



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
NILLO JÄÄSKINEN
της 28ης Φεβρουαρίου 2013¹

Υπόθεση C-94/12

**Swm Costruzioni 2 SpA
Mannocchi Luigino DI
κατά
Provincia di Fermo**

[αίτηση του Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Ιταλία) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Οδηγία 2004/18/EK — Σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων — Οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια του οικονομικού φορέα — Τεχνικές και/ή επαγγελματικές ικανότητες του οικονομικού φορέα — Επίκληση των δυνατοτήτων περισσοτέρων του ενός τρίτων»

I – Εισαγωγή

1. Επιχειρήσεις οι οποίες επιθυμούν να συμμετάσχουν σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίων έργων ενδέχεται να κληθούν να ικανοποιήσουν ελάχιστες απαιτήσεις σχετικές με την οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια ή τις τεχνικές και/ή επαγγελματικές ικανότητες σύμφωνα με τα άρθρα 47 και 48 της οδηγίας 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (στο εξής: οδηγία 2004/18)². Ένας οικονομικός φορέας, επιπλέον των δυνατοτήτων που διαθέτει ο ίδιος, μπορεί να ικανοποιήσει τις απαιτήσεις αυτές στηριζόμενος στις δυνατότητες «άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς»³.

2. Η παρούσα αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά το ζήτημα αν εθνική νομοθεσία η οποία περιορίζει σε έναν και μόνο τον αριθμό των τρίτων, τις δυνατότητες των οποίων μπορεί να επικαλεστεί ένας οικονομικός φορέας ο οποίος επιθυμεί να συμμετάσχει σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίων έργων, είναι συμβατή με την οδηγία 2004/18, και ειδικότερα με τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, αυτής. Προκειμένου να απαντήσει στο υποβληθέν ερώτημα, το Δικαστήριο οφείλει να προσδιορίσει το εύρος της ευχέρειας των κρατών μελών κατά την εφαρμογή των διατάξεων που έχουν κωδικοποιήσει την προ της οδηγίας 2004/18 νομολογία του Δικαστηρίου.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

2 — ΕΕ 2004, L 134, σ. 114.

3 — Άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18.

II – Νομικό πλαίσιο

A – Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης

3. Το άρθρο 47, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18, με τίτλο «Οικονομική και [χρηματοπιστωτική] επάρκεια», ορίζει τα εξής:

«Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, ενδεχομένως και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με [αυτούς]. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών.»

4. Το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, με τίτλο «Τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες», ορίζει τα εξής:

«Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, ενδεχομένως και για μια συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι, για την εκτέλεση της σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν με την προσκόμιση της δέσμευσης των φορέων αυτών να θέσουν στη διάθεση του οικονομικού φορέα τους αναγκαίους πόρους.»

5. Το άρθρο 52, παράγραφος 1, της οδηγίας 2004/18, με τίτλο «Επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων και πιστοποίηση από οργανισμούς δημόσιου ή ιδιωτικού δικαίου», ορίζει τα εξής:

«Τα κράτη μέλη μπορούν να καθιερώνουν είτε επίσημους καταλόγους εγκεκριμένων εργολάβων, προμηθευτών ή παρόχων υπηρεσιών είτε πιστοποίηση από δημόσιους ή ιδιωτικούς οργανισμούς πιστοποίησης.

Τα κράτη μέλη προσαρμόζουν τις προϋποθέσεις εγγραφής στους καταλόγους αυτούς, καθώς και εκείνες που αφορούν την έκδοση πιστοποιητικών από τους οργανισμούς πιστοποίησης, στο άρθρο 45, παράγραφος 1 και παράγραφος 2, σημεία α' έως δ' και ζ', στο άρθρο 46, στο άρθρο 47, παράγραφοι 1, 4 και 5, και στο άρθρο 48, παράγραφοι 1, 2, 5 και 6, στο άρθρο 49 και, ενδεχομένως, στο άρθρο 50.

