποίο απέκλεισε η αναθέτουσα αρχή λόγω «σοβαρού παραπτώματος» κατά την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, οφείλει να γνωστοποιήσει με δική του πρωτοβουλία τα τυχόν σοβαρά επαγγελματικά

παραπτώματα και τα σχετικά μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε ή αν η αναθέτουσα αρχή, αφού διαπιστώσει ότι, κατά την άποψή της, συντρέχει σοβαρό παράπτωμα που ενδέχεται να επισύρει τον αποκλεισμό, οφείλει επιπλέον να προβλέψει κατ' αντιμωλία διαδικασία, προτού μπορέσει πράγματι να λάβει απόφαση σχετικά με τον αποκλεισμό.

Προδικαστικά ερωτήματα

1. Έχει το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχεία γ' και ζ', σε συνδυασμό με τις παραγράφους 6 και 7, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, την έννοια ότι αντιτίθεται σε τρόπο εφαρμογής κατά τον οποίο επιβάλλεται σε οικονομικό φορέα η υποχρέωση να προσκομίσει με δική του πρωτοβουλία τα αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με τα μέτρα που έχει λάβει προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του;
2. Σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, έχει το υπό την ανωτέρω έννοια ερμηνευόμενο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχεία γ' και ζ', σε συνδυασμό με τις παραγράφους 6 και 7, της [οδηγίας 2014/24] άμεσο αποτέλεσμα;

Παρατιθέμενες διατάξεις του δικαίου της Ένωσης

- Άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχεία γ' και ζ', και παράγραφοι 6 και 7, άρθρο 69, παράγραφος 1, καθώς και άρθρο 90 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65, και διορθωτικό ΕΕ 2016, L 135, σ. 120).
- Γενική δικαιοκή αρχή της κατ' αντιμωλία διαδικασίας.
- Εκτελεστικός κανονισμός (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής, της 5ης Ιανουαρίου 2016, για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕ 2016, L 3, σ. 16, και διορθωτικό ΕΕ 2018, L 017, σ. 65).

Παρατιθέμενες διατάξεις του εθνικού δικαίου

- Άρθρα 23 και 24 του wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (νόμου της 15ης Ιουνίου 2006 για τις δημόσιες συμβάσεις και για ορισμένες συμβάσεις έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών).

- Άρθρα 2 και 3 του wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (νόμου της 29ης Ιουλίου 1991 για τη ρητή αιτιολόγηση των διοικητικών πράξεων).
- Άρθρο 70 του wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (νόμου της 17ης Ιουνίου 2016 για τις δημόσιες συμβάσεις).
- Άρθρο 61, παράγραφοι 1 και 2, του koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (βασιλικού διατάγματος της 15ης Ιουλίου 2011 για τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων στους συνήθεις τομείς).
- Άρθρο 20 των algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken gevoegd als bijlage bij het Koninklijk besluit van 26 september 1996 (προσαρτημένων ως παράρτημα στο βασιλικό διάταγμα της 26ης Σεπτεμβρίου 1996 γενικών όρων συναλλαγών για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, καθώς και για τις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων).
- Γενικές δικαιοκτικές αρχές περί χρηστής διοίκησης: αρχές της ισότητας, του ανταγωνισμού, της επιμέλειας και της διαφάνειας, καθώς και αρχή της επί της ουσίας αιτιολόγησης.

Συνοπτική έκθεση των πραγματικών περιστατικών και της διαδικασίας της κύριας δίκης

