

Υπόθεση C-416/21

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

Ημερομηνία κατάθεσης:

7 Ιουλίου 2021

Αιτούν δικαστήριο:

Bayerisches Oberstes Landesgericht (Γερμανία)

Ημερομηνία της απόφασης του αιτούντος δικαστηρίου:

24 Ιουνίου 2021

Καθής και ασκούσα ένδικο μέσο:

Landkreis A.-F.

Προσφεύγοντες και καθών το ένδικο μέσο:

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

Αντικείμενο της κύριας δίκης

Προσφυγή κατά του αποκλεισμού δύο συνδεδεμένων προσφερόντων από διαδικασία προμήθειας λόγω παραβίασης της αρχής του απορρήτου του ανταγωνισμού και λόγω στρέβλωσης του ανταγωνισμού

Αντικείμενο και νομική βάση της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως

Ερμηνεία 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· άρθρο 267 ΣΛΕΕ

Προδικαστικά ερωτήματα

1. Έχει το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ΄, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που καταδεικνύουν παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ εκ μέρους των οικονομικών φορέων;
2. Έχει το άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ως διάταξη που ρυθμίζει εξαντλητικώς τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού, την έννοια ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης (άρθρο 18, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας) δεν μπορεί –σε περίπτωση υποβολής προσφορών οι οποίες δεν είναι ούτε αυτοτελείς ούτε ανεξάρτητες– να αντιτίθεται στην ανάθεση δημόσιας σύμβασης;
3. Έχει το άρθρο 18, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ την έννοια ότι αντιτίθεται στην ανάθεση της δημόσιας σύμβασης σε επιχειρήσεις που αποτελούν οικονομική μονάδα και καθεμία εξ αυτών έχει υποβάλει προσφορά;

Το δεύτερο και το τρίτο ερώτημα χρήζουν απαντήσεως μόνο σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα.

Σχετικές διατάξεις του δικαίου της Ένωσης

Οδηγία 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): άρθρο 18, παράγραφος 1, και άρθρο 57, παράγραφος 4

Σχετικές διατάξεις του εθνικού δικαίου

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (νόμος κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, στο εξής: GWB), άρθρα 1, 97 και 124:

Άρθρο 1 – Απαγόρευση συμφωνιών που περιορίζουν τον ανταγωνισμό

Απαγορεύονται οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και οι εναρμονισμένες πρακτικές που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού.

Άρθρο 97 – Αρχές που διέπουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων

(1) Οι δημόσιες συμβάσεις και οι παραχωρήσεις ανατίθενται μέσω διαγωνισμού και μέσω διαφανών διαδικασιών. Πρέπει να τηρούνται οι αρχές της αποδοτικότητας και της αναλογικότητας.

(2) Οι μετέχοντες σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης πρέπει να αντιμετωπίζονται ισότιμα, εκτός αν απαιτείται ρητώς ή επιτρέπεται διαφορετική μεταχείριση δυνάμει του παρόντος νόμου.

Άρθρο 124 – Προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού

(1) Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, να αποκλείουν επιχείρηση από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας αυτής, όταν

[...]

2. [...] έχει υποβληθεί αίτηση ή έχει κινηθεί διαδικασία αφερεγγυότητας ή ανάλογη διαδικασία όσον αφορά την περιουσία της επιχείρησης, [...]
3. η επιχείρηση έχει, στο πλαίσιο της επαγγελματικής της δραστηριότητας, διαπράξει αποδεδειγμένα σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ικανό να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα της επιχείρησης· [...]
4. η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκείς ενδείξεις που καταδεικνύουν ότι η επιχείρηση έχει συνάψει με άλλες επιχειρήσεις συμφωνίες ή έχει συμφωνήσει εναρμονισμένες πρακτικές που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού,

[...]

8. η επιχείρηση έχει διαπράξει σοβαρή εξαπάτηση ή έχει αποκρύψει πληροφορίες σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού ή τα κριτήρια επιλογής [...]