Τα κράτη μέλη τις προσαρμόζουν επίσης στα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, για τις αιτήσεις εγγραφής που υποβάλλουν οικονομικοί φορείς που ανήκουν σε όμιλο και που επικαλούνται πόρους που τους διαθέτουν άλλες επιχειρήσεις του ομίλου. Αυτοί οι επιχειρηματίες πρέπει, σε αυτή την περίπτωση, να αποδεικνύουν στην αρχή που συντάσσει τον επίσημο κατάλογο ότι διαθέτουν αυτούς τους πόρους καθ' όλη τη διάρκεια της ισχύος του πιστοποιητικού που πιστοποιεί την εγγραφή τους στον επίσημο κατάλογο και ότι οι εν λόγω επιχειρήσεις συνεχίζουν να πληρούν κατά το ίδιο διάστημα τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής τις προβλεπόμενες στα άρθρα που αναφέρονται στο δεύτερο εδάφιο και τις οποίες επικαλούνται οι επιχειρηματίες αυτοί για την εγγραφή τους.»

B – Το εθνικό δίκαιο

6. Το άρθρο 49, παράγραφος 6, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006 ορίζει, σχετικά με τη συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς, ότι «όσον αφορά τα έργα, ο διαγωνιζόμενος μπορεί να επικαλεστεί τις δυνατότητες μόνο ενός τρίτου για κάθε κατηγορία πιστοποιήσεως. Τα τεύχη δημοπρατήσεως μπορούν να επιτρέπουν την επίκληση των δυνατοτήτων περισσότερων τρίτων λόγω της αξίας της συμβάσεως ή της ιδιαιτερότητας της παροχής, με την επιφύλαξη της απαγορεύσεως της

τμηματικής χρησιμοποίησεως, εκ μέρους του διαγωνιζομένου, των επιμέρους οικονομικών, χρηματοπιστωτικών και τεχνικών και οργανωτικών δυνατοτήτων για την πλήρωση των κριτηρίων του άρθρου 40, παράγραφος 3, στοιχείο b, βάσει των οποίων χορηγήθηκε η πιστοποίηση στην κατηγορία αυτή».

III – Η διαφορά της κύριας δίκης και το προδικαστικό ερώτημα

7. Η προσφεύγουσα της κύριας δίκης, Raggruppamento Temperaneo Imprese (στο εξής: RTI), προσωρινή κοινοπραξία εταιριών αποτελούμενη από τους Swm Costruzioni 2 SpA (επικεφαλής της κοινοπραξίας) και Mannocchi Luigino DI, οι οποίοι επίσης είναι προσφεύγοντες της κύριας δίκης, συμμετέσχε στον διαγωνισμό για τη σύναψη συμβάσεως εκτελέσεως εργασιών αποκαταστάσεως και επεκτάσεως της Strada Provinciale (επαρχιακής οδού) αριθ. 238 Valdaso.

8. Προς πλήρωση των προϋποθέσεων για την πιστοποίηση της Società Organismo di Attestazione (SOA), οργάνου πιστοποίησεως αρμόδιου να εξακριβώνει αν οι επιχειρήσεις διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής σε δημόσιους διαγωνισμούς, η κύρια διάδικος, Swm Costruzioni 2, επικαλέσθηκε τις δυνατότητες δύο επιχειρήσεων της ίδιας κατηγορίας πιστοποίησεως για την εκτέλεση εργασιών αποκαταστάσεως και επεκτάσεως.

9. Στις 2 Αυγούστου 2011 η αναθέτουσα αρχή, Provincia di Fermo, απηύθυνε αυθημερόν στην RTI την απόφασή της σχετικά με τον αποκλεισμό της RTI από τον διαγωνισμό. Η απόφαση αυτή στηρίχθηκε σε παραβίαση της απαγορεύσεως επικλήσεως των δυνατοτήτων περισσότερων τρίτων στο πλαίσιο της ίδιας κατηγορίας, όπως προβλέπει το άρθρο 49, παράγραφος 6, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006.