- 1 Η Υπηρεσία οδικής κυκλοφορίας και συγκοινωνιών της Περιφέρειας Φλάνδρας προκήρυξε τη σύναψη δημόσιας σύμβασης με αντικείμενο την εκτέλεση έργων οδοποιίας. Η σύμβαση ανατέθηκε με δημόσιο διαγωνισμό. Στην προκήρυξη επισημαινόταν ρητώς ότι η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να αποκλείσει όποιον προσφέροντα είχε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.
- 2 Με την απόφαση ανάθεσης, η προσφορά των προσφευγουσών, οι οποίες είχαν συστήσει από κοινού μια εταιρία ειδικού σκοπού, αποκλείστηκε από τη συμμετοχή στη σύμβαση, λόγω σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων. Στην αιτιολογία της έκθεσης ανάθεσης, στην οποία στηρίχθηκε η απόφαση ανάθεσης, παρατίθενται οι πράξεις που κρίθηκαν, για εκάστη των προσφευγουσών, ως σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα. Πρόκειται, μεταξύ άλλων, για παραβάσεις των κανόνων ασφάλειας και υγιεινής σε ναυπηγεία, πλημμελή οδική σήμανση και (τεχνικές) πλημμελίες κατά την εκτέλεση προγενέστερων κατασκευαστικών εργασιών.
- 3 Κατά της ανωτέρω απόφασης ανάθεσης, οι προσφεύγουσες άσκησαν προσφυγή ακυρώσεως ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου.

- 4 Το δικαστήριο αυτό έκρινε ότι για την επίλυση της διαφοράς απαιτείται ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης, ειδικότερα δε του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24.

Κυριότεροι ισχυρισμοί των διαδίκων της κύριας δίκης

- 5 Οι προσφεύγουσες προβάλλουν παράβαση των άρθρων 23 και 24 του προμνησθέντος νόμου της 15ης Ιουνίου 2006 και του άρθρου 57, παράγραφοι 4, 6 και 7, της οδηγίας 2014/24, παραβίαση της κατοχυρούμενης στην οδηγία αρχής *audi et alteram partem*, παράβαση των άρθρων 2 και 3 του νόμου της 29ης Ιουλίου 1991 («νόμου για την τυπική αιτιολόγηση»), καθώς και παραβίαση διαφόρων γενικών αρχών περί χρηστής διοίκησης.
- 6 Υποστηρίζουν ότι, προτού αποκλεισθούν λόγω εικαζόμενου σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, έπρεπε να τους δοθεί η δυνατότητα άμυνας, στο πλαίσιο της οποίας θα μπορούσαν να αποδείξουν ότι είχαν επιλύσει τα προβλήματα αυτά. Οι προμνησθείσες διατάξεις της οδηγίας προβλέπουν διαδικασία κατ' αντιμωλία, κατά την οποία ο προσφέρων δύναται να προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι τα προγενέστερα σφάλματα διορθώθηκαν ή αντιμετωπίστηκαν και επιπλέον ορίζουν ότι, ακόμη και στην περίπτωση που ο προσφέρων δεν αποδείξει ότι εν τω μεταξύ έχει επιλύσει τα προβλήματα, οι πράξεις όπως οι εν προκειμένω επίμαχες μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως λόγος αποκλεισμού του προσφέροντος κατ' ανώτατο όριο για τρία έτη.
- 7 Οι προσφεύγουσες επικαλούνται, στο πλαίσιο αυτό, το άμεσο αποτέλεσμα που έχουν οι προμνησθείσες διατάξεις της οδηγίας.

Μπορούν να αντιτάξουν την εν λόγω οδηγία, η οποία δεν μεταφέρθηκε εμπροθέσμως στη βελγική έννομη τάξη, στην καθής ως οργανισμό περιφερειακής αυτοδιοίκησης, δεδομένης της διασταλτικής ερμηνείας του όρου «κράτος» από το Δικαστήριο.

Κατά τις προσφεύγουσες, οι προμνησθείσες διατάξεις είναι άνευ όρων, σαφείς και ακριβείς. Η μνεία ότι τα κράτη μέλη πρέπει «να λάβουν κατάλληλα μέτρα» και η απλή επισήμανση, στις αιτιολογικές σκέψεις, ότι οι ακριβείς διαδικαστικοί και ουσιαστικοί όροι διαμορφώνονται από τα κράτη μέλη —όροι που, κατά την άποψη των προσφευγουσών, αφορούν αποκλειστικά τη διαδικασία— δεν σημαίνουν αφ' εαυτών ότι το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να αποδείξει την αυτοκάθαρσή του έχει θεσπισθεί υπό όρους.

