



## Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
της 11ης Ιουλίου 2019<sup>1</sup>

### Υπόθεση C-395/18

**Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA**  
κατά  
**Consip SpA,**  
**Ministero dell’Economia e delle Finanze,**  
παρισταμένης της:  
**E-VIA SpA**

[αίτηση του Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio  
(διοικητικού πρωτοδικείου της περιφέρειας του Λατίου, Ιταλία)  
για την έκδοση προδικαστικής απόφασης]

«Προδικαστική παραπομπή – Οδηγία 2014/24/ΕΕ – Σύναψη δημοσίων συμβάσεων – Προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού – Αποκλεισμός οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία διαγωνισμού λόγω αθέτησης υποχρέωσης εκ μέρους υπεργολάβου τον οποίο αυτός πρότεινε – Αθέτηση υποχρεώσεων στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου κατά το άρθρο 18, παράγραφος 2 – Αποκλεισμός του προσφέροντος – Άρθρο 71 – Άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο α’»

1. Ιταλική αναθέτουσα αρχή (Consip SpA)<sup>2</sup> προκήρυξε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης για την παροχή ορισμένων υπηρεσιών, παρέχοντας, στα τεύχη του διαγωνισμού, τη δυνατότητα χρήσης υπεργολάβων. Για να κάνουν χρήση της δυνατότητας αυτής, οι υποψήφιοι έπρεπε να δηλώσουν στις προσφορές τους ότι είχαν την πρόθεση να αναθέσουν σε υπεργολάβους την εκτέλεση μέρους των υπηρεσιών αυτών, καθώς και να ορίσουν τρεις υπεργολάβους.
2. Ένας εκ των προσφερόντων (Tim SpA) δήλωσε στην προσφορά του ότι επρόκειτο να αναθέσει σε υπεργολάβο ορισμένες υπηρεσίες που αποτελούσαν αντικείμενο της σύμβασης και παρέθεσε τα ονόματα τριών υπεργολάβων. Επειδή στο πρόσωπο ενός εκ των τριών υπεργολάβων συνέτρεχε προαιρετικός λόγος αποκλεισμού (είχε διαπράξει παραβάσεις της κοινωνικής και της εργατικής νομοθεσίας), η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε τον προσφέροντα από τη διαδικασία.
3. Το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ’ ουσίαν, να διευκρινιστεί αν η οδηγία 2014/24/ΕΕ<sup>3</sup> παρέχει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει προσφέροντα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για λόγους που αφορούν τον προτεινόμενο στην προσφορά υπεργολάβο.

<sup>1</sup> Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

<sup>2</sup> Η Consip είναι ανώνυμη εταιρία της οποίας το μετοχικό κεφάλαιο κατέχει εξ ολοκλήρου το ιταλικό Υπουργείο Οικονομίας και Οικονομικών. Παρέχει υπηρεσίες μόνο στη δημόσια διοίκηση.

<sup>3</sup> Οδηγία 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).

## I. Νομικό πλαίσιο

### A. Το δίκαιο της Ένωσης. Οδηγία 2014/24

#### 4. Κατά την εκατοστή πρώτη αιτιολογική σκέψη:

«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 [...]

[...]

Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις θα πρέπει ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Σε περίπτωση όμως επανειλημμένων ελασσόνων παρατυπιών, ενδέχεται να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό του.»

#### 5. Κατά την εκατοστή πέμπτη αιτιολογική σκέψη:

«Είναι σημαντικό να διασφαλίζεται [...] η τήρηση από τους υπεργολάβους των ισχυουσών υποχρεώσεων στους τομείς της περιβαλλοντικής, κοινωνικής και εργατικής νομοθεσίας, οι οποίες προβλέπονται στο δίκαιο της Ένωσης, στα εθνικά δίκαια, σε συλλογικές συμβάσεις ή στις διατάξεις του διεθνούς περιβαλλοντικού, κοινωνικού ή εργατικού δικαίου που απαριθμούνται στην παρούσα οδηγία, υπό την προϋπόθεση ότι οι εν λόγω διατάξεις και η εφαρμογή τους συνάδουν προς το δίκαιο της Ένωσης.

[...]

Θα πρέπει επίσης να αποσαφηνιστεί ότι, όταν το εθνικό δίκαιο κράτους μέλους προβλέπει μηχανισμό εις ολόκληρον ευθύνης των υπεργολάβων και του κύριου εργολάβου, πρέπει να εφαρμόζονται οι όροι που αφορούν την τήρηση των ισχυουσών υποχρεώσεων στους χώρους της περιβαλλοντικής, κοινωνικής και εργατικής νομοθεσίας που έχουν θεσπισθεί με διατάξεις του δικαίου της Ένωσης, ή με διατάξεις εθνικών δικαίων, συλλογικών συμβάσεων ή του διεθνούς περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου που απαριθμούνται στην παρούσα οδηγία, υπό την προϋπόθεση ότι η εφαρμογή τους συνάδει προς το δίκαιο της Ένωσης. Επιπροσθέτως, θα πρέπει να ορίζεται ρητώς ότι τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέψουν περαιτέρω ρυθμίσεις, επεκτείνοντας, για παράδειγμα, τις υποχρεώσεις διαφάνειας, επιτρέποντας τις πληρωμές απευθείας στους υπεργολάβους ή επιτρέποντας στις αναθέτουσες αρχές, ή υποχρεώνοντάς τ[ε]ς, να ελέγχουν ότι οι υπεργολάβοι δεν βρίσκονται σε κατάσταση η οποία δικαιολογεί τον αποκλεισμό οικονομικών φορέων. Κατά την εφαρμογή των μέτρων αυτών στους υπεργολάβους πρέπει να διασφαλίζεται η συνοχή με τις διατάξεις που ισχύουν για τους κύριους εργολάβους, ούτως ώστε η ύπαρξη υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού να συνοδεύεται από την επιβολή υποχρέωσης στον κύριο εργολάβο να αντικαταστήσει τον σχετικό υπεργολάβο. Όταν από τον έλεγχο αυτόν προκύπτει η ύπαρξη μη υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού, πρέπει να καθίσταται σαφές ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτήσουν την αντικατάσταση. Θα πρέπει ωστόσο να προβλέπεται επίσης ρητώς ότι είναι δυνατό να υποχρεώνονται οι αναθέτουσες αρχές να απαιτήσουν την αντικατάσταση του σχετικού υπεργολάβου, όταν ο αποκλεισμός των κύριων εργολάβων θα ήταν υποχρεωτικός σε τέτοιες περιπτώσεις.

Θα πρέπει, τέλος, να ορίζεται ρητώς ότι τα κράτη μέλη εξακολουθούν να έχουν τη δυνατότητα να θεσπίσουν πιο αυστηρούς κανόνες ευθύνης στο εθνικό τους δίκαιο ή να προβλέψουν περαιτέρω ρυθμίσεις στο εθνικό δίκαιο σχετικά με τις απευθείας πληρωμές στους υπεργολάβους.»

6. Το άρθρο 18 («Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων») ορίζει τα εξής:

«1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο.

[...]

2. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα ώστε να εξασφαλίσουν ότι, κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις ισχύουσες υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το ενωσιακό δίκαιο, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο παράρτημα Χ.»

7. Το άρθρο 57 («Λόγοι αποκλεισμού») ορίζει τα εξής:

«[...]

4. 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 σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:

α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στο άρθρο 18, παράγραφος 2·

[...].»