10. Στις 5 Αυγούστου 2011 η RTI άσκησε προσφυγή κατά της αποφάσεως αυτής ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche. Η προσφυγή της RTI στηρίχθηκε στο επιχειρήμα ότι το άρθρο 49, παράγραφος 6, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006 δεν ήταν συμβατό με τις σχετικές διατάξεις της οδηγίας 2004/18. Το Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche ανέστειλε τη διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Έχει το άρθρο 47, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18/EK την έννοια ότι είναι, κατ' αρχήν, αντίθετη προς αυτό διάταξη κράτους μέλους, όπως η ιταλική διάταξη του άρθρου [49, παράγραφος 6,] του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, η οποία απαγορεύει, πλην ειδικών περιπτώσεων, την επίκληση των δυνατοτήτων περισσότερων τρίτων, ορίζοντας ότι “όσον αφορά τα έργα, ο διαγωνιζόμενος μπορεί να επικαλεσθεί τις δυνατότητες μόνο ενός τρίτου για κάθε κατηγορία πιστοποίησεως. Τα τεύχη δημοπρατήσεως μπορούν να επιτρέπουν την επίκληση των δυνατοτήτων περισσότερων τρίτων λόγω της αξίας της συμβάσεως ή της ιδιαιτερότητας της παροχής [...]»;

11. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν οι Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, η Ιταλική Κυβέρνηση και η Επιτροπή.

IV – Το περιεχόμενο του προδικαστικού ερωτήματος

12. Η Ιταλική Κυβέρνηση διευκρινίζει ότι η κύρια δίκη αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες επιχειρήσεως και όχι την οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκειά της, οπότε συναφές είναι εν προκειμένω το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18. Από την πλευρά του, το αιτούν δικαστήριο υπέβαλε προδικαστικό ερώτημα αναφερόμενο αποκλειστικώς στο άρθρο 47, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18, το οποίο ρυθμίζει την οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων.

13. Στο σημείο αυτό θεωρώ ότι αρκεί η αναφορά στην πάγια νομολογία κατά την οποία η διάταξη του εθνικού δικαστηρίου περί παραπομπής συνιστά μεν τη βάση για τον καθορισμό του περιεχομένου του ζητήματος του δικαίου της Ένωσης η ερμηνεία του οποίου ζητείται, το Δικαστήριο όμως δεν δεσμεύεται πλήρως από τη διατύπωση των υποβαλλομένων ερωτημάτων. Το Δικαστήριο έχει την εξουσία να αναδιατυπώνει τα υποβληθέντα ερωτήματα προκειμένου να παράσχει στο αιτούν δικαστήριο χρήσιμη απάντηση για την απόφαση επί της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιόν του⁴.

14. Τα άρθρα 47 και 48 της οδηγίας 2004/18 αναφέρονται συνδυαστικά στο άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 όσον αφορά τη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών «να απαιτούν τα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων [...] τα οποία πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες». Τα δύο αυτά άρθρα διέπονται από την ίδια λογική, ενώ οι ίδιες ερμηνευτικές αρχές ισχύουν για την εφαρμογή αμφοτέρων. Στην απόφαση *Strong Securanc* το Δικαστήριο διευκρίνισε παρεμπιπτόντως ότι τα άρθρα 48, παράγραφος 3, και 47, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 έχουν κατ' ουσίαν το ίδιο περιεχόμενο⁵. Αμφότερες οι διατάξεις κωδικοποιούν την αρχή δικαίου που έχει διαμορφωθεί με τη νομολογία του Δικαστηρίου όσον αφορά τις προγενέστερες οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων σχετικά με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων ή των προσφερόντων⁶.

15. Στο πλαίσιο της γραπτής διαδικασίας, το Δικαστήριο κάλεσε τους διαδίκους να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους όσον αφορά τη συνάφεια με την παρούσα υπόθεση του άρθρου 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18, το οποίο αποτελεί τη γενική διάταξη για τη διαπίστωση της καταλληλότητας, την επιλογή των υποψηφίων και την ανάθεση του αντικειμένου των συμβάσεων⁷. Μόνον η Επιτροπή απάντησε εντός της ταχθείσας προθεσμίας, διατυπώνοντας την άποψη ότι η εξέταση του άρθρου 44, παράγραφος 2, δεν ήταν συναφής εν προκειμένω.

16. Συνεπώς, προκειμένου να δοθεί στο *Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche* χρήσιμη απάντηση για τη μέλλουσα να εκδοθεί απόφαση στο πλαίσιο της κύριας δίκης, φρονώ ότι η προδικαστική απόφαση του Δικαστηρίου θα πρέπει να επικεντρωθεί στην ερμηνεία αμφότερων των άρθρων 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18.