Οι προσφεύγουσες επικαλούνται, μεταξύ άλλων, τη διάρθρωση της οδηγίας, η οποία, κατά την άποψή τους, έχει την έννοια ότι κάθε οικονομικός φορέας πρέπει να έχει τη δυνατότητα να αποδείξει ότι έχει λάβει μέτρα, όταν η αναθέτουσα αρχή είναι της άποψης ότι η ακεραιότητα του οικονομικού φορέα έχει πληγεί λόγω παραπτώματος. Συγκεκριμένα, ο προσφέρων μπορεί να γνωρίζει τι εκλαμβάνει η αναθέτουσα αρχή ως σοβαρό παράπτωμα, μόνον εφόσον τούτο του γνωστοποιηθεί. Κατά συνέπεια, «η κατ' αντιμωλία διαδικασία προϋποθέτει [...],

βάσει της ratio legis της, ότι ο έχων δικαίωμα να διατυπώσει αντιρρήσεις πρέπει να γνωρίζει ποιο μπορεί να είναι το αντικείμενο των αντιρρήσεών του». Ως εκ τούτου, δεν ευσταθεί ότι ο υποψήφιος και/ή ο προσφέρων πρέπει να μπορεί να αποδείξει «με δική του πρωτοβουλία» ότι έχει λάβει επανορθωτικά μέτρα. Κατά τις προσφεύγουσες, η υποχρέωση αυτή, η οποία επιβάλλεται από μελλοντική νομοθεσία, δεν έχει εφαρμογή στην επίμαχη σύμβαση και, επιπλέον, αντιβαίνει στην ουσία και στον σκοπό του άρθρου 57 της οδηγίας, το οποίο, όπως στην περίπτωση των ασυνήθιστων τιμών, προβλέπει διαδικασία κατ' αντιμωλία εξέτασης.

Επιπλέον, έχει παραβιασθεί και η ρητώς προβλεπόμενη στην οδηγία δικαιοκίνητη αρχή audi et alteram partem. Περαιτέρω, η καθής παρέβη το καθήκον επιμέλειας που υπέχει και παραβίασε την αρχή της διαφάνειας, την αρχή του θεμιτού ανταγωνισμού και την αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθότι οι προσφεύγουσες έτυχαν διαφορετικής μεταχείρισης από τους «Ευρωπαίους συναδέλφους» τους.

- 8 Η καθής αμφισβητεί, εν πρώτοις, ότι το άρθρο 57 της οδηγίας 2014/24 έχει άμεσο αποτέλεσμα. Αμφισβητεί ότι η παράγραφος 6 του άρθρου αυτού είναι άνευ όρων, σαφής και ακριβής. Τουλάχιστον όσον αφορά τα επανορθωτικά μέτρα, η απαίτηση αυτή δεν πληρούται, καθότι το άρθρο 57, παράγραφος 7, ορίζει ότι «[τ]α κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου». Συναφώς, η καθής παραπέμπει ταυτόχρονα στην αιτιολογική σκέψη 102 της οδηγίας. Επίσης, το γεγονός ότι το σύστημα επανορθωτικών μέτρων «αναλύεται» πολύ περιορισμένα στην οδηγία σημαίνει ότι τα κράτη μέλη διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τη μεταφορά των σχετικών διατάξεων της οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη. Επί παραδείγματι, η οδηγία δεν διευκρινίζει ούτε πότε ο υποψήφιος και/ή ο προσφέρων πρέπει να γνωστοποιήσει ότι έχουν ληφθεί επανορθωτικά μέτρα ούτε με ποιον τρόπο πρέπει να το πράξει. Το ότι τα κράτη μέλη διαθέτουν εκτεταμένες εξουσίες για να διαμορφώσουν δική τους ρύθμιση για τα επανορθωτικά μέτρα απορρέει επίσης από το γεγονός ότι η οδηγία καταλείπει στα κράτη μέλη τον καθορισμό του φορέα που είναι αρμόδιος για την αξιολόγηση των επανορθωτικών μέτρων, ήτοι το αν αυτός θα είναι η αναθέτουσα αρχή ή άλλο όργανο. Επίσης, υπέρ του εν λόγω συμπεράσματος συνηγορεί το γεγονός ότι ο Βέλγος νομοθέτης περιέλαβε και/ή διευκρίνισε θεμελιώδη ζητήματα σχετικά με τη ρύθμιση για τα επανορθωτικά μέτρα στην κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης ακόμα μελλοντική νομοθεσία (άρθρο 70 του νόμου της 17ης Ιουνίου 2016, με το οποίο μεταφέρθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη το άρθρο 57 της οδηγίας 2014/24).
- 9 Επικουρικώς, η καθής υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν αντιβαίνει στην προβλεπόμενη στην οδηγία ρύθμιση για την αυτοκάθαρση. Καθότι η οδηγία περιγράφει μόνο με πολύ γενικούς όρους το πώς πρέπει να διαμορφωθεί το σύστημα των επανορθωτικών μέτρων, είναι δύσκολο για τις αναθέτουσες αρχές να προσδιορίσουν ποιος είναι ο προσήκων τρόπος εφαρμογής της αυτοκάθαρσης βάσει του άρθρου 57, παράγραφος 6. Κατά συνέπεια, είναι λογικό, υπό τις συνθήκες αυτές, να κρίνεται εφαρμοστέος ο νόμος της 17ης Ιουνίου 2016, ο