8. Το άρθρο 71 («Υπεργολαβία») προβλέπει τα εξής:

«1. Η τήρηση των υποχρεώσεων του άρθρου 18, παράγραφος 2, από υπεργολάβους εξασφαλίζεται μέσω ενδεδειγμένης δράσης των αρμόδιων εθνικών αρχών που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους.

2. Στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί ή μπορεί να υποχρεώνεται από ένα κράτος μέλος να ζητεί από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει.

[...]

4. Οι παράγραφοι 1 έως 3 δεν αίρουν την ευθύνη του κύριου αναδόχου.

[...]

6. Προκειμένου να μην αθετούνται οι υποχρεώσεις του άρθρου 18, παράγραφος 2, μπορούν να λαμβάνονται ενδεδειγμένα μέτρα, όπως:

α) Όταν το εθνικό δίκαιο κράτους μέλους προβλέπει μηχανισμό από κοινού ευθύνης μεταξύ υπεργολάβων και του κύριου αναδόχου, το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος μεριμνά ώστε να εφαρμόζονται οι συναφείς κανόνες σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 18, παράγραφος 2.

β) Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, σύμφωνα με τα άρθρα 59, 60 και 61, να επαληθεύσουν ή να υποχρεωθούν από το κράτος μέλος να επαληθεύσουν αν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού υπεργολάβων, σύμφωνα με το άρθρο 57. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την επαλήθευση προκύπτει ότι

συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει ή να υποχρεωθεί από το κράτος μέλος να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν μη υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού του.

7. Τα κράτη μέλη μπορούν να θεσπίζουν αυστηρότερους κανόνες περί ευθύνης ή περαιτέρω ρυθμίσεις στο εθνικό δίκαιο σχετικά με τις απευθείας πληρωμές στους υπεργολάβους, χωρίς αυτοί να υποχρεούνται να ζητούν αυτή την απευθείας πληρωμή.

8. Τα κράτη μέλη τα οποία έχουν επιλέξει να προβλέπουν μέτρα σύμφωνα με τις παραγράφους 3, 5 ή 6 καθορίζουν, με νομοθετικές, κανονιστικές ή διοικητικές διατάξεις και τηρώντας το δίκαιο της Ένωσης, τους εκτελεστικούς όρους για τα εν λόγω μέτρα. Με τον τρόπο αυτό, τα κράτη μέλη μπορούν να περιορίζουν τη δυνατότητα εφαρμογής, παραδείγματος χάριν, όσον αφορά ορισμένα είδη συμβάσεων, ορισμένες κατηγορίες αναθετουσών αρχών ή οικονομικών φορέων ή ορισμένα ποσά.»

### ***B. Το ιταλικό δίκαιο. Νομοθετικό διάταγμα 50/2016<sup>4</sup>***

9. Κατά το άρθρο 80, παράγραφος 5:

«Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα τελεί σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις, ακόμη και στην περίπτωση που η κατάσταση αυτή αφορά κάποιον από τους υπεργολάβους του στις περιπτώσεις που προβλέπονται στο άρθρο 105, παράγραφος 6, όταν:

[...]

i) ο οικονομικός φορέας δεν προσκομίζει το πιστοποιητικό που προβλέπεται στο άρθρο 17 του νόμου 68 της 12ης Μαρτίου 1999 ή δεν προσκομίζει υπεύθυνη δήλωση για την εκ μέρους του τήρηση της εν λόγω απαίτησης<sup>[5]</sup>.

[...].»

10. Το άρθρο 105 ορίζει:

«[...]

6. Είναι υποχρεωτική η μνεία τριών υπεργολάβων για τις συμβάσεις έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών που έχουν αξία ίση ή ανώτερη από τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στο άρθρο 35 και για τις οποίες δεν απαιτείται συγκεκριμένη εξειδίκευση. Στην περίπτωση αυτή, η προκήρυξη προβλέπει τέτοια υποχρέωση. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέπει με την προκήρυξη περαιτέρω περιπτώσεις στις οποίες είναι υποχρεωτική η μνεία τριών υπεργολάβων, ακόμη και κάτω από τα κατώτατα όρια που αναφέρονται στο άρθρο 35.

4 Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI αριθ. 91, της 19ης Απριλίου 2016 – τακτικό Συμπλήρωμα αριθ. 10) (νομοθετικό διάταγμα 50, της 18ης Απριλίου 2016, περί εφαρμογής των οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, για τις συμβάσεις παραχώρησης, τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων καθώς και τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, και περί αναδιάρθρωσης της ισχύουσας νομοθεσίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών: Κώδικας δημοσίων συμβάσεων· στο εξής: CCP).

5 Κατά το άρθρο 17 του νόμου 68 του 1999, οι δημόσιες ή ιδιωτικές επιχειρήσεις οι οποίες μετέχουν σε διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων ή έχουν σχέσεις παραχώρησης ή έχουν συνάψει συμβάσεις με τις δημόσιες αρχές υποχρεούνται να παρέχουν σε αυτές, εκ των προτέρων και επί ποινή αποκλεισμού, δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου τους ότι τηρούν τους κανόνες σχετικά με το δικαίωμα στην εργασία των ατόμων με αναπηρία.

[...]

12. Ο ανάδοχος μεριμνά για την αντικατάσταση των υπερβολών ως προς τους οποίους αποδείχθηκε, κατόπιν σχετικής επαλήθευσης, ότι συνέτρεχαν οι λόγοι αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 80.

[...]»

## II. Πραγματικά περιστατικά και προδικαστικά ερωτήματα

11. Στις 29 Ιουλίου 2016, η Consip δημοσίευσε προκήρυξη δημόσιας σύμβασης σχετικά με «την ανάθεση της προμήθειας του Συστήματος WDM σχετικά με τη διασύνδεση του Κέντρου Επεξεργασίας Δεδομένων (ΚΕΔ) των Τμημάτων Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους (ΓΛΚ), Δημόσιου Ταμείου (ΔΤ) και Γενικής Διεύθυνσης, Προσωπικού και Υπηρεσιών (ΓΔΠΥ)»<sup>6</sup>. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ήταν 1 420 785,60 ευρώ, μη περιλαμβανομένου ΦΠΑ.

12. Η ρήτρα 11 των τευχών του διαγωνισμού επέτρεπε την υπερβολαβία. Για τον σκοπό αυτό, οι υποψήφιοι έπρεπε να δηλώσουν στις προσφορές τους ότι είχαν την πρόθεση να κάνουν χρήση της δυνατότητας αυτής, καθώς και να ορίσουν τρεις υπερβολάβους.

13. Η Tim κατέθεσε την προσφορά της δηλώνοντας τους τρεις υπερβολάβους τους οποίους είχε την πρόθεση να χρησιμοποιήσει σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης σε αυτήν. Επισύναψε, στο παράρτημα, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) για καθέναν από αυτούς.

14. Κατά τον έλεγχο της εκπλήρωσης των προϋποθέσεων από τους υπερβολάβους, η αναθέτουσα αρχή διαπίστωσε ότι ένας εξ αυτών (η εταιρία Maticmind, Spa) δεν τηρούσε τους κανόνες σχετικά με το δικαίωμα στην εργασία των ατόμων με αναπηρία, σύμφωνα με πιστοποιητικό της 5ης Απριλίου 2017 το οποίο είχε εκδώσει ο Δήμος Μιλάνου.