V – Εκτίμηση

17. Κατά την άποψή μου, από τη γραμματική ερμηνεία των άρθρων 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 δεν μπορεί να συναχθεί ότι εθνική νομοθεσία, όπως το άρθρο 49, παράγραφος 6, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, είναι σύμφωνη με το δίκαιο της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων.

18. Τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 ορίζουν ρητώς ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν να επικαλούνται τις δυνατότητες άλλων φορέων για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοπιστωτικής επάρκειάς τους και των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων τους για συγκεκριμένη σύμβαση δημοσίων έργων. Με άλλη διατύπωση, οι διατάξεις αυτές αναφέρονται σε *άλλους φορείς* στον πληθυντικό αριθμό. Σκόπιμο είναι να παρατηρηθεί ότι τα άρθρα 47, παράγραφος 3, και 48, παράγραφος 4, της οδηγίας 2004/18 προβλέπουν την ίδια δυνατότητα όσον αφορά τις κοινοπραξίες οικονομικών φορέων.

4 — Βλ. απόφαση της 11ης Ιουλίου 2002, C-62/00, *Marks & Spencer* (Συλλογή 2002, σ. I-6325, σκέψη 32 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Ομοίως, βλ. προσφάτως απόφαση της 21ης Ιουλίου 2011, C-503/09, *Stewart* (Συλλογή 2011, σ. I-6497, σκέψη 105).

5 — Απόφαση της 17ης Μαρτίου 2011, C-95/10, *Strong Securanc* (Συλλογή 2011, σ. I-1865, σκέψη 13).

6 — Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 14ης Απριλίου 1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep I* (Συλλογή 1994, σ. I-1289), της 18ης Δεκεμβρίου 1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep II* (Συλλογή 1997, σ. I-7549), και της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, *Holst Italia* (Συλλογή 1999, σ. I-8607).

7 — Το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 ορίζει ότι «[οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων, σύμφωνα με τα άρθρα 47 και 48, τα οποία πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες. Η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 47 και 48 καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τα ελάχιστα αυτά επίπεδα αναφέρονται στην προκήρυξη διαγωνισμού».

19. Το άρθρο 52 της οδηγίας 2004/18 προβλέπει την ίδια δυνατότητα όσον αφορά την περίληψη σε επίσημους καταλόγους εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή την πιστοποίηση από οργανισμούς για τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς. Από το γράμμα του άρθρου 52, παράγραφος 1, της οδηγίας 2004/18 προκύπτει επίσης, με τη χρήση του πληθυντικού αριθμού για τον όρο *άλλες επιχειρήσεις*, ότι η βούληση του νομοθέτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν ήταν να επιβάλει περιορισμούς στον αριθμό των τρίτων των οποίων τις δυνατότητες μπορεί να επικαλείται ο εν δυνάμει προσφέρων.

20. Το γράμμα των άρθρων 47, παράγραφος 2, 48, παράγραφος 3, και 52 της οδηγίας 2004/18 κωδικοποιεί την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με τις προηγούμενες οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων. Στην απόφαση *Ballast Nedam Groep I*, το Δικαστήριο έκρινε ότι εταιρία χαρτοφυλακίου (*holding*), μη εκτελούσα η ίδια τα έργα, δεν μπορεί να αποκλειστεί από τις διαδικασίες συμμετοχής στις συμβάσεις δημοσίων έργων με το σκεπτικό ότι οι θυγατρικές της, που εκτελούν τα έργα, αποτελούν χωριστά νομικά πρόσωπα, εφόσον αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα των εταιριών αυτών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης.

21. Στην απόφαση *Ballast Nedam Groep II* το Δικαστήριο επανέλαβε την κρίση που διατύπωσε στην απόφαση *Ballast Nedam Groep I* και την επεξήγησε περαιτέρω αποφαινόμενο ότι όταν εξετάζεται η τεχνική ικανότητα μητρικής εταιρίας, οι αρμόδιες για τη σύνταξη των καταλόγων εγκεκριμένων εργοληπτών δημόσιες αρχές οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη την τεχνική ικανότητα των εταιριών που ανήκουν στον ίδιο όμιλο.