οποίος επιβάλλει υποχρέωση εξ ίδιας πρωτοβουλίας προσκόμισης αποδείξεων για τα συγκεκριμένα μέτρα που έχουν ληφθεί, παρά το γεγονός ότι ο νόμος αυτός δεν είχε ακόμη τεθεί σε ισχύ. Τίποτα δεν εμπόδιζε τις προσφεύγουσες να γνωστοποιήσουν οι ίδιες τα οικεία επανορθωτικά μέτρα κατά την υποβολή της προσφοράς τους.

Η εν λόγω διαμόρφωση της ρύθμισης για τα επανορθωτικά μέτρα δεν αντιβαίνει, κατά την άποψη της καθής, στο άρθρο 57 της οδηγίας. Συγκεκριμένα, ο προσφέρων είναι σε θέση να εκτιμήσει καλύτερα από τον καθένα κατά πόσον εμπίπτει σε έναν από τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού και αν πρέπει, ως εκ τούτου, να λάβει επανορθωτικά μέτρα. Εν προκειμένω, η σοβαρότητα των παραπτωμάτων που διαπράχθηκαν κατά την εκτέλεση προγενέστερων κατασκευαστικών συμβάσεων ήταν πρόδηλη, ιδίως δεδομένου ότι οι εν λόγω συμβάσεις είχαν ανατεθεί επίσης από την καθής.

Όσον αφορά τη σύγκριση με τη διαδικασία κατ' αντιμωλία εξέτασης στις περιπτώσεις ασυνήθιστων τιμών, η καθής ισχυρίζεται επίσης ότι, όπως προκύπτει από το ίδιο το άρθρο 57, παράγραφος 6, και από τη σύγκριση με το άρθρο 69, παράγραφος 1, της οδηγίας, υπάρχει θεμελιώδης διαφορά μεταξύ των διατάξεων αυτών.

Περαιτέρω, η καθής επικαλείται τον εκτελεστικό κανονισμό 2016/7, στον οποίο έχει προσαρτηθεί ως παράρτημα υπόδειγμα εντύπου που παρέχει τη δυνατότητα να δηλωθεί, σε συνάρτηση με κάθε προαιρετικό λόγο αποκλεισμού, συμπεριλαμβανομένων των σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, τα οποία αποτελούν αντικείμενο της υπό κρίση υπόθεσης, αν έχουν ληφθεί μέτρα αυτοκάθαρσης και, εφόσον συντρέχει τέτοια περίπτωση, να περιγραφούν τα μέτρα αυτά. Κατά συνέπεια, από την οδηγία 2014/24 συνάγεται, όπως υποστηρίζει επίσης η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, ότι απόκειται στον υποψήφιο και/ή στον προσφέροντα να αναλάβει ο ίδιος την πρωτοβουλία και να γνωστοποιήσει στην αναθέτουσα αρχή τα τυχόν ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα.