15. Ως εκ τούτου, η Consip απέκλεισε την Tim από τη διαδικασία του διαγωνισμού, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 80, παράγραφος 5, στοιχείο i, του CCP.

16. Η Tim προσέφυγε κατά της απόφασης αυτής ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, υποστηρίζοντας, εν ολίγοις, ότι:

- ο αποκλεισμός ήταν άδικο και δυσανάλογο μέτρο, δεδομένου ότι, κατά την οδηγία 2014/24, λόγος αποκλεισμού ο οποίος συντρέχει στο πρόσωπο υπερβολάβου μπορεί απλώς να οδηγήσει στην αντικατάσταση αυτού·
- για την εκτέλεση της σύμβασης η Tim θα μπορούσε, εν πάση περιπτώσει, να χρησιμοποιήσει τους δύο άλλους υπερβολάβους, οι οποίοι δεν επηρεάζονταν από κανέναν λόγο αποκλεισμού·
- η υπερβολαβία δεν ήταν αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης, καθόσον η Tim πληρούσε όλες τις αναγκαίες προϋποθέσεις για να εκτελέσει τις παροχές η ίδια.

<sup>6</sup> Το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης αφορούσε, ειδικότερα, υπηρεσίες διασύνδεσης με συντήρηση και παροχή υποστήριξης, προαιρετικές υπηρεσίες επέκτασης εύρους με συντήρηση και παροχή υποστήριξης, καθώς και προαιρετικές υπηρεσίες μετακόμισης.

17. Κατά το αιτούν δικαστήριο, ο αποκλεισμός της Tim είναι σύμφωνος προς το άρθρο 80, παράγραφος 5, του CCP. Εντούτοις, η ερμηνεία του άρθρου 105, παράγραφοι 6 και 12, του CCP οδηγεί το αιτούν δικαστήριο να διακρίνει δύο ενδεχόμενα στην περίπτωση που διαπιστώνεται η ύπαρξη λόγου αποκλεισμού που αφορά υπεργολάβο:

- εάν κάτι τέτοιο διαπιστωθεί κατά τη διάρκεια της διαδικασίας διαγωνισμού, επειδή συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο ενός εκ των τριών υπεργολάβων, ο προσφέρων αποκλείεται (άρθρο 80, παράγραφος 5, του CCP)
- εάν κάτι τέτοιο διαπιστωθεί μετά τη σύναψη της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να ζητήσει από τον ανάδοχο να αντικαταστήσει τον υπεργολάβο (άρθρο 105, παράγραφος 12, του CCP).

18. Δεδομένης της διαφορετικής αυτής μεταχείρισης, το αιτούν δικαστήριο τρέφει αμφιβολίες ως προς το αν, υπό τις περιστάσεις της υπό κρίση υπόθεσης, ο αποκλεισμός του προσφέροντος συνάδει προς το άρθρο 71, παράγραφος 6, της οδηγίας 2014/24 και τηρεί την αρχή της αναλογικότητας.

19. Υπό τις περιστάσεις αυτές, το Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (διοικητικό πρωτοδικείο της περιφέρειας του Λατίου, Ιταλία) υποβάλλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

- «1) Αντιτίθενται τα άρθρα 57 και 71, παράγραφος 6, της οδηγίας [2014/24] σε εθνική ρύθμιση, όπως εκείνη που περιλαμβάνεται στο άρθρο 80, παράγραφος 5, του νομοθετικού διατάγματος 50/2016, η οποία, στην περίπτωση που διαπιστωθεί, στο στάδιο του διαγωνισμού, λόγος αποκλεισμού σχετικά με υπεργολάβο, ο οποίος είναι ένας εκ των τριών υπεργολάβων που ο προσφέρων ανέφερε με την προσφορά, προβλέπει τον αποκλεισμό του προσφέροντος οικονομικού φορέα αντί να επιβάλει στον προσφέροντα την αντικατάσταση του ορισθέντος υπεργολάβου;
- 2) Επικουρικώς, αν το Δικαστήριο κρίνει ότι η επιλογή αποκλεισμού του προσφέροντος εμπίπτει σε αυτές που επιτρέπονται στο κράτος μέλος, αντιτίθεται η αρχή της αναλογικότητας, η οποία διατυπώνεται στο άρθρο 5 ΣΕΕ, υπενθυμίζεται στην αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας [2014/24] και αναφέρεται ως γενική αρχή του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης από το Δικαστήριο, σε εθνική ρύθμιση, όπως εκείνη που περιλαμβάνεται στο άρθρο 80, παράγραφος 5, του νομοθετικού διατάγματος 50/2016, η οποία προβλέπει ότι, στην περίπτωση που διαπιστωθεί, στο στάδιο του διαγωνισμού, λόγος αποκλεισμού σχετικά με ορισθέντα υπεργολάβο, επέρχεται σε κάθε περίπτωση αποκλεισμός του προσφέροντος οικονομικού φορέα, ακόμη και όταν υπάρχουν άλλοι υπεργολάβοι που δεν έχουν αποκλειστεί και πληρούν τα κριτήρια για την εκτέλεση των παροχών που θα ανατεθούν υπό μορφή υπεργολαβίας ή όταν ο προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει ότι παραιτείται από την υπεργολαβία, καθόσον πληροί ο ίδιος τα κριτήρια για την εκτέλεση των παροχών;»

### III. Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

20. Η διάταξη περί παραπομπής περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 14 Ιουνίου 2018.

21. Βάσει του άρθρου 101 του Κανονισμού Διαδικασίας, το Δικαστήριο ζήτησε από το αιτούν δικαστήριο ορισμένες διευκρινίσεις σχετικά με τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Το αιτούν δικαστήριο απάντησε στις 26 Μαρτίου 2019 και διευκρίνισε τα εξής:

- η Tim ήταν υποχρεωμένη να υποδείξει στην προσφορά της τρεις υπεργολάβους, εφόσον είχε την πρόθεση να κάνει χρήση υπεργολάβων. Εναλλακτικώς, μπορούσε να μην υποδείξει κανένα υπεργολάβο, παραιτούμενη κατ' αυτόν τον τρόπο από τη δυνατότητα χρήσης υπεργολάβου·

- η Tim δεν ήταν υποχρεωμένη να χρησιμοποιήσει τους τρεις υπεργολάβους που υπέδειξε ή κάποιον εξ αυτών, σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης σε αυτήν. Μπορούσε να παραιτηθεί από την υπεργολαβία και να εκτελέσει η ίδια τη σύμβαση·
- κατά την κατάρτιση της προσφοράς της, η Tim δεν ήταν υποχρεωμένη να ελέγξει αν συνέτρεχε στο πρόσωπο των υπεργολάβων ο προαιρετικός λόγος αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο α', της οδηγίας 2014/24, δεδομένου ότι υποχρεούνταν μόνο να διαβιβάσει το ΕΕΕΣ που εξέδωσε ο εκπρόσωπος κάθε υπεργολάβου.

22. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν η Tim, η Consip, η Αυστριακή Κυβέρνηση καθώς και η Επιτροπή. Εκτός της Αυστριακής Κυβέρνησης, οι λοιποί μετέχοντες στη διαδικασία παρέστησαν στην επ' ακροατηρίου συζήτηση, η οποία διεξήχθη στις 2 Μαΐου 2019.

#### IV. Εκτίμηση

##### A. Σκεπτικό

23. Κατά την ιταλική νομοθεσία, οι παραβάσεις που διαπράττει υπεργολάβος μπορούν να έχουν αντίκτυπο στον προσφέροντα ο οποίος τον πρότεινε στο πλαίσιο της προσφοράς του, δικαιολογώντας τον αποκλεισμό του προσφέροντος από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης.