Συνοπτική έκθεση των πραγματικών περιστατικών και της πορείας της διαδικασίας

1. Η καθής η προσφυγή Περιφέρεια προτίθεται να αναθέσει, με ανοικτή διαδικασία, υπηρεσίες δημοσίων μεταφορών με λεωφορείο. Η εκτιμώμενη αξία της ανάθεσης υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 4, στοιχείο γ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Σύμφωνα με τη γνωστοποίηση προκήρυξης της σύμβασης, η τιμή δεν είναι το μοναδικό κριτήριο ανάθεσης, ενώ δεν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικών προσφορών.
2. Υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα πλείονες προσφορές, μεταξύ άλλων και από τους δύο προσφεύγοντες. Ο πρώτος προσφεύγων είναι έμπορος ο οποίος ενεργεί υπό την εταιρική του επωνυμία που έχει καταχωρηθεί στο εμπορικό μητρώο, η δε δεύτερη προσφεύγουσα είναι εταιρία περιορισμένης ευθύνης, διαχειριστής και μοναδικός εταίρος της οποίας είναι ο πρώτος προσφεύγων. Με απόφαση της 1ης Νοεμβρίου 2019 κινήθηκε διαδικασία αφερεγγυότητας όσον αφορά την περιουσία του

πρώτου προσφεύγοντος. Με έγγραφο της 1ης Δεκεμβρίου 2019, ο σύνδικος επέτρεψε την άσκηση της ανεξάρτητης δραστηριότητας του πρώτου προσφεύγοντος. Οι προσφορές των δύο προσφευγόντων της 27ης Φεβρουαρίου 2020 κατατέθηκαν από το ίδιο πρόσωπο, σε αμφότερες δε τις περιπτώσεις ο πρώτος προσφεύγων καταχωρήθηκε ως το πρόσωπο που υπέβαλε τη δήλωση. Ο πρώτος προσφεύγων δήλωσε στην προσφορά του, μεταξύ άλλων, ότι όσον αφορά την περιουσία της επιχείρησης δεν έχει κατατεθεί αίτηση ούτε έχει κινηθεί διαδικασία αφερεγγυότητας.

- 3 Στις 2 Απριλίου 2020, γνωστοποιήθηκε και στους δύο προσφεύγοντες χωριστά ότι οι προσφορές αποκλείστηκαν λόγω παραβίασης της αρχής του απορρήτου του ανταγωνισμού και λόγω στρέβλωσης του ανταγωνισμού με την αιτιολογία ότι συντάχθηκαν από το ίδιο πρόσωπο.
- 4 Κατά της απόφασης αυτής προσέφυγαν αμφότεροι οι προσφεύγοντες ενώπιον του Vergabekammer (οργάνου επίλυσης διαφορών από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων), το οποίο έκανε δεκτή την προσφυγή τους. Η καθής άσκησε κατά της απόφασης του Vergabekammer (οργάνου επίλυσης διαφορών από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων) ένδικο μέσο ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου.