Επιπλέον, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η διαδικασία αυτοκάθαρσης διαφέρει ανάλογα με τον οικείο λόγο αποκλεισμού. Δεδομένου ότι η οδηγία αποσκοπεί σε σημαντική διοικητική απλούστευση της διαδικασίας σύναψης δημόσιων συμβάσεων, δεν είναι δυνατόν ο Ευρωπαίος νομοθέτης να είχε την πρόθεση να προβλέψει διαφορετικές διαδικασίες στο πεδίο της αυτοκάθαρσης.

Όλως επικουρικώς, η καθής υποστηρίζει ότι δεν παραβιάστηκαν οι αρχές της χρηστής διοίκησης. Τέλος, παραπέμπει στην πάγια νομολογία του Raad van State σχετικά με το δικαίωμα ακρόασης και εκθέτει ότι οι αναθέτουσες αρχές που επιθυμούν να λάβουν απόφαση αποκλεισμού δεν οφείλουν κατ' αρχήν να διεξάγουν ακρόαση, καθότι ούτε ανακαλούν κάποιο ήδη παραχωρηθέν πλεονέκτημα ούτε επιβάλλουν κύρωση, αλλά απλώς αρνούνται να χορηγήσουν ζητηθέν πλεονέκτημα.

Συνοπτική έκθεση του σκεπτικού της απόφασης περί παραπομπής

- 10 Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει κατ' αρχάς ότι η προκήρυξη της σύμβασης δημοσιεύθηκε στις 11 και στις 13 Μαΐου 2016, ήτοι μετά την εκπνοή της προθεσμίας μεταφοράς της οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη, στις 18 Απριλίου 2016. Από την ημερομηνία αυτή έπρεπε επίσης να αρχίσει να χρησιμοποιείται το μνημονευόμενο στον εκτελεστικό κανονισμό 2016/7 τυποποιημένο έντυπο για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης. Στο έντυπο αυτό, παρέχεται η δυνατότητα, στο τμήμα που επιγράφεται «Λόγοι αποκλεισμού», να δηλωθεί αν ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και, εφόσον συντρέχει τέτοια περίπτωση, να περιγράψει τα μέτρα αυτά.

Το εφαρμοστέο στη διαφορά της κύριας δίκης άρθρο 61, παράγραφος 2, σημείο 4, του βασιλικού διατάγματος του 2011, βάσει του οποίου αποκλείστηκαν οι προσφεύγουσες, προέβλεπε ότι οι υποψήφιοι και/ή οι προσφέροντες που υπέπιπταν σε σοβαρό παράπτωμα στο πλαίσιο της επαγγελματικής τους δραστηριότητας μπορούσαν να αποκλεισθούν σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης.

Περαιτέρω, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι ο νόμος της 17ης Ιουνίου 2016, ο οποίος προβλέπει διαδικασία κατά την οποία οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες που ενδέχεται να αποκλεισθούν λόγω σοβαρών παραπτωμάτων δύναται να αποδείξουν με δική τους πρωτοβουλία ότι έχουν λάβει «επανορθωτικά μέτρα», δεν είχε ακόμα τεθεί σε ισχύ κατά την ημερομηνία έκδοσης της προσβαλλομένης απόφασης.

Στο πλαίσιο της εκτίμησης της προσφυγής ακυρώσεως, πρέπει να απαντηθεί το ερώτημα αν, βάσει του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχεία γ' και ζ', σε συνδυασμό με τις παραγράφους 6 και 7, της οδηγίας 2014/24, (επιτρέπεται ή) απαγορεύεται η εφαρμογή των διατάξεων αυτών κατά τρόπο ώστε να αποκλείεται οικονομικός φορέας ο οποίος —όπως εν προκειμένω— έχει υποπέσει, κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής, σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και δεν έχει γνωστοποιήσει με δική του πρωτοβουλία τη λήψη τυχόν επανορθωτικών μέτρων, χωρίς να του έχει δοθεί η —ρητώς προβλεπόμενη σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή προτίθεται να λάβει απόφαση αποκλεισμού— δυνατότητα να προσκομίσει στοιχεία από τα οποία να προκύπτει η λήψη τυχόν μέτρων, προκειμένου να αποδείξει ότι είναι παρά ταύτα αξιόπιστος, ή χωρίς να επιτάσσεται τούτο από την προκήρυξη και/ή από τα έγγραφα διαγωνισμού.