22. Στην απόφαση *Holst Italia* το Δικαστήριο εφάρμοσε τη νομολογία που διαμορφώθηκε με τις ως άνω αποφάσεις *Ballast* στην περίπτωση κατά την οποία η εταιρία που επρόκειτο να συμμετάσχει σε διαγωνισμό δεν ήταν το κατέχον τη δεσπίζουσα θέση στον όμιλο εταιριών νομικό πρόσωπο, επιβεβαιώνοντας ότι μια τέτοια εταιρία μπορεί να επικαλείται τις ικανότητες άλλων εταιριών του ομίλου, *ανεξάρτητα από τη νομική φύση των δεσμών που διατηρεί με αυτές*⁸. Το Δικαστήριο έκρινε ότι ο προσφέρων δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαγωνισμό με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να διαθέσει μέσα που δεν κατέχει ο ίδιος αλλά που ανήκουν σε *μία ή περισσότερες άλλες οντότητες*⁹.

23. Η κρίση του Δικαστηρίου ότι το δίκαιο της Ένωσης δεν επιτάσσει όποιος επιθυμεί να συμβληθεί με αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με ίδια μέσα, προκειμένου να χαρακτηριστεί ως οικονομικός φορέας δυνάμενος να υποβάλει προσφορά, έχει επίσης επιβεβαιωθεί με μεταγενέστερη νομολογία¹⁰. Το Δικαστήριο έχει τονίσει ότι επιχειρήσεις οι οποίες επιθυμούν να συμμετάσχουν σε διαγωνισμό πρέπει να αποδεικνύουν ότι διαθέτουν όντως τα ανήκοντα στους άλλους φορείς μέσα τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης. Ο προσφέρων ο οποίος επικαλείται τα μέσα των άλλων φέρει το σχετικό βάρος αποδείξεως¹¹.

24. Αμφότερα τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 προβλέπουν με σχεδόν όμοια διατύπωση ότι «ένας οικονομικός φορέας *μπορεί* [...] να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων». Από τη διατύπωση προκύπτει η αναγνώριση *δικαιώματος* των οικονομικών φορέων να επιλέγουν τη μέθοδο αυτή ως προς την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, υπό τον όρο ότι μπορούν να αποδείξουν ότι διαθέτουν όντως τα ανήκοντα σε άλλους φορείς μέσα τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης.

8 — Προπαρατεθείσα απόφαση *Holst Italia* (σκέψη 31).

9 — Προπαρατεθείσα απόφαση *Holst Italia* (σκέψη 26).

10 — Βλ., ιδίως, απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, *CoNISMa* (Συλλογή 2009, σ. I-12129, σκέψη 41 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

11 — Βλ. απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, C-314/01, *Siemens και ARGE* (Συλλογή 2004, σ. I-2549, σκέψη 44 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

25. Όταν αμφισβητείται σε συγκεκριμένη περίπτωση η ικανότητα επιχειρήσεως προς εκτέλεση συμβάσεως δημοσίων έργων, τα εθνικά δικαστήρια είναι αρμόδια να αξιολογούν αν παρασχέθηκαν επαρκείς αποδείξεις προς τούτο. Όπως ήδη παρατήρησα, η αρχή αυτή έχει καθιερωθεί με τη νομολογία του Δικαστηρίου η οποία πλέον έχει κωδικοποιηθεί στα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18¹².

26. Επιπροσθέτως, δεν προκύπτει από το άρθρο 52 της οδηγίας 2004/18 ότι υπήρξε πρόθεση να περιοριστεί το περιεχόμενο των άρθρων 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, τα οποία αφορούν τη συνεργασία μεταξύ οικονομικών φορέων στο πλαίσιο υποβολής προσφοράς για *συγκεκριμένη σύμβαση*. Αντιθέτως, το άρθρο 52, παράγραφος 1, επιτάσσει οι προϋποθέσεις εγγραφής σε καταλόγους ή πιστοποιήσεως εγκεκριμένων εργοληπτών, προμηθευτών ή παρόχων υπηρεσιών να προσαρμόζονται στην αρχή που διέπει τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, όσον αφορά τις αιτήσεις εγγραφής που υποβάλλουν οι οικονομικοί φορείς που ανήκουν σε *όμιλο* και επικαλούνται πόρους διατιθέμενους σε αυτούς από άλλες επιχειρήσεις του ομίλου.