24. Εντούτοις, η νομοθεσία αυτή προβλέπει διαφορετική μεταχείριση ανάλογα με τις ακόλουθες δύο περιπτώσεις:

- εάν η παράβαση του υπεργολάβου γίνει αντιληπτή μετά την ανάθεση της σύμβασης, ο ανάδοχος οφείλει να τον αντικαταστήσει·
- εάν, αντιθέτως, η παράβαση αυτή γίνει αντιληπτή κατά το στάδιο επιλογής των αναδόχων, η συνέπεια είναι αυστηρότερη, δεδομένου ότι η παράβαση συνεπάγεται τον αποκλεισμό του ίδιου του προσφέροντος.

25. Το αιτούν δικαστήριο τρέφει αμφιβολίες ως προς τη συμβατότητα της διττής αυτής μεταχείρισης με την οδηγία 2014/24. Προκειμένου να δοθούν απαντήσεις στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο, εκτιμώ ότι πρέπει να αναλυθεί, καταρχάς, αν το άρθρο 57 της οδηγίας 2014/24 παρέχει τη δυνατότητα συμπερίληψης παράβασης του υπεργολάβου στους λόγους αποκλεισμού του προσφέροντος και, εν συνεχεία, να εξακριβωθεί αν το καθεστώς υπεργολαβίας του άρθρου 71 της οδηγίας αυτής καθιστά εφικτό τέτοιο αποκλεισμό.

26. Σε αμφότερες τις περιπτώσεις, ο υποκείμενος λόγος που καθόρισε τον αποκλεισμό της Tim είναι η διάπραξη (από τον υπεργολάβο) παράβασης σχετικής με την τήρηση υποχρεώσεων στον τομέα της κοινωνικής ή εργατικής νομοθεσίας. Συγκεκριμένα, η Tim παρέβη τους εθνικούς κανόνες σχετικά με την εργασία των ατόμων με αναπηρία.

27. Στο άρθρο 18, παράγραφος 2, η οδηγία 2014/24 επιβάλλει στα κράτη μέλη<sup>7</sup> να λάβουν τα κατάλληλα μέτρα ώστε να εξασφαλίσουν ότι, κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις που υπέχουν στον τομέα του κοινωνικού ή του εργατικού δικαίου (μεταξύ άλλων), όπως αυτές θεσπίστηκαν στο εθνικό δίκαιο.

<sup>7</sup> Καίτοι το άρθρο 18, παράγραφος 2, απευθύνεται μόνο στα κράτη μέλη, η τριακοστή έβδομη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24 περιλαμβάνει και τις αναθέτουσες αρχές: «[Λ]όγω της ενδεδειγμένης ένταξης περιβαλλοντικών, κοινωνικών και εργασιακών απαιτήσεων στις διαδικασίες [σύναψης δημοσίων συμβάσεων], είναι ιδιαίτερα σημαντικό τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές να λάβουν κατάλληλα μέτρα για την εξασφάλιση της συμμόρφωσης προς τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου [...]».

28. Η επιταγή αυτή αφορά τόσο τους κύριους αναδόχους (εργολάβους) όσο και τους υπεργολάβους, δεδομένου ότι έχουν αμφότεροι την ιδιότητα του οικονομικού φορέα. Με την επιταγή αυτή, ο νομοθέτης της Ένωσης θέλησε να μετατρέψει τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων σε εργαλείο για την εξυπηρέτηση άλλων δημόσιων σκοπών σε ορισμένους τομείς γενικού ενδιαφέροντος, όπως προκύπτει από τα άρθρα 57 και 71 της οδηγίας 2014/24.

29. Ειδικότερα, «[ο] έλεγχος της τήρησης των εν λόγω διατάξεων του [...] κοινωνικού και εργατικού δικαίου θα πρέπει να διενεργείται στα ενδεδειγμένα στάδια της διαδικασίας [σύναψης της σύμβασης], δηλαδή κατά την εφαρμογή των γενικών αρχών που διέπουν την επιλογή των συμμετεχόντων και την ανάθεση των συμβάσεων κατά την εφαρμογή των κριτηρίων αποκλεισμού [...]»<sup>8</sup>.

### ***B. Επί της ερμηνείας του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο α', της οδηγίας 2014/24***

30. Ο νομοθέτης της Ένωσης συνδέει το άρθρο 18, παράγραφος 2, της οδηγίας 2014/24 με τον προαιρετικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου της 57, παράγραφος 4, στοιχείο α'. Η διάταξη αυτή παραπέμπει, ειδικώς, σε αθέτηση υποχρεώσεων οι οποίες επιβάλλονται δυνάμει του άρθρου 18, παράγραφος 2.

31. Η αμφιβολία αφορά το αν η συμπεριφορά του υπεργολάβου μπορεί να δικαιολογήσει τον (προαιρετικό) αποκλεισμό του προσφέροντος ή αν, αντιθέτως, ο αποκλεισμός αυτός μπορεί να εφαρμοστεί μόνο για πράξεις καταλογιστέες στον ίδιο τον προσφέροντα.

32. Από την εξέταση του γράμματος του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο α', της οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι η διατύπωση είναι σκοπίμως γενικόλογη. Χρησιμοποιείται απρόσωπη διατύπωση («αθέτηση των [...] υποχρεώσεων»)<sup>9</sup> προκειμένου να γίνει παραπομπή, χωρίς να κατονομάζονται οι δράστες, στην παράβαση υποχρεώσεων της κοινωνικής ή εργατικής νομοθεσίας. Επομένως, από γραμματική άποψη, ο κανόνας διαφέρει από άλλες διατάξεις στις οποίες προσδιορίζονται οι ενδεχόμενοι δράστες των συμπεριφορών που είναι καθοριστικές για τον αποκλεισμό.

33. Επομένως, από τη γραμματική αυτή διατύπωση προκύπτει ότι και ο υπεργολάβος μπορεί να φέρει την ευθύνη για την αθέτηση υποχρεώσεων (και, επομένως, για τον λόγο αποκλεισμού), στο μέτρο που, δεδομένου ότι απασχολεί ο ίδιος εργαζομένους στο πλαίσιο της δημόσιας σύμβασης, υπόκειται στους εθνικούς κανόνες του κοινωνικού ή του εργατικού δικαίου.

34. Βάσει του κριτηρίου της συστηματικής ερμηνείας, η επέκταση στον προσφέροντα της αθέτησης υποχρεώσεων εκ μέρους του υπεργολάβου, στο αρχικό στάδιο επιλογής, συνάδει προς την τεσσαρακοστή αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24, κατά την οποία «[ο] έλεγχος της τήρησης των εν λόγω διατάξεων του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου θα πρέπει να διενεργείται στα ενδεδειγμένα στάδια της διαδικασίας [σύναψης της σύμβασης]»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Τεσσαρακοστή αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24.

<sup>9</sup> Στις γλωσσικές αποδόσεις τις οποίες συμβουλευτήκα, η σημασία είναι η ίδια: peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations, στη γαλλική απόδοση· can demonstrate by any appropriate means a violation of applicable obligations, στην αγγλική απόδοση· dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili, στην ιταλική απόδοση· puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis, στην πορτογαλική απόδοση· ή kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden Verpflichtungen, στη γερμανική απόδοση.

<sup>10</sup> Η πρόταση οδηγίας την οποία υπέβαλε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στο Συμβούλιο και στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο [COM/2011/0896 τελικό – 2011/0438 (COD)] μνημόνευε επίσης τους μετέχοντες στις αλυσίδες εφοδιασμού (άρθρο 55). Η ανοικτή διατύπωση η οποία επιλέχθηκε έχει, αν μη τι άλλο, ευρύτερη εμβέλεια.



35. Η εφαρμογή του κριτηρίου αυτού στο άρθρο 57, παράγραφος 5, της οδηγίας 2014/24 επιβεβαιώνει ότι κάθε οικονομικός φορέας (επομένως, και ο προσφέρων) είναι δυνατόν να αποκλειστεί «λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού, είτε πριν [από] είτε κατά τη διαδικασία». Η μη διενέργεια ελέγχου από τον προσφέροντα, ο οποίος πρότεινε στην προσφορά του υπερβολάβο που, πριν από τη διαδικασία, αθέτησε τις υποχρεώσεις του άρθρου 18, παράγραφος 2, συνιστά, τουλάχιστον, παράλειψη εξ αμελείας.

36. Τέλος, το άρθρο 71, παράγραφος 6, στοιχείο α', της οδηγίας 2014/24 μνημονεύει ρητώς, σε σχέση με την εφαρμογή του άρθρου 18, παράγραφος 2, την «από κοινού [ευθύνη] μεταξύ υπερβολάβων και του κύριου αναδόχου», ως έναν από τους μηχανισμούς τους οποίους μπορούν να εφαρμόζουν τα κράτη μέλη.

37. Αυτή η ευθύνη υπερβολάβων και αναδόχου επαναβεβαιώνεται στην εκατοστή πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24, κατά την οποία το κράτος μέλος δύναται να θεσπίσει «μηχανισμό *εις ολόκληρον* ευθύνης των υπερβολάβων και του κύριου εργολάβου». Ως γνωστόν, η αγωγή με αίτημα την εκτέλεση των υποχρεώσεων των αλληλεγγύως οφειλετών και τη διαπίστωση των συνεπειών της αθέτησης μπορεί να στρέφεται αδιακρίτως εναντίον οποιουδήποτε εξ αυτών, ανεξαρτήτως των εσωτερικών μεταξύ τους σχέσεων.

38. Ο σκοπός του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο α', της οδηγίας 2014/24 επιβεβαιώνει τον ενδεδειγμένο χαρακτήρα της προσέγγισης αυτής, την οποία εκτιμώ ως την πλέον πρόσφορη, λαμβανομένης υπόψη της σαφούς βούλησης του νομοθέτη της Ένωσης να προστατεύσει τα κοινωνικά και εργασιακά δικαιώματα, μεταξύ άλλων ενισχύοντας την προστασία τους στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων.

39. Η βούληση αποφυγής της στρέβλωσης του ανταγωνισμού μεταξύ των προσφερόντων τείνει προς την ίδια κατεύθυνση. Θα προκαλούνταν στρέβλωση του ανταγωνισμού εάν, ενώ οι λοιποί προσφέροντες τηρούν τους κανόνες, ένας προσφέρων υποβάλλει την προσφορά του έχοντας επίγνωση ότι ένα εκ των κύριων στοιχείων της (ο υπερβολάβος στον οποίο προτίθεται να αναθέσει σημαντικό μέρος της σύμβασης) βρίσκεται σε παράνομη πλεονεκτική θέση όσον αφορά τα έξοδα του, ακριβώς επειδή δεν τηρεί τις υποχρεώσεις που επιβάλλει η κοινωνική νομοθεσία. Η περίπτωση αυτή έχει αντίκτυπο στην αξιοπιστία του ίδιου του προσφέροντος, ο οποίος επιδιώκει να αξιοποιήσει το αθέμιτο αυτό πλεονέκτημα.

40. Τούτου λεχθέντος, δεν είναι παράλογο να επηρεάζεται η δυνατότητα του προσφέροντος να συνάπτει συμβάσεις λόγω παραβάσεων του υπερβολάβου του. Στο μέτρο που ο προσφέρων αποφασίζει ελεύθερα να χρησιμοποιήσει τον μηχανισμό υπερβολαβίας και επιλέγει και προτείνει τους υπερβολάβους που θα μετάσχουν στην εκτέλεση της σύμβασης, τίποτα δεν εμποδίζει να εκτείνεται η ευθύνη του (έστω και μόνο λόγω *culpa in eligendo*) στη συμπεριφορά των υπερβολάβων στο πλαίσιο της εν λόγω σύμβασης.

41. Επιπλέον, ο τομέας των δημόσιων συμβάσεων προσφέρεται για χειρισμούς αποφυγής της ευθύνης και αδικαιολόγητης μείωσης του εργατικού κόστους για τον κύριο ανάδοχο, οι οποίοι μπορούν να διαμορφωθούν ήδη στο αρχικό στάδιο (την προσφορά) της διαδικασίας δημόσιας σύμβασης.

42. Βεβαίως, στον γενικό σχεδιασμό των δημόσιων συμβάσεων, το δίκαιο της Ένωσης αποδίδει μεγάλη σημασία στην ελευθερία εγκατάστασης και στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, καθώς και στην προώθηση του ανταγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων. Ο σκοπός αυτός κατατείνει στο μεγαλύτερο δυνατό άνοιγμα των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων και, για τον λόγο αυτό, η διευρυμένη εφαρμογή των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού θα μπορούσε να συνιστά εμπόδιο.

43. Πάντως, οι προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού παρέχουν τη δυνατότητα στα κράτη μέλη να εκπληρώνουν σκοπούς γενικού συμφέροντος και, εν πάση περιπτώσει, σκοπούν στη διασφάλιση των εγγυήσεων αξιοπιστίας, επιμέλειας, επαγγελματικής εντιμότητας και σοβαρότητας του προσφέροντος<sup>11</sup>.

44. Όπως επισήμανα στις προτάσεις μου στην υπόθεση *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*<sup>12</sup>, η οδηγία 2014/24 περιλαμβάνει την αξιοπιστία ως καθοριστικό στοιχείο της σχέσης. Κατά την αιτιολογική σκέψη 101, πρώτο εδάφιο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν «οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι». Επομένως, το στοιχείο της αξιοπιστίας διαπνέει τους λόγους αποκλεισμού που σχετίζονται με τις υποκειμενικές περιστάσεις τόσο του υποψηφίου όσο και των λοιπών οικονομικών φορέων τους οποίους αυτός προτίθεται να χρησιμοποιήσει, ως υπεργολάβους, για την εκτέλεση της σύμβασης.

45. Το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο α', της οδηγίας 2014/24 τελεί επίσης υπό την επιρροή αυτή. Αντιθέτως, στην αιτιολογική σκέψη 101 γίνεται καταρχάς μνεία στην αναξιοπιστία του οικονομικού φορέα ακριβώς λόγω της αθέτησης των «περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες».

46. Η νομολογία του Δικαστηρίου αναγνωρίζει στα κράτη μέλη ευρεία διακριτική ευχέρεια όσον αφορά τη διαμόρφωση των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού<sup>13</sup>. Εντούτοις, στο άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 διευκρινίζεται ότι τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής των λόγων αποκλεισμού «τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου».

47. Εκτιμώ ότι είναι θεμιτό να κάνει ένα κράτος μέλος χρήση της διακριτικής αυτής ευχέρειας και να παράσχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να αντιτάσσουν στον προσφέροντα τον προβλεπόμενο στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο α', προαιρετικό λόγο αποκλεισμού, όταν η αθέτηση των υποχρεώσεων της κοινωνικής ή της εργατικής νομοθεσίας καταλογίζεται στον υπεργολάβο που αυτός πρότεινε.

48. Εντούτοις, αυτή η δυνατότητα αποκλεισμού δεν επέρχεται αυτομάτως, αλλά θα εξαρτάται από τις συγκεκριμένες περιστάσεις, οι οποίες σταθμίζονται βάσει των αρχών από τις οποίες διαπνέεται η ανάθεση δημόσιων συμβάσεων, περιλαμβανομένης αυτής της αναλογικότητας<sup>14</sup>.

49. Βάσει της αρχής της αναλογικότητας, προκειμένου οι παραβάσεις του υπεργολάβου να μπορούν να επηρεάσουν τον προσφέροντα και να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του από τη διαδικασία, θα πρέπει, γενικά, οι παραβάσεις του υπεργολάβου να καθιστούν τον προσφέροντα αναξιόπιστο έναντι της αναθέτουσας αρχής. Θα επανέλθω στο ζήτημα αυτό κατωτέρω.

### ***Γ. Επί της ερμηνείας του άρθρου 71 της οδηγίας 2014/24***

50. Το άρθρο 71, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 επιβάλλει στις αρμόδιες αρχές το καθήκον να εξασφαλίζουν την «τήρηση των υποχρεώσεων του άρθρου 18, παράγραφος 2, από υπεργολάβους» (ήτοι, μεταξύ άλλων, των υποχρεώσεων κοινωνικού και εργατικού χαρακτήρα).

11 Απόφαση της 10ης Ιουλίου 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψεις 29, 31 και 32).

12 Υπόθεση C-267/18 (EU:C:2019:393).

13 Απόφαση της 20ής Δεκεμβρίου 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani και Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:1000, σκέψη 31 και εκεί μνημονεύομενη νομολογία).

14 Κατά το άρθρο 18, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24, «[ο]ι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο».

51. Το ίδιο άρθρο 71, στην παράγραφο 6, παρέχει τη δυνατότητα στα κράτη μέλη, «[π]ροκειμένου να μην αθετούνται [από τους υπεργολάβους] οι υποχρεώσεις του άρθρου 18, παράγραφος 2, [...] να λαμβάνο[υν] ενδεδειγμένα μέτρα».

52. Ορισμένοι από τους μετέχοντες στη διαδικασία<sup>15</sup> υποστήριξαν ότι το άρθρο 71 της οδηγίας 2014/24 δεν εφαρμόζεται στο στάδιο της επιλογής των υποψηφίων, αλλά σε εκείνο της εκτέλεσης της σύμβασης. Προς στήριξη της άποψής τους επικαλούνται την εκατοστή πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας αυτής, στην οποία μνημονεύονται μόνο ο κύριος ανάδοχος και ο υπεργολάβος και όχι οι απλοί προσφέροντες.

53. Φρονώ ότι η ορολογική αυτή αντίρρηση δεν έχει αποφασιστικό χαρακτήρα. Συγκεκριμένα, το άρθρο 71 της οδηγίας 2014/24 χρησιμοποιεί, επιπλέον του όρου «κύριος ανάδοχος» (υπό την έννοια του «οικονομικού φορέα στον οποίο ανατέθηκε η δημόσια σύμβαση»), τους όρους «υπεργολάβος», «προσφέρων» (υπό την έννοια αυτού που έχει υποβάλει προσφορά) και «οικονομικός φορέας». Ο τελευταίος αυτός όρος είναι ο ευρύτερος και περιλαμβάνει κάθε επιχείρηση η οποία προμηθεύει τα προϊόντα της ή παρέχει τις υπηρεσίες της στην αγορά,<sup>16</sup> και, λογικά, περιλαμβάνει και τους υπεργολάβους.

54. Η εκατοστή πέμπτη αιτιολογική σκέψη πρέπει να ερμηνεύεται σε συνδυασμό με τις ρητές παραπομπές του άρθρου 71 της οδηγίας 2014/24 στον προσφέροντα, στον κύριο ανάδοχο και στους οικονομικούς φορείς. Επομένως, τίποτε δεν εμποδίζει την εφαρμογή του κανόνα αυτού τόσο στο στάδιο προ της ανάθεσης της σύμβασης (ήτοι, στους προσφέροντες) όσο και στο επακόλουθο στάδιο (ήτοι, στους αναδόχους), ώστε να ασκεί επιρροή στη σχέση προσφερόντων και αναδόχων με τους υπεργολάβους.

55. Συγκεκριμένα, το άρθρο 71, παράγραφος 6, στοιχείο β', της οδηγίας 2014/24, το οποίο αφορά ειδικώς τον αποκλεισμό του υπεργολάβου λόγω αθέτησης των προβλεπόμενων στο άρθρο 18, παράγραφος 2, υποχρεώσεων κάνει λόγο για «οικονομικό φορέα» και, επομένως, αναπτύσσει τα αποτελέσματά του τόσο στο στάδιο της επιλογής όσο και στο στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης.

56. Αυτό είναι λογικό, δεδομένου ότι οι πληροφορίες που πρέπει να παράσχει ο οικονομικός φορέας στην αναθέτουσα αρχή σχετικά με τη σύνδεση των υπεργολάβων με τη σύμβαση κατέχουν κεντρική θέση στην οδηγία 2014/24. Συναφώς, παραπέμπω στις προτάσεις που ανέπτυξα στην υπόθεση *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*<sup>17</sup>.

57. Αυτή η βούληση του νομοθέτη μετουσιώνεται, από κανονιστική άποψη, στις παραγράφους 2 και 5 του άρθρου 71 της οδηγίας 2014/24, οι οποίες αφορούν, αντιστοίχως, την υποχρέωση του προσφέροντος και του κύριου αναδόχου να ενημερώσουν την αναθέτουσα αρχή σχετικά με την προβλεπόμενη (στο στάδιο της επιλογής) ή την ήδη εφαρμοζόμενη χρήση υπεργολάβων (μετά την ανάθεση της σύμβασης).

58. Το άρθρο 71, παράγραφος 6, στοιχείο β', παραπέμπει σε αυτό το καθήκον παροχής πληροφοριών όταν αναγνωρίζει στις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να χρησιμοποιούν τους προβλεπόμενους στα άρθρα 59, 60 και 61 της οδηγίας 2014/24 μηχανισμούς προκειμένου να ελέγξουν αν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού οποιουδήποτε υπεργολάβου βάσει του άρθρου 57.

<sup>15</sup> Η *Consip* και η Αυστριακή Κυβέρνηση.

<sup>16</sup> Στο άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 10, της οδηγίας, ο «οικονομικός φορέας» ορίζεται ως «κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή/και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών». Επίσης, ο «προσφέρων» ορίζεται ως «οικονομικός φορέας που έχει υποβάλει προσφορά» (άρθρο 2, παράγραφος 1, σημείο 11).

<sup>17</sup> Υπόθεση C-267/18 (EU:C:2019:393).

59. Η παραπομπή του άρθρου 71 στο άρθρο 57 περιλαμβάνει τόσο τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού όσο και τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού, στο πλαίσιο της αθέτησης των υποχρεώσεων του άρθρου 18, παράγραφος 2. Εντούτοις, οι συνέπειες διαφέρουν:

- εάν στο πρόσωπο του υπεργολάβου συντρέχει υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού<sup>18</sup>, θα απαιτηθεί από τον οικονομικό φορέα να τον αντικαταστήσει·
- εάν πρόκειται για μη υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού<sup>19</sup>, η αναθέτουσα αρχή δύναται να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει τον υπεργολάβο. Όπως θα εξηγήσω εν συνεχεία, αυτό είναι ένα ακόμη από τα αποδεκτά μέτρα για την αντιμετώπιση της ύπαρξης μη κατάλληλων υπεργολάβων.

60. Συναφώς, επισημαίνονται δύο κανονιστικά στοιχεία:

- αφενός, η ευρεία διατύπωση που χρησιμοποιείται στο άρθρο 71, παράγραφος 6, της οδηγίας 2014/24 («[π]ροκειμένου να μην αθετούνται οι υποχρεώσεις του άρθρου 18, παράγραφος 2, μπορούν να λαμβάνονται ενδεδειγμένα μέτρα, όπως: [...]»)
- αφετέρου, η δυνατότητα που αναγνωρίζεται στα κράτη μέλη να θεσπίζουν «αυστηρότερους κανόνες περί ευθύνης» (άρθρο 71, παράγραφος 7).

61. Εκτιμώ ότι ο συνδυασμός των δύο στοιχείων επιρρωννύει το συμπέρασμα που προκύπτει από την ερμηνεία του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο α', της οδηγίας 2014/24, ήτοι, τη δυνατότητα των κρατών μελών να καθιερώνουν, σε τέτοιες περιπτώσεις, την άμεση ευθύνη των προσφερόντων οι οποίοι πρότειναν υπεργολάβους που έχουν διαπράξει παραβάσεις του άρθρου 18, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής.

62. Συγκεκριμένα, το αντίστοιχο γράμμα της παραγράφου 6 του άρθρου 71 της οδηγίας 2014/24 αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο θέσπισης άλλων εθνικών μέτρων. Ο νομοθέτης της Ένωσης παρέθεσε, όλως ενδεικτικώς, μερικά από τα μέτρα αυτά για την αντιμετώπιση της αθέτησης των υποχρεώσεων της κοινωνικής και εργατικής νομοθεσίας, όπως την αντικατάσταση του υπεργολάβου στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν (υποχρεωτικοί ή προαιρετικοί) λόγοι αποκλεισμού, χωρίς να αποκλείσει άλλα. Τα κράτη μέλη πρέπει να καθορίσουν τους εκτελεστικούς όρους των μέτρων αυτών, βάσει του άρθρου 71, παράγραφος 8.

63. Η ίδια προσέγγιση εφαρμόζεται στο άρθρο 71, παράγραφος 7, το οποίο παρέχει τη δυνατότητα στα κράτη μέλη να αποφασίσουν να θεσπίσουν στις νομοθεσίες τους «αυστηρότερους κανόνες περί ευθύνης» σε θέματα υπεργολαβίας. Εκτιμώ ότι, από την ερμηνεία της παραγράφου αυτής, προκύπτει ότι οι κανόνες αυτοί δεν περιορίζονται στις ρυθμίσεις «σχετικά με τις απευθείας πληρωμές στους υπεργολάβους» (για τις οποίες το άρθρο χρησιμοποιεί τη φράση «περαιτέρω ρυθμίσεις»), αλλά μπορούν να έχουν γενικότερη εμβέλεια.

64. Αυτό προκύπτει, με μεγαλύτερη σαφήνεια, από την αιτιολογική σκέψη 105 της οδηγίας 2014/24, στην οποία επισημαίνεται ότι «τα κράτη μέλη εξακολουθούν να έχουν τη δυνατότητα να θεσπίσουν πιο αυστηρούς κανόνες ευθύνης στο εθνικό τους δίκαιο ή να προβλέψουν περαιτέρω ρυθμίσεις στο εθνικό δίκαιο σχετικά με τις απευθείας πληρωμές στους υπεργολάβους». Ο διαζευκτικός σύνδεσμος υποδηλώνει ότι πρόκειται για δύο διαφορετικά είδη (ενδεχόμενων) παρεμβάσεων.

<sup>18</sup> Ήτοι, όταν πρόκειται για αθέτηση υποχρεώσεων που απορρέουν από την κοινωνική ή την εργατική νομοθεσία σε σχέση με τις οποίες έχει εκδοθεί τελεσίδικη απόφαση, οι οποίες εμπίπτουν σε οποιονδήποτε από τους λόγους του άρθρου 57, παράγραφος 1.

<sup>19</sup> Αυτών του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο α', ο οποίος αφορά ειδικώς την αθέτηση των υποχρεώσεων του άρθρου 18, παράγραφος 2.

65. Αυτές οι δυνατότητες που παρέχονται στα κράτη μέλη δεν αφορούν μόνον τη σχέση μεταξύ του κύριου αναδόχου και των υπεργολάβων, αλλά μπορούν να επεκταθούν στη σχέση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του προσφέροντος ο οποίος δήλωσε, στην προσφορά του, ότι προτίθεται να χρησιμοποιήσει τις υπηρεσίες υπεργολάβου στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει λόγος αποκλεισμού. Παραπέμπω στα όσα προεκτέθηκαν σχετικά με την αλληλέγγυο ευθύνη των μεν και των δε.

66. Δεδομένου ότι το άρθρο 57 της οδηγίας 2014/24 ρυθμίζει ειδικώς τους λόγους αποκλεισμού, το άρθρο 71, παράγραφοι 6 και 7, ενισχύει, παραπέμποντας σε αυτό, τη δυνατότητα αποκλεισμού των προσφερόντων λόγω των αθετήσεων από τους υπεργολάβους των υποχρεώσεων που απορρέουν από το άρθρο 18, παράγραφος 2. Ο αποκλεισμός των υποψηφίων θεμελιώνεται στο άρθρο 57, πλην όμως, υπογραμμίζω, ότι το καθεστώς της υπεργολαβίας στο άρθρο 71 υποστηρίζει τη δυνατότητα αυτή.

#### ***Δ. Επί του ιταλικού συστήματος αποκλεισμού λόγω παραβάσεων του υπεργολάβου σε σχέση με τα πραγματικά περιστατικά της υπό κρίση υπόθεσης***

67. Η συνδυασμένη εφαρμογή του άρθρου 80, παράγραφος 5, και του άρθρου 105, παράγραφος 12, του CCP συνεπάγεται ότι η μνεία, στην προσφορά, υπεργολάβου ο οποίος παρέβη τις κοινωνικές και εργατικές υποχρεώσεις σχετικά με τα άτομα με αναπηρία έχει ως συνέπεια τον *αυτόματο* αποκλεισμό του προσφέροντος ο οποίος τον πρότεινε ελεύθερα, εάν η παράβαση διαπιστωθεί στο προ της σύναψης της σύμβασης στάδιο.

68. Η αυστηρή αυτή συνέπεια θα μπορούσε να προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας. Σε σχέση με την οδηγία 2004/18<sup>20</sup>, το Δικαστήριο αποφάνθηκε επί των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού, απορρίπτοντας την αυτόματη εφαρμογή τους. Από την απόφαση Forposta και ABC Direct Contact<sup>21</sup> συνάγεται ότι η αυτόματη εφαρμογή θα μπορούσε να υπερβαίνει τη διακριτική ευχέρεια που αναγνωρίζεται στα κράτη μέλη από το άρθρο 45, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 (νυν άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24).