Εάν στο ανωτέρω ερώτημα προσήκει η απάντηση ότι η οδηγία επιτρέπει τον εν λόγω τρόπο εφαρμογής, παρέλκει η ενδελεχέστερη εξέταση του ζητήματος κατά πόσον οι σχετικές διατάξεις της οδηγίας έχουν άμεσο αποτέλεσμα.

Ωστόσο, ούτε από τη διατύπωση των εν λόγω διατάξεων ούτε από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει σαφώς πώς πρέπει να απαντηθεί το ερώτημα αυτό.

Συγκεκριμένα, στην προγενέστερη νομολογία του Δικαστηρίου, ιδίως στην απόφαση της 24ης Οκτωβρίου 2018, *Vossloh Laeis* (C-124/17, EU:C:2018:855, σκέψεις 20 έως 23 και διατακτικό), σχετικά με τη ρύθμιση για την αυτοκάθαρση δεν έχει εξετασθεί το εν προκειμένω τιθέμενο ζήτημα, ήτοι το ζήτημα αν το άρθρο 57, παράγραφος 6, της οδηγίας έχει την έννοια ότι οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να δηλώνουν με δική τους πρωτοβουλία τα μέτρα αυτοκάθαρσης ή αν πρέπει τούτο να τους ζητείται, προτού ληφθεί απόφαση σχετικά με τον αποκλεισμό τους.

Η διατύπωση της σχετικής διάταξης της οδηγίας δεν είναι καθόλου διαφωτιστική ως προς το ζήτημα αυτό, καθότι εκεί αναγράφονται απλώς τα εξής: «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού». Επίσης, η αιτιολογική σκέψη 102 της οδηγίας περιορίζεται να επισημαίνει γενικώς ότι «[ο]ι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας».

Στο τυποποιημένο έντυπο που περιλαμβάνεται στον εκτελεστικό κανονισμό 2016/7, παρέχεται, στο τμήμα που επιγράφεται «Λόγοι αποκλεισμού», η δυνατότητα να δηλωθεί αν ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και, εφόσον συντρέχει τέτοια περίπτωση, να περιγράψει τα μέτρα αυτά.

Ωστόσο, οι πιθανοί λόγοι αποκλεισμού αφορούν διαφορετικά πραγματικά περιστατικά. Σε ορισμένες περιπτώσεις, μπορεί να είναι σαφές στον οικονομικό φορέα κατά πόσον συντρέχει ο οικείος λόγος αποκλεισμού ή όχι. Σε άλλες περιπτώσεις λόγων αποκλεισμού, τούτο είναι λιγότερο προφανές. Υπάρχουν υποχρεωτικοί και προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού. Όταν τίθεται ζήτημα «σοβαρού παραπτώματος», όπως είναι τα επίμαχα στην υπό κρίση υπόθεση παραπτώματα, απόκειται, κατά την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας, στην αναθέτουσα αρχή να εξακριβώσει κατά πόσον συντρέχει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Στην περίπτωση αυτή, ο χαρακτηρισμός του παραπτώματος από την αναθέτουσα αρχή δεν είναι πάντα δυνατόν να προβλεφθεί από τον ενδιαφερόμενο προσφέροντα. Πρέπει τότε ο προσφέρων να ενεργεί με δική του πρωτοβουλία ή οφείλει η αναθέτουσα αρχή, μόλις διαπιστώνει την ύπαρξη σοβαρού παραπτώματος που ενδέχεται να επισύρει τον αποκλεισμό, να προβλέπει την διεξαγωγή κατ' αντιμωλία διαδικασίας;

Επιπλέον, τα μέτρα αυτοκάθαρσης θα μπορούσαν να συμπεριληφθούν στην εξέταση της αναλογικότητας του μέτρου αποκλεισμού. Η ερμηνεία υπό την έννοια ότι πρέπει να προβλέπεται κατ' αντιμωλία διαδικασία προτού ληφθεί πράγματι απόφαση σχετικά με τον αποκλεισμό φαίνεται επίσης να προάγει τον ανταγωνισμό.