27. Η εγγραφή σε επίσημο κατάλογο ή η πιστοποίηση σύμφωνα με το άρθρο 52 της οδηγίας 2004/18 συνιστά τεκμήριο καταλληλότητας των εγγεγραμμένων ή πιστοποιημένων επιχειρήσεων, αλλά μόνο ως προς τις προϋποθέσεις επί των οποίων στηρίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση. Οι αναθέτουσες αρχές έχουν την ευχέρεια να καθορίζουν το επίπεδο της χρηματοπιστωτικής και οικονομικής επάρκειας και των τεχνικών γνώσεων και ικανοτήτων που απαιτείται για τη συμμετοχή σε δεδομένο διαγωνισμό και, εφόσον είναι αναγκαίο, να ζητούν αποδείξεις πέραν του τεκμηρίου της εγγραφής ή της πιστοποίησης¹³.

28. Περαιτέρω, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η οδηγία 92/50¹⁴ δεν αποκλείει την επιβολή απαγορεύσεως ή περιορισμού της υπεργολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση ουσιαδών τμημάτων της συμβάσεως, στην περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε τη χαμηλότερη προσφορά¹⁵.

29. Συνάγεται εξ αυτού ότι εθνική διάταξη αποκλείουσα από τους διαγωνισμούς οικονομικούς φορείς οι οποίοι επικαλούνται τις δυνατότητες περισσότερων τρίτων είναι αντίθετη προς το δικαίωμα των οικονομικών φορέων να επιλέγουν τη μέθοδο αυτή ως προς την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και ως εκ τούτου δεν είναι συμβατή με την οδηγία 2004/18. Πράγματι, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι προσφέρων ο οποίος προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, μπορεί να αποκλειστεί μόνον αν αδυνατεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησης αυτών των ικανοτήτων¹⁶.

30. Συνεπώς, δεν είναι συμβατή με την οδηγία 2004/18 εθνική διάταξη, όπως του άρθρου 49, παράγραφος 6, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006, η οποία δεν απαγορεύει πλήρως την επίκληση των δυνατοτήτων τρίτων επιχειρήσεων για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, αλλά επιβάλλει παρά ταύτα ποσοτικό περιορισμό μη προβλεπόμενο από το δίκαιο της Ένωσης όσον αφορά την επιλογή αυτή.

12 — Βλ. προπαρατεθείσες αποφάσεις *Ballast Nedam I* (σκέψη 17) και *Holst Italia* (σκέψεις 29 και 30).

13 — Βλ. απόφαση της 9ης Ιουλίου 1987, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 27/86, 28/86 και 29/86, *CEI-Bellini* (Συλλογή 1987, σ. 3347, σκέψεις 25 έως 27).

14 — Οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1).

15 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση *Siemens και ARGE* (σκέψη 45).

16 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση *Siemens και ARGE* (σκέψη 46).

31. Το επιχείρημα αυτό επιβεβαιώνεται περαιτέρω από την ανάλυση των σκοπών των άρθρων 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18. Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι ένας από τους κύριους σκοπούς του δικαίου της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων είναι η επίτευξη ανοίγματος στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό και ότι συνάδει προς τους επιδιωκόμενους από το δίκαιο της Ένωσης σκοπούς η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς¹⁷.

32. Ο σκοπός του ανοίγματος στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά και με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά¹⁸. Ο αποκλεισμός προσφερόντων βάσει του αριθμού των φορέων που συμμετέχουν στην εκτέλεση της σύμβασης κατά τρόπο ώστε να επιτρέπεται μόνο μία τρίτη επιχείρηση ανά κατηγορία ποιοτικών κριτηρίων δεν επιτρέπει την ανά περίπτωση αξιολόγηση, με αποτέλεσμα να περιορίζονται στην πραγματικότητα οι επιλογές της αναθέτουσας αρχής και να επηρεάζεται ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός.