Κύρια επιχειρήματα των διαδίκων της κύριας δίκης

- 5 Οι προσφεύγοντες ισχυρίζονται ότι δεν συντρέχει παραβίαση της αρχής του απορρήτου του ανταγωνισμού ούτε στρέβλωση του ανταγωνισμού. Λόγω της ευρύτατης διευθυντικής εξουσίας του πρώτου προσφεύγοντος καθώς και του απόλυτου ελέγχου επί της δεύτερης προσφεύγουσας, οι προσφεύγοντες αποτελούσαν ενιαία επιχείρηση εντός της οποίας δεν υπήρχε ανταγωνισμός. Ανταγωνισμός που δεν υπάρχει δεν μπορεί να περιορισθεί ή να στρεβλωθεί. Οι κανόνες περί ανταγωνισμού που προβλέπονται στο άρθρο 97, παράγραφος 1, του GWB δεν εφαρμόζονται σε επιχειρήσεις που αποτελούν οικονομική μονάδα. Οι προσφορές των προσφευγόντων έπρεπε να εξετασθούν σαν να ήταν πλείονες (κύριες) προσφορές που υποβλήθηκαν από τον ίδιο προσφέροντα. Τούτο δεν απαγορευόταν εν προκειμένω βάσει των εγγράφων του διαγωνισμού. Σε τέτοια περίπτωση δεν υφίσταται κίνδυνος στρέβλωσης του ανταγωνισμού και, εν πάση περιπτώσει, δεν δημιουργείται πρόβλημα όταν οι προσφορές διακρίνονται όχι μόνον ως προς την τιμή αλλά και από ουσιαστικής-τεχνικής απόψεως. Η απαίτηση αυτή πληρούται εν προκειμένω δεδομένου ότι οι προσφορές τους περιελάμβαναν διαφορετικούς συνδυασμούς οχημάτων.
- 6 Οι προσφεύγοντες επικαλούνται ιδίως την απόφαση του Δικαστηρίου της 17ης Μαΐου 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324). Σε αυτήν, το Δικαστήριο διέκρινε με σαφήνεια δύο περιπτώσεις. Μόνο ως προς τη δεύτερη περίπτωση κατά την οποία οι οικείες επιχειρήσεις δεν αποτελούν οικονομική μονάδα, το Δικαστήριο παρατήρησε (σκέψη 29) ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης του άρθρου 2 της οδηγίας 2004/18 θα παραβιαζόταν αν γινόταν

δεκτό ότι οι συνδεδεμένοι προσφέροντες μπορούν να υποβάλουν συντονισμένες ή συμπεφωνημένες προσφορές, ήτοι μη αυτοτελείς ή ανεξάρτητες προσφορές, οι οποίες θα ήταν ικανές να τους προσδώσουν με τον τρόπο αυτό μη δικαιολογημένα πλεονεκτήματα σε σχέση με άλλους προσφέροντες. Η επακόλουθη συμπλήρωση ότι δεν χρειάζεται να εξετασθεί αν η υποβολή τέτοιων προσφορών συνιστά επίσης συμπεριφορά αντίθετη προς το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, υπογραμμίζει κατηγορηματικώς ότι το σύνολο των διαλαμβανομένων στη σκέψη 29 εφαρμόζεται μόνο σε περίπτωση που δεν υφίσταται οικονομική μονάδα.

7. Εν προκειμένω, οι προσφεύγοντες αποτελούσαν οικονομική μονάδα και δεν αποκόμισαν κανένα μη δικαιολογημένο πλεονέκτημα. Από την αρχή της ίσης μεταχείρισης, σύμφωνα με την οποία διαφορετικές καταστάσεις δεν πρέπει να τυγχάνουν ίδιας μεταχείρισης, προκύπτει ότι οι προσφέροντες δεν μπορούν να αποκλεισθούν σε περίπτωση επιτρεπτής συμφωνίας.
8. Η καθής υποστηρίζει, ειδικότερα, ότι το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων έχει ως αποστολή να μεριμνά για τον πραγματικό ανταγωνισμό μεταξύ των προσφερόντων που μετέχουν στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, οι οποίοι έχουν την αξίωση οι προσφορές να υποβάλλονται χωρίς να είναι γνωστές οι προσφορές των λοιπών προσφερόντων. Η παραβίαση της αρχής αυτής σε περίπτωση κατά την οποία δύο προσφέροντες αποτελούν οικονομική μονάδα παραβλέπει τα συμφέροντα των λοιπών προσφερόντων. Οι προσφέροντες που αποτελούν οικονομική μονάδα ευνοούνται σε σχέση με τους λοιπούς προσφέροντες χωρίς έγκυρη νομική βάση, γεγονός που συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και προσβολή και στρέβλωση του ανταγωνισμού που πρέπει να προστατευθεί. Συγκεκριμένα, οι επιχειρήσεις αυτές οι οποίες αποτελούν οικονομική μονάδα μπορούν, δεδομένου ότι τυπικά αποτελούσαν δύο διαφορετικά υποκείμενα δικαίου, να αποκομίσουν πλεονέκτημα, παραδείγματος χάριν, μετέχοντας στον διαγωνισμό μέσω συμπεφωνημένων προσφορών προσκομίζοντας αποδείξεις για διαφορετικά κριτήρια επιλογής. Αν ένας προσφέρων εκ της οικονομικής μονάδας αποκλεισθεί επειδή δεν πληρούνται τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής, ο έτερος προσφέρων εκ της οικονομικής μονάδας εξακολουθεί να μετέχει στον διαγωνισμό με την προσφορά που έχει συμφωνηθεί μεταξύ των προσφερόντων αυτών. Οι συμφωνίες και οι εναρμονισμένες πρακτικές που μνημονεύονται στο άρθρο 124, παράγραφος 1, σημείο 4, του GWB δεν αποσκοπούν αποκλειστικά στην προστασία του ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που εμπλέκονται σε τέτοιες συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές.
9. Ούτε η απόφαση Specializuotas transportas στηρίζει την άποψη των προσφευγόντων, αλλά αντιθέτως σύμφωνα με αυτήν η παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας εμποδίζει την ανάθεση της σύμβασης στους προσφεύγοντες. Εν πάση περιπτώσει, πρόκειται για παράνομη υποβολή διπλής προσφοράς.