Ένα αντεπιχείρημα που μπορεί να προβληθεί είναι ότι, στην περίπτωση που καταλείπεται στον προσφέροντα η ανάληψη πρωτοβουλίας, αυξάνονται οι πιθανότητες να διαθέτουν πολλές αναθέτουσες αρχές τις ίδιες πληροφορίες, όταν πρέπει να εκδώσουν απόφαση ανάθεσης, και υπάρχει, υπό την έννοια αυτή, μεγαλύτερη διαφάνεια.

Όσον αφορά τον παραλληλισμό με τη ρύθμιση για τη διερεύνηση των ασυνήθιστων τιμών, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι το άρθρο 69 της οδηγίας, το οποίο αφορά τις ασυνήθιστα χαμηλές τιμές, επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση να προβεί σε ορισμένες θετικές ενέργειες, πράγμα που δεν προβλέπεται ρητώς στην περίπτωση της ρύθμισης για την αυτοκάθαρση του άρθρου 57, παράγραφος 6. Περαιτέρω, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει επίσης τους διαφορετικούς σκοπούς που επιδιώκονται από τη ρύθμιση για τις ασυνήθιστες τιμές και από τη ρύθμιση για την αυτοκάθαρση.

- 11 Όσον αφορά το άμεσο αποτέλεσμα των επίμαχων διατάξεων, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι το Δικαστήριο δεν έχει μέχρι τούδε αποφανθεί επί του ζητήματος αυτού. Ωστόσο, διαπιστώνεται ότι το άρθρο 57, παράγραφος 6, της οδηγίας 2014/24 απαιτεί τη λήψη πρόσθετων μέτρων για να μπορεί να εφαρμοσθεί, ιδίως όταν ορίζει ότι κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει σχετικός λόγος αποκλεισμού. Το ίδιο ισχύει και για το άρθρο 57, παράγραφος 7, της εν λόγω οδηγίας. Συγκεκριμένα, η οδηγία δεν ορίζει ούτε πότε ο υποψήφιος και/ή ο προσφέρων πρέπει να δηλώσει ότι έχουν ληφθεί επανορθωτικά μέτρα ούτε με ποιον τρόπο πρέπει να το πράξει και ποιος επιφορτίζεται με την αξιολόγηση των μέτρων.
- 12 Αφετέρου όμως, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι η διατύπωση διάταξης που ορίζει ότι το κράτος μέλος «οφείλει να λάβει κατάλληλα μέτρα» δεν αποκλείει αφ' εαυτής την άνευ όρων και με επαρκή ακρίβεια αναγνώριση ορισμένου δικαιώματος από την οδηγία. Καίτοι προδήλως δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι οι διατάξεις για την αυτοκάθαρση έχουν στο σύνολό τους άμεσο αποτέλεσμα, ωστόσο τούτο δεν αποκλείεται εντελώς όσον αφορά ορισμένα σκέλη των διατάξεων αυτών, τα οποία λογίζονται ως ελάχιστες εγγυήσεις.

Σε περίπτωση που το Δικαστήριο είναι της άποψης ότι η παρεχόμενη στον προσφέροντα, βάσει του άρθρου 57, παράγραφος 6, της οδηγίας 2014/24, δυνατότητα να αποδείξει την αξιοπιστία του παρά τον αποκλεισμό του λόγω σοβαρού παραπτώματος συνεπάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει σε κάθε περίπτωση να παρέχει σε προσφέροντα τη δυνατότητα αυτή προτού τον αποκλείσει για αυτόν τον λόγο, εγείρεται επομένως το ερώτημα αν πρόκειται στην περίπτωση αυτή για ορισμένου είδους ελάχιστη προστασία, η οποία μπορεί σαφέστατα να προσδιορισθεί με ακρίβεια με βάση την οδηγία.

- 13 Καθότι, συνεπώς, υπάρχουν αμφιβολίες όσον αφορά την ερμηνεία των κρίσιμων διατάξεων, το αιτούν δικαστήριο αποφάσισε να υποβάλει στο Δικαστήριο τα προπαρατεθέντα προδικαστικά ερωτήματα.

ΕΓΓΡΑΦΟ ΕΡΓΑΣΙΑΣ