33. Ένας ακόμη σκοπός του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων είναι το άνοιγμα της αγοράς των δημοσίων συμβάσεων προς όλους τους οικονομικούς φορείς, ανεξαρτήτως του μεγέθους τους. Η συμπερίληψη των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) πρέπει να ενθαρρύνεται ιδιαίτερα καθώς οι ΜΜΕ θεωρείται ότι αποτελούν τη ραχοκοκαλιά της οικονομίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης¹⁹. Οι πιθανότητες των ΜΜΕ να συμμετέχουν σε διαγωνισμούς και να τους ανατίθενται συμβάσεις δημοσίων έργων προσκρούουν, μεταξύ άλλων παραγόντων, στο μέγεθος των συμβάσεων. Εξαιτίας αυτού, η δυνατότητα των προσφερόντων να συμμετέχουν σε ομίλους που επικαλούνται τις δυνατότητες τρίτων επιχειρήσεων είναι ιδιαίτερα σημαντική για τη διευκόλυνση της προσβάσεως των ΜΜΕ στις αγορές²⁰.

34. Τέλος, θα εξετάσω το ζήτημα της διακριτικής ευχέρειας των κρατών μελών όσον αφορά την εφαρμογή της οδηγίας 2004/18. Η Επιτροπή και η Ιταλική Κυβέρνηση φρονούν ότι εθνική διάταξη όπως το άρθρο 49, παράγραφος 6, του νομοθετικού διατάγματος 163/2006 εμπίπτει στη διακριτική ευχέρεια που επαφίεται στα κράτη μέλη κατά την εφαρμογή της οδηγίας.

35. Κατά την Επιτροπή, για την ορθή εφαρμογή της οδηγίας αρκεί ότι δεν αποκλείεται η δυνατότητα επικλήσεως των δυνατοτήτων τρίτης επιχειρήσεως όσον αφορά την πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και/ή επαγγελματικών ικανοτήτων, και ότι εφαρμόζονται οι αρχές που διακηρύσσει η οδηγία 2004/18 προκειμένου να διασφαλιστεί η αποτελεσματική ποιοτική επιλογή των προσφερόντων βάσει κριτηρίων που είναι διαφανή, αντικειμενικά και δεν εισάγουν διακρίσεις.

17 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση CoNISMa (σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

18 — Βλ. απόφαση CoNISMa (σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

19 — Βλ., για παράδειγμα, «Πράσινη βίβλος της Επιτροπής σχετικά με τον εκσυγχρονισμό της πολιτικής δημοσίων συμβάσεων της ΕΕ – Προς μια αποτελεσματικότερη ευρωπαϊκή αγορά δημοσίων συμβάσεων», COM(2011) 15 τελικό.

20 — Το υπό μορφή κατευθυντηρίων γραμμών έγγραφο της Επιτροπής «Ευρωπαϊκός κώδικας βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» προτείνει την αξιοποίηση της δυνατότητας χρησιμοποίησεως από τους οικονομικούς φορείς της συνδυασμένης οικονομικής και χρηματοπιστωτικής επάρκειας και της τεχνικής τους ικανότητας κατά το στάδιο επιλογής των διαγωνισμών. Βλ. έγγραφο εργασίας της Επιτροπής «Ευρωπαϊκός κώδικας βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις», SEC(2008) 2193.

36. Δεν αμφισβητώ το γεγονός ότι τα κράτη μέλη διαθέτουν σχετικά ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά την εφαρμογή των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Η ευχέρεια αυτή, όμως, δεν εκτείνεται σε ζητήματα ρυθμιζόμενα ρητώς από τον νομοθέτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως κατά την άποψή μου ισχύει όσον αφορά τη δυνατότητα επικλήσεως των δυνατοτήτων τρίτων στο πλαίσιο υποβολής προσφορών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Όπως επισήμανα ανωτέρω, τόσο η νομολογία του Δικαστηρίου όσο και η οδηγία 2004/18 επιτρέπουν ρητώς την επίκληση των δυνατοτήτων άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσεως των δεσμών του προσφέροντος με αυτούς.

37. Ο αποκλεισμός προσφερόντων που επικαλούνται τις δυνατότητες περισσότερων τρίτων ανά κατηγορία κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ευνοεί τις μεγαλύτερες επιχειρήσεις εις βάρος των ad hoc κοινοπραξιών ΜΜΕ. Παρέχει μάλλον πλεονέκτημα σε τοπικούς ή περιφερειακούς παράγοντες κατέχοντες δεσπόζουσα θέση όσον αφορά δημόσια έργα ανάλογα των δυνατοτήτων τους, αλλά είναι ιδιαιτέρως απαιτητικά για τους μικρότερου μεγέθους φορείς που ενεργούν μεμονωμένως και είναι υπερβολικά μικρού μεγέθους ώστε να κινούν το ενδιαφέρον μεγαλύτερων, σε εθνικό ή διεθνές επίπεδο, εταιριών. Τούτο δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι δεν εισάγει διακρίσεις.

38. Συντάσσομαι με την άποψη της Ιταλικής Κυβέρνησεως ότι η κατάσταση κατά την οποία ένας οικονομικός φορέας επικαλείται την οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια άλλου φορέα είναι ενδεχομένως διαφορετική από εκείνη κατά την οποία η επίκληση των δυνατοτήτων τρίτων αφορά τις τεχνικές και/ή επαγγελματικές ικανότητες. Σε ορισμένες περιπτώσεις πρέπει ένας και μόνο φορέας να διαθέτει τις απαραίτητες τεχνικές ή επαγγελματικές ικανότητες. Για παράδειγμα, ενώ δύο επιχειρήσεις με ικανότητα 50 000 τόνων ασφάλτου μπορούν από κοινού να ικανοποιήσουν την προβλεπόμενη ικανότητα των 100 000 τόνων που απαιτούνται για την αποκατάσταση εθνικής οδού, δύο επιχειρήσεις έκαστη των οποίων έχει το επίπεδο τεχνογνωσίας που απαιτείται για τη διατήρηση και επιδιόρθωση ρολογιών σε σιδηροδρομικούς σταθμούς δεν ικανοποιούν αυτομάτως τα ποιοτικά κριτήρια που απαιτούνται για τις εργασίες αποκαταστάσεως παλαιών ρολογιών σε μεσαιωνικές εκκλησίες.

39. Πάντως, το πρόβλημα σχετικά με το ενδεχόμενο σωρεύσεως ορισμένων μορφών τεχνικών και/ή επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ποιοτικός διάφορο από τον αριθμό των εταιριών τις δυνατότητες των οποίων επικαλείται ένας οικονομικός φορέας. Το γεγονός ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν να επικαλούνται τις ικανότητες άλλων φορέων προκειμένου να θεωρηθούν εν δυνάμει προσφέροντες δεν αναιρεί τα πραγματικά δεδομένα των επιμέρους διαγωνισμών. Συνεπώς, ανεξαρτήτως αν ένας οικονομικός φορέας διαθέτει, είτε ο ίδιος είτε στηριζόμενος στις δυνατότητες άλλων φορέων, την οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, εξακολουθεί να υπέχει την υποχρέωση να αποδείξει ότι πληροί τα τεθέντα για την εκτέλεση συγκεκριμένης συμβάσεως δημοσίων έργων κριτήρια.

40. Περαιτέρω, το άρθρο 48, παράγραφος 5, της οδηγίας 2004/18 προβλέπει συγκεκριμένους κανόνες για την αξιολόγηση της ικανότητας των οικονομικών φορέων βάσει της τεχνογνωσίας, της αποτελεσματικότητας, της πείρας και της αξιοπιστίας τους για ορισμένες κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων. Η διάταξη αυτή εφαρμόζεται επίσης και για τους οικονομικούς φορείς οι οποίοι επικαλούνται τις τεχνικές ή επαγγελματικές ικανότητες άλλων φορέων. Επιπροσθέτως, όπως προανέφερα, σε περιπτώσεις επισήμων καταλόγων ή εθνικής πιστοποίησης, οι αναθέτουσες αρχές διατηρούν την ευχέρεια να καθορίζουν το επίπεδο της χρηματοπιστωτικής και οικονομικής επάρκειας και των τεχνικών γνώσεων και ικανοτήτων που απαιτείται για τη συμμετοχή σε δεδομένο διαγωνισμό.

VI – Πρόταση

41. Κατόπιν των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche ως εξής:

«Προσκρούει στα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, εθνική νομοθεσία, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, η οποία απαγορεύει, πλην ειδικών περιστάσεων, την επίκληση των δυνατοτήτων περισσότερων τρίτων προκειμένου ένας οικονομικός φορέας να πληροί τα κριτήρια επιλογής σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια και/ή τις τεχνικές και/ή επαγγελματικές ικανότητές του.»