Συνοπτική έκθεση του σκεπτικού της αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως

- 10 Σύμφωνα με το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα 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. Σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της αιτιολογικής σκέψης 101, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι λόγω σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού.
- 11 Κατά τη μεταφορά της εν λόγω διάταξης στην εθνική έννομη τάξη, ο Γερμανός νομοθέτης επανέλαβε στο άρθρο 124, παράγραφος 1, σημείο 4, του GWB, τη διατύπωση του άρθρου 1 του GWB σχετικά με την απαγόρευση των περιοριστικών του ανταγωνισμού συμφωνιών, η οποία είναι σε μεγάλο βαθμό πανομοιότυπη με εκείνη του άρθρου 101 ΣΛΕΕ.
- 12 Το άρθρο 101 ΣΛΕΕ δεν έχει εφαρμογή όταν οι απαγορευόμενες κατά το άρθρο αυτό συμφωνίες ή πρακτικές διενεργούνται μεταξύ επιχειρήσεων που αποτελούν οικονομική μονάδα (απόφαση του Δικαστηρίου *Specializuotas transportas*, σκέψη 28 με περαιτέρω παραπομπές, και απόφαση του Δικαστηρίου της 12ης Ιουλίου 1984, *Hydrotherm*, C-170/83, EU:C:1984:271, σκέψη 11).
- 13 Κατά την άποψη του δικάζοντος τμήματος, οι προσφεύγοντες αποτελούν οικονομική μονάδα υπό την έννοια αυτή. Δύο οικονομικοί φορείς πρέπει να θεωρούνται οικονομική μονάδα, δηλαδή μία επιχείρηση κατά την έννοια του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, όταν η θυγατρική, μολονότι έχει χωριστή νομική προσωπικότητα, δεν καθορίζει αυτοτελώς τη συμπεριφορά της στην αγορά, αλλά εφαρμόζει κυρίως τις οδηγίες της μητρικής εταιρίας, λαμβανομένων, ιδίως, υπόψη των οικονομικών, οργανωτικών και νομικών δεσμών που υφίστανται μεταξύ των δύο νομικών αυτών προσώπων (πρβλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της 27ης Ιανουαρίου 2021, *Goldman Sachs*, C-595/18, EU:C:2021:73, σκέψη 31, και της 24ης Ιουνίου 2015, *Fresh Del Monte Produce* κατά Επιτροπής και Επιτροπή κατά *Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P και C-294/13 P, EU:C:2015:416, σκέψη 75 με περαιτέρω παραπομπές) Το γεγονός ότι η «μητρική» δεν είναι εν προκειμένω εταιρία, αλλά έμπορος που ασκεί ατομική επιχείρηση νομίμως καταχωρημένη, δεν οδηγεί σε διαφορετικό αποτέλεσμα.
- 14 Υπό τις συνθήκες αυτές, το δικάζον τμήμα διερωτάται αν το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ έχει την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που καταδεικνύουν παράβαση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ.