69. Κατά την απόφαση αυτή, απαιτείται να πραγματοποιηθεί «συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα»<sup>22</sup>. Λόγω μη τηρήσεως του κριτηρίου αυτού, το Δικαστήριο έκρινε ασύμβατο με το δίκαιο της Ένωσης εθνικό κανόνα που «υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει αυτομάτως τον εν λόγω φορέα από ένα νέο διαγωνισμό [...] χωρίς να παρέχει στην αρχή αυτή τη[ν] ευχέρεια να εκτιμήσει, κατά περίπτωση, τη σοβαρότητα της φερόμενης ως παραπτωματικής συμπεριφοράς του εν λόγω φορέα».

70. Εντούτοις, στην υπόθεση Connexion Taxi Services, το Δικαστήριο δεν εφάρμοσε τη νομολογιακή αυτή γραμμή, την οποία είχε διατηρήσει σε προηγούμενες αποφάσεις. Αντιπαραβάλλοντας την, έως τότε, αναγκαία αξιολόγηση της παράβασης που διέπραξε ο προσφέρων υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας με τον σεβασμό των αρχών της διαφάνειας και της ισότητας, το Δικαστήριο έκλινε υπέρ των δεύτερων. Το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι αρχές αυτές υπερισχύουν σε περίπτωση στην οποία, σύμφωνα με τους «όρους του διαγωνισμού [...], προσφέρων που έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα αποκλείεται οπωσδήποτε χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αναλογικός ή μη χαρακτήρας της κυρώσεως αυτής»<sup>23</sup>.

20 Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114).

21 Απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801, σκέψη 35).

22 Απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, Forposta και ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, σκέψη 31).

23 Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2016, Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, διατακτικό).

71. Επομένως, η συλλογιστική που οδηγεί στην εκάστοτε απόφαση φαίνεται να διαφέρει ανάλογα με το αν ο αυτόματος αποκλεισμός προβλέπεται μόνο στον νόμο (οπότε, πρέπει να επιτρέπεται ο έλεγχος της αναλογικότητας, καίτοι δεν προβλέπεται από τον εθνικό κανόνα) ή επιβάλλεται ρητώς στα τεύχη του διαγωνισμού.

72. Δεν προκύπτει ούτε από τη διάταξη περί παραπομπής ούτε από τις μεταγενέστερες διευκρινίσεις<sup>24</sup> ότι ο αυτόματος αποκλεισμός ήταν επιβεβλημένος από τα τεύχη του διαγωνισμού. Απόκειται στο εθνικό δικαστήριο να εξακριβώσει αν η ρήτρα 11 ή οποιαδήποτε άλλη ρήτρα των τευχών του διαγωνισμού περιείχε τέτοια επιτακτική εντολή. Σε τέτοια περίπτωση, θα υπερισχύει η εφαρμογή των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων, υπό την έννοια της απόφασης *Connexhion Taxi Services*<sup>25</sup>. Κατ' αυτόν τον τρόπο, αποφεύγεται η δυσμενής μεταχείριση προσφέροντος που τήρησε τους όρους των τευχών του διαγωνισμού προς όφελος προσφέροντος που τους παρέβη.

73. Σε διαφορετική περίπτωση, εφαρμόζονται οι απαιτήσεις της αρχής της αναλογικότητας. Και στην περίπτωση αυτή, απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εκτιμήσει όλους τους συγκεκριμένους παράγοντες, αυτή τη φορά για να εξακριβώσει αν ο αποκλεισμός του προσφέροντος συνιστά ενδεδειγμένη κύρωση λαμβανομένης υπόψη της σοβαρότητας της συμπεριφοράς του.

74. Μεταξύ των παραγόντων αυτών, μπορεί να αξιολογηθεί αυτός που επισημαίνει το αιτούν δικαστήριο στις διευκρινίσεις του, ήτοι η περίπτωση ότι ο αποκλεισθείς προσφέρων δεν είχε υποχρέωση να ελέγξει αν το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου ανταποκρινόταν στην πραγματικότητα, κάτι το οποίο θα μπορούσε να μειώσει την αμέλειά του. Εντούτοις, η αμέλεια αυτή θα συνεχίσει να υφίσταται, καίτοι σε μικρότερο βαθμό, δεδομένου ότι τίποτε δεν εμπόδιζε τον προσφέροντα (όπως έπραξε εν συνεχεία η αναθέτουσα αρχή) να διαπιστώσει εκ των προτέρων, με άλλους τρόπους, την αθέτηση του υπεργολάβου.

75. Η εκπλήρωση της απαίτησης περί τριών υπεργολάβων δηλώνοντας, επιπλέον του παραβάτη, δύο άλλους άμεμπτους οικονομικούς φορείς δεν αρκεί για να μειωθεί η ευθύνη του προσφέροντος. Η αποδοχή της πρακτικής αυτής θα μπορούσε να ευνοήσει την απάτη η οποία θα συνίσταται στον ορισμό ενός παραβάτη υπεργολάβου (ο οποίος, όπως προεκτέθηκε, έχει συνήθως μειωμένα εργατικά ή κοινωνικά έξοδα), του οποίου οι υπηρεσίες θα χρησιμοποιηθούν εάν δεν ανακαλυφθεί η παράβασή του, και δύο άλλων υπεργολάβων οι οποίοι θα έχουν απλώς επικουρικό ρόλο.

76. Εξάλλου, δεν μειώνει την ευθύνη του προσφέροντος η περίπτωση ότι μπορούσε να εκτελέσει ο ίδιος τις συμβατικές παροχές χωρίς να χρησιμοποιήσει υπεργολάβο. Δεδομένου ότι είχε τη δυνατότητα να κάνει χρήση του μηχανισμού υπεργολαβίας και ότι, στην προσφορά, δήλωσε στην αναθέτουσα αρχή την πρόθεσή του να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής και όρισε τρεις υπεργολάβους, ο προσφέρων ήταν υπεύθυνος να μην έχει παραβεί κανέναν από τους τρεις αυτούς υπεργολάβους τις εθνικές διατάξεις όσον αφορά την εργασία ατόμων με αναπηρία.

## V. Πρόταση

77. Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (διοικητικό πρωτοδικείο της περιφέρειας του Λατίου, Ιταλία) ως εξής:

«1) Δεν αντιβαίνει, καταρχήν, στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο α', 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, ο

<sup>24</sup> Οι οποίες συνοψίζονται στο σημείο 21 των παρουσών προτάσεων.

<sup>25</sup> Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948).

αποκλεισμός προσφέροντος ο οποίος δήλωσε, στην προσφορά του, την πρόθεσή του να χρησιμοποιήσει ως υπεργολάβο οικονομικό φορέα ο οποίος παρέβη τις ισχύουσες υποχρεώσεις που προβλέπονται στην εθνική εργατική ή κοινωνική νομοθεσία.

- 2) Όταν λαμβάνει απόφαση περί αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να έχει τη δυνατότητα να εκτιμήσει, εν πάση περιπτώσει, τον αναλογικό χαρακτήρα του μέτρου αυτού, αξιολογώντας όλες τις συγκεκριμένες περιστάσεις ώστε να εξακριβώσει την αξιοπιστία του προσφέροντος, εκτός εάν στα τεύχη του διαγωνισμού προβλέπεται, με επιτακτικό τρόπο, ο αποκλεισμός, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αναλογικός χαρακτήρας της εν λόγω κύρωσης.»