- 15 Κατά την άποψη του δικάζοντος τμήματος, στο πρώτο ερώτημα πρέπει να δοθεί καταφατική απάντηση δεδομένου ότι στην αιτιολογική σκέψη 101 γίνεται λόγος για παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού.
- 16 Κατά το δικάζον τμήμα, το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δυνάμει της εν λόγω διάταξης μπορούν να αποκλείονται επίσης συνδεδεμένοι προσφέροντες που αποτελούν οικονομική μονάδα και υποβάλλουν συμπεφωνημένες προσφορές. Αντιθέτως, η μη τήρηση της αρχής του απορρήτου του ανταγωνισμού δεν μπορεί να δικαιολογήσει τον αποκλεισμό δυνάμει του εν λόγω κανόνα παρά μόνον στο μέτρο που παραβιάζει κανόνα του δικαίου περί συμπράξεων· τούτο δεν συμβαίνει όταν οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις εμπίπτουν στο λεγόμενο προνόμιο του ομίλου του δικαίου περί συμπράξεων.
- 17 Στην υπό κρίση περίπτωση, το δικάζον τμήμα εκτιμά επίσης ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο γ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το οποίο στη θεωρία αναφέρεται ως διάταξη καταλαμβάνουσα τις περιπτώσεις που δεν καλύπτονται από άλλη διάταξη).
- 18 Βεβαίως, οι προσφέροντες που αποτελούν οικονομική μονάδα και υποβάλλουν χωριστή προσφορά, μπορούν με αυτόν τον τρόπο να αποκομίσουν μη δικαιολογημένα πλεονεκτήματα έναντι των λοιπών προσφερόντων. Συγκεκριμένα, οι προσφέροντες που αποτελούν οικονομική μονάδα και υποβάλλουν χωριστή προσφορά έχουν έναντι του προσφέροντος ο οποίος υποβάλλει πλείονες κύριες προσφορές καλύτερες πιθανότητες ανάθεσης, λαμβανομένων υπόψη των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που αναφέρονται στο πρόσωπο του προσφέροντος. Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, λαμβανομένης υπόψη της κίνησης της διαδικασίας αφερεγγυότητας, υφίσταται, παραδείγματος χάριν, λόγος αποκλεισμού του πρώτου προσφεύγοντος δυνάμει του άρθρου 124, παράγραφος 4, σημείο 2 ή 8, του GWB, ενώ η προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας η οποία συμφωνήθηκε με τον πρώτο προσφεύγοντα εξακολουθεί –υπό την επιφύλαξη αποκλεισμού δυνάμει άλλου κανόνα– να τελεί υπό αξιολόγηση. Βεβαίως, το στοιχείο αυτό πρέπει κατά το δικάζον τμήμα να ληφθεί υπόψη για την απάντηση του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος.
- 19 Το δεύτερο και το τρίτο προδικαστικό ερώτημα οφείλονται στις αμφιβολίες του δικάζοντος τμήματος ως προς το αν η απαρίθμηση των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού στο άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ εμποδίζει την προσφυγή στην αρχή της ίσης μεταχείρισης προκειμένου να δικαιολογηθεί ότι οι προσφορές δύο προσφερόντων που αποτελούν οικονομική μονάδα δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη λόγω παραβίασης της αρχής του απορρήτου του ανταγωνισμού.
- 20 Με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα ζητείται να διευκρινισθεί αν η νομολογία του Δικαστηρίου (απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07,

[EU:C:2008:731], σκέψεις 44 επ.) μπορεί να εφαρμοσθεί και επί του άρθρου 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

- 21 Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με την οδηγία 2004/18/ΕΚ, το άρθρο 2 της εν λόγω οδηγίας έχει την έννοια ότι απαγορεύει την ανάθεση σε προσφέροντες οι δεσμοί μεταξύ των οποίων είχαν επιρροή επί του περιεχομένου των υποβληθεισών στο πλαίσιο του ιδίου διαγωνισμού προσφορών τους. Οι προσφορές πρέπει να υποβάλλονται με πλήρη αυτοτέλεια και ανεξαρτησία όταν προέρχονται από συνδεδεμένους προσφέροντες (απόφαση *Specializuotas transportas*, σκέψεις 38 επ.). Το δικάζον τμήμα εκτιμά ότι σύμφωνα με τη νομολογία αυτή –αντιθέτως προς ό,τι προβλέπει το άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ («μπορεί»)– η αναθέτουσα αρχή δεν διαθέτει κανένα περιθώριο εκτίμησης.
- 22 Εντούτοις, αποκλεισμός –στηριζόμενος στις γενικές αρχές του άρθρου 97, παράγραφοι 1 και 2, του ΓΒΒ– μπορεί να εξετασθεί σε περιπτώσεις όπως η επίμαχη μόνον αν η απαρίθμηση των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού που προβλέπονται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν έχει εξαντλητικό χαρακτήρα, ο οποίος θα απαγόρευε τον αποκλεισμό αυτόν.
- 23 Βεβαίως, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η εξαντλητική απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού που στηρίζονται στην έλλειψη επαγγελματικών προσόντων, οι οποίοι προβλέπονται στο άρθρο 24, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων, δεν αποκλείει, ωστόσο, την ευχέρεια των κρατών μελών να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν ουσιαστικούς κανόνες αποσκοπούντες, μεταξύ άλλων, στη διασφάλιση, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, καθώς και της συνακόλουθης αρχής της διαφάνειας, τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν σε κάθε διαδικασία ανάθεσης μιας τέτοιας σύμβασης (απόφαση *Μηχανική*, σκέψεις 44 επ.). Έχει κρίνει επίσης ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης του άρθρου 2 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ θα παραβιαζόταν αν γινόταν δεκτό ότι οι συνδεδεμένοι προσφέροντες μπορούν να υποβάλουν συντονισμένες ή συμπεφωνημένες προσφορές, ήτοι μη αυτοτελείς ή ανεξάρτητες προσφορές, οι οποίες θα ήταν ικανές να τους προσδώσουν με τον τρόπο αυτό μη δικαιολογημένα πλεονεκτήματα σε σχέση με άλλους προσφέροντες (απόφαση *Specializuotas transportas*, σκέψη 29), μολονότι το άρθρο 45, παράγραφος 2, της εν λόγω οδηγίας περιέχει επίσης κατάλογο προαιρετικών λόγων αποκλεισμού. Τέλος, το Δικαστήριο επικαλέσθηκε τη νομολογία αυτή σε αίτηση προδικαστικής αποφάσεως που αφορούσε την οδηγία 2014/24/ΕΕ (απόφαση της 11ης Ιουλίου 2019, *Telecom Italia*, C-697/17, EU:C:2019:599, σκέψεις 51 επ.).
- 24 Ωστόσο, οι αμφιβολίες του δικάζοντος τμήματος που στηρίζουν το προδικαστικό ερώτημα πηγάζουν από τη συστηματική διάρθρωση των κανόνων. Συγκεκριμένα, ούτε το άρθρο 24, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/37/ΕΟΚ ούτε το άρθρο 45, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18/ΕΚ προέβλεπαν τους λόγους αποκλεισμού που αντιστοιχούν στα στοιχεία ε' και στ' του άρθρου 57, παράγραφος 4, της

οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίοι δεν συνδέονται με παράβαση υποχρέωσης της επιχείρησης, αλλά με σύγκρουση συμφερόντων και στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της πρότερης συμμετοχής της επιχείρησης. Για τον λόγο αυτό, στη θεωρία υποστηρίζεται ότι ο νομοθέτης της Ένωσης θέσπισε διά της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, επίσης κατά τρόπο εξαντλητικό, έναν λόγο αποκλεισμού βάσει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Βεβαίως, το Δικαστήριο έχει συναγάγει από τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να εξακριβώνουν την ύπαρξη ενδεχόμενων περιπτώσεων συγκρούσεως συμφερόντων και να λαμβάνουν τα ενδεδειγμένα μέτρα για την πρόληψη, τον εντοπισμό και την αντιμετώπιση των περιπτώσεων αυτών (απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 43). Στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο στ', και το άρθρο 41 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ο νομοθέτης της Ένωσης αναφέρεται στη νομολογία του Δικαστηρίου –η οποία επίσης στηρίζεται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης– σχετικά με πρόσωπα που είχαν συμμετάσχει ήδη κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης (απόφαση της 3ης Μαρτίου 2005, Fabricom, C-21/03 και C-34/03, EU:C:2005:127, σκέψεις 26 επ.). Ωστόσο, λαμβανομένης υπόψη της σημασίας της αρχής της ίσης μεταχείρισης που υπογράμμισε το Δικαστήριο και των υποχρεώσεων που απορρέουν από αυτήν για την αναθέτουσα αρχή, το δικάζον τμήμα κλίνει προς την άποψη ότι, ανεξαρτήτως της επεκτάσεως του καταλόγου των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού στο άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η αρχή της ίσης μεταχείρισης εξακολουθεί να μην επιτρέπει να λαμβάνονται υπόψη προσφορές συνδεδεμένων επιχειρήσεων οι οποίες δεν είναι ούτε αυτοτελείς ούτε ανεξάρτητες. Ακόμη και αν έπρεπε να συνυπολογισθεί το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, πρέπει, κατά την εφαρμογή των –απλώς– προαιρετικών αυτών λόγων αποκλεισμού να λαμβάνουν υπόψη ιδίως την αρχή της αναλογικότητας, το δικάζον τμήμα τείνει να δώσει αρνητική απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα.

- 25 Το γεγονός ότι η εθνική νομολογία διαβλέπει στις εθνικές διατάξεις περί υποχρεωτικών και προαιρετικών λόγων αποκλεισμού εξαντλητική ρύθμιση βάσει της συστηματικής διάρθρωσης του νόμου, συνάδει κατά το δικάζον τμήμα με τη νομολογία του Δικαστηρίου (απόφαση Μηχανική, σκέψη 43) και δεν εμποδίζει την προσφυγή στην αρχή της ίσης μεταχείρισης προκειμένου να δικαιολογηθεί η μη λήψη υπόψη των προσφορών που υποβλήθηκαν από δύο προσφέροντες, των οποίων οι προσφορές έχουν συντονισθεί ή συμφωνηθεί.
- 26 Το τρίτο προδικαστικό ερώτημα αφορά το ζήτημα αν η απόφαση Specializuotas transportas, η οποία αναφέρεται σε ρητώς συνδεδεμένους προσφέροντες που δεν αποτελούν οικονομική μονάδα και σύμφωνα με την οποία οι προσφορές πρέπει να υποβάλλονται αυτοτελώς και ανεξαρτήτως, εφαρμόζεται σε προσφορές προσφερόντων που συνιστούν οικονομική μονάδα.
- 27 Κατά την άποψη του δικάζοντος τμήματος, η αρχή της ίσης μεταχείρισης απαγορεύει κατά μείζονα λόγο την ανάθεση δημόσιας σύμβασης σε

προσφέροντες που αποτελούν οικονομική μονάδα και δεν μπορούν να υποβάλουν ούτε αυτοτελείς ούτε ανεξάρτητες προσφορές. Θα ήταν ανακόλουθο να επιτρέπεται η ανάθεση δημόσιας σύμβασης σε συνδεδεμένες επιχειρήσεις που δεν συνιστούν οικονομική μονάδα μόνον υπό την προϋπόθεση ότι οι προσφορές τους είναι πράγματι αυτοτελείς και ανεξάρτητες, ενώ, αντιθέτως, να επιτρέπεται αυτή χωρίς περιορισμούς σε επιχειρήσεις που αποτελούν οικονομική μονάδα και δεν μπορούν, εξ αυτού του λόγου, να πληρούν την προϋπόθεση αυτή.

- 28 Επομένως, το δικάζον τμήμα προτείνει να δοθεί καταφατική απάντηση στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα.