

ΑΠΟ ΤΗΝ DE LEGE FERENDA «ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ» ΣΤΗΝ DE LEGE LATA ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑ

Μερικές σκέψεις υπό το πρίσμα των νέων άρθρων 78 και 307 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αντίστοιχα), με αφορμή την υπ' αριθμ. 2390/2016 απόφαση του ΕλΣυν.

Μιχάλης Π. Σειραδάκης, Δικηγόρος Παρ' Αρείω Πάγω, Μ.Δ.Ε. στο Εμπορικό Δίκαιο, LL.M in International Business Law

1. Το νομικό πλαίσιο που αφορά τον θεσμό της «δάνειας εμπειρίας», όπως είχε διαμορφωθεί πριν τη θέσπιση των νέων Οδηγιών.

Ο θεσμός της «δάνειας εμπειρίας», όπως επικράτησε να τιτλοφορείται η στήριξη οικονομικών φορέων που λάμβαναν μέρος σε διαγωνιστικές διαδικασίες σε τρίτους φορείς, οι οποίοι δεν συμμετείχαν στον διαγωνισμό, προβλεπόταν ρητά υπό το μέχρι πρότινος ισχύον νομοθετικό καθεστώς, στις διατάξεις των άρθρων 45 παρ. 5 και 6 του ΠΔ 59/2007¹ και 45 παρ. 2 και 3 και 46 παρ. 3 και 4 του ΠΔ 60/2007². Η «δάνεια εμπειρία» είναι η αναγνωρισμένη εκ του νόμου, δυνατότητα που έχουν οι συμμετέχοντες σε δημόσιους διαγωνισμούς οικονομικοί φορείς να «δανείζονται» την ελλείπουσα στο πρόσωπό τους, αλλά απαραίτητη για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό εμπειρία, από τρίτα πρόσωπα που δεν μετέχουν τα ίδια στον διαγωνισμό³.

Σύμφωνα με το ανωτέρω νομοθετικό πλαίσιο μπορεί ένας οικονομικός φορέας να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων σε ό,τι αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια ή/και τις τεχνικές και επαγγελματικές του ικανότητες, ασχέτως της νομικής φύσης του δεσμών του με αυτούς, εφόσον όμως αποδεικνύει στην Αναθέτουσα Αρχή ή τον Αναθέτοντα Φορέα που διεξάγει τον διαγωνισμό είτε ότι έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους (στην πρώτη περίπτωση) είτε ότι υπάρχει σχετική δέσμευση του τρίτου προς τούτο και παρέχει

¹ Άρθρο 54 παρ. 5 και 6 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών.

² Άρθρα 47 παρ. 2 και 3 και 48 παρ. 3 και 4 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών.

³ Βλ. σχετικά εγκύκλιο 1 του Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. με αριθμ. πρωτ. Δ17γ/09/9/ΦΝ417/18.01.2006 και θέμα: «Εφαρμογή της κοινής οδηγίας 2004/18/ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών»).

επαρκείς εγγυήσεις για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης (στη δεύτερη περίπτωση).

Τα βασικά στοιχεία του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», όπως διαμορφώθηκε νομολογιακά πριν ακόμα αποτυπωθεί με ρητή νομοθετική πρόβλεψη στις προϋσχύσασες κοινοτικές οδηγίες⁴, είναι: **α)** η αδυναμία του υποψήφιου οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, και η προσφυγή του σε δυνατότητες τρίτου φορέα (χρηματοδοτικές ή τεχνικές δυνατότητες) για την απόδειξη της καταλληλότητάς του και **β)** η υποχρέωση του υποψήφιου οικονομικού φορέα να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους και ότι οι πόροι αυτοί θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση του πρώτου για την εκτέλεση της σύμβασης.

Όπως γινόταν μέχρι σήμερα παγίως δεκτό από τη νομολογία τόσο των Ελληνικών Δικαστηρίων όσο και των αντίστοιχων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η ανωτέρω προσέγγιση ερμηνεύεται με τον τρόπο ότι ναι μεν επιτρέπεται η επίκληση εμπειρίας ή και μέσων τρίτων, οσάκις ενδείκνυται και για δεδομένη σύμβαση, ωστόσο η παροχή και η χρήση των ικανοτήτων αυτών πρέπει αφενός να αποδεικνύεται, αφετέρου να είναι απολύτως δεσμευτική για τα συμβαλλόμενα μέρη, αλλά και επιπλέον να παρέχονται ικανές εγγυήσεις στην Αναθέτουσα Αρχή⁵ ώστε λυσιτελώς να εξασφαλίζεται αυτή για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση του έργου. Ως εκ περισσού αναφέρεται ότι η «δάνεια εμπειρία» ως θεσμός νομολογήθηκε και εν τέλει βρήκε τη νομοθετική της καθιέρωση, προκειμένου να εξυπηρετήσει τη διευκόλυνση πρόσβασης των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (Μ.Μ.Ε.) σε δημόσιες συμβάσεις, γεγονός που αποτελεί κύριο μέλημα και σκοπό σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεδομένου ότι οι Μ.Μ.Ε. θεωρούνται η ραχοκοκαλιά της οικονομίας της Ε.Ε. Οι πιθανότητες των Μ.Μ.Ε. να συμμετέχουν σε διαγωνισμούς και να τους ανατίθενται δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, προσκρούουν, μεταξύ άλλων παραγόντων, στο μέγεθος του προκηρυσσόμενου αντικειμένου των συμβάσεων. Εξαιτίας αυτού, η δυνατότητα των

⁴ Οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών. Οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών.

⁵ Η τον Αναθέτοντα Φορέα. Κάθε φορά που αναφέρεται Αναθέτουσα Αρχή στο κείμενο, εννοείται αντίστοιχα και ο Αναθέτων Φορέας, ανάλογα με τον φορέα που διεξάγει τον εκάστοτε διαγωνισμό.

προσφερόντων να συμμετέχουν σε διαγωνισμούς μέσω επίκλησης των δυνατοτήτων τρίτων (θεωρητικά μεγαλύτερου μεγέθους) επιχειρήσεων είναι ιδιαίτερα σημαντική για τη διευκόλυνση της πρόσβασης των Μ.Μ.Ε. στις αγορές⁶.

2. Η θέση της νομολογίας σε κοινοτικό και εθνικό επίπεδο.

Το ίδιο ως άνω σκεπτικό αποτυπώνεται και στο σημείο 1.2 στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των Μ.Μ.Ε. στις δημόσιες συμβάσεις»⁷, όπου συνιστάται μεταξύ άλλων «Για τη διευκόλυνση του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, συνιστάται στις Αναθέτουσες Αρχές να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην προκήρυξη της σύμβασης για τη συγκεκριμένη δυνατότητα». Όπως λοιπόν γίνεται αντιληπτό, η ερμηνευτική προσέγγιση του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» μέχρι τη νομοθετική της καθιέρωση, γινόταν υπό το πρίσμα ότι η εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή ή ο εκάστοτε Αναθέτων Φορέας οφείλει να διευκολύνει την πρόσβαση στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων που εμπίπτουν κατά τα ανωτέρω στην έννοια των Μ.Μ.Ε. και να δίνει τη δυνατότητα της εφαρμογής του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», εφόσον παρέχονται κατάλληλες εγγυήσεις από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς που καλύπτουν τις απαιτήσεις της Διακήρυξης.

Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, η κοινοτική νομολογία στην υπόθεση C-176/98⁸, δέχεται ότι η προσφυγή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων. Πράγματι, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, εναπόκειται στην Αναθέτουσα Αρχή ο έλεγχος της ικανότητας των παρεχόντων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και είναι στην ευχέρειά της να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των προσκομισθέντων αποδεικτικών στοιχείων. Η επαλήθευση αυτή σκοπεί ιδίως στο να διασφαλίσει η Αναθέτουσα Αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά πρόκειται όντως να κάνει χρήση των οποιασδήποτε φύσεως μέτρων που επικαλείται κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο. Στο πλαίσιο του ελέγχου αυτού, ούτε παρέχεται η δυνατότητα a priori αποκλεισμού ορισμένων μέσω απόδειξης, ούτε συνάγεται τεκμήριο ότι ο παρέχων υπηρεσίες διαθέτει μέσα τρίτων

⁶ Βλ. τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, σημείο 33, στην απόφαση C-94/12 της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013.

⁷ SEC(2008) 2193.

⁸ Απόφαση της 02.12.1999, Holst Italia SpA κατά Comune di Cagliari, Συλλογή της Νομολογίας 1999, σελ. I-08607.

απλώς και μόνο επειδή ανήκει στην ίδια κοινοπραξία επιχειρήσεων. Σε αντίστοιχη νομολογία, το Δικαστήριο⁹ έχει κρίνει ότι πρόσωπο, το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησης αυτών των ικανοτήτων. Στο πλαίσιο αυτό, η Αναθέτουσα Αρχή πρέπει να λαμβάνει υπόψη το αναγνωριζόμενο από τα άρθρα 47 παρ. 2 και 48 παρ. 3 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να μπορεί να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς τους φορείς, εφόσον αποδεικνύει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της συμβάσεως αυτής¹⁰.

Ομοίως, σύμφωνα με την ελληνική νομολογία, όπως διαμορφώθηκε μέσα από σχετικές αποφάσεις του ΣτΕ και του ΕλΣυν, το μείζον ζήτημα που ανακύπτει σε κάθε τέτοια περίπτωση «δάνειας εμπειρίας» είναι η απόδειξη ότι τα μέσα του τρίτου φορέα θα τεθούν πράγματι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου φορέα, εφόσον αυτός ανακηρυχθεί ανάδοχος, γεγονός που εναπόκειται στην Αναθέτουσα Αρχή (και στη συνέχεια ενδεχομένως στον δικαστή) να κρίνει κατά περίπτωση εάν έχουν προσκομιστεί επαρκή αποδεικτικά στοιχεία, ώστε να επιτρέπουν την περαιτέρω συμμετοχή του εν λόγω φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία.

Συγκεκριμένα, σε υπόθεση σχετική με διαγωνισμό για τη δημιουργία πληροφοριακού συστήματος του Δήμου Αθηναίων και προκειμένου να πληρωθεί ο όρος της Διακήρυξης για την υλοποίηση παρόμοιων έργων κατά την τελευταία τριετία, κρίθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή παραδεκτή η προσφυγή στη δάνεια εμπειρία ιταλικού οίκου και αρκετή η προσκόμιση επίσημης δέσμευσης του φορέα αυτού ότι θα θέσει στη διάθεση της συμμετέχουσας εταιρείας τους αναγκαίους πόρους για την υλοποίηση του έργου, όπως προέβλεπε και η Διακήρυξη¹¹. Η Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ, κρίνοντας το επαρκές ή μη των ανωτέρω αποδεικτικών της «δάνειας εμπειρίας» μέσων, απέρριψε τον ισχυρισμό της ανταγωνίστριας εταιρείας ότι δεν αναφέρονται αναλυτικά τα τμήματα του έργου που

⁹ Απόφαση της 18.03.2004, C-314/01, Συλλογή 2004, I-2581.

¹⁰ Απόφαση της 10.10.2013, C-94/12, σκέψη 29.

¹¹ Βλ. Ταμαμίδη, Η δάνεια εμπειρία-Νομολογική Αντιμετώπιση, ΘΠΔΔ 7/2013.

η εταιρεία προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά στον ιταλικό οίκο και επιβεβαίωσε την κρίση της Αναθέτουσας Αρχής¹².

Σε σχετικά πρόσφατες αποφάσεις της ΕΑ του ΣτΕ¹³ κρίθηκε ότι πρόσωπο, το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησής αυτών των ικανοτήτων. Ιδιαίτερα ενδιαφέροντα είναι η αιτιολογία της σκέψης 14 στην απόφαση 284/2013 που αναφέρει χαρακτηριστικά, με παραπομπή σε περαιτέρω κοινοτική νομολογία: «...συνάγεται ότι, προκειμένου ο υποψήφιος να αποδείξει ότι πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας, δύναται να επικαλείται τις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, προς τους οποίους συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς. Στην περίπτωση αυτή οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οικονομικών φορέων που δεν του ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης. (βλ. αποφάσεις της 02.12.1999, C-176/98, *Holst Italia*, Συλλογή 1999, σ. I-8607, της 12.07.2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi κ.λπ.*, Συλλογή 2001, σ. I - 5409, της 18.03.2004, C-314/01, *Siemens και ARGE Telekom & Partner*, Συλλογή 2004, σ. I-02549 και της 18.11.2004, C-126/03, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, Συλλογή 2004, σ. I-11197)».

3. Το νέο νομοθετικό πλαίσιο.

Ο νεότευκτος νόμος 4412/2016¹⁴ στα πλαίσια της ενιαίας κωδικοποίησης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων (έργα, μελέτες και συναφείς υπηρεσίες, προμήθειες, παροχή υπηρεσιών) ενσωμάτωσε στα άρθρα 78 παρ. 1 και 307 παρ. 1 και 2 τα αντίστοιχα άρθρα των νέων Οδηγιών^{15,16} που προβλέπουν τους όρους και τις προϋποθέσεις, κάτω από τις οποίες ένας οικονομικός φορέας μπορεί να συμμετάσχει

¹² ΣτΕ 968/2008 ΕΑ.

¹³ ΣτΕ 284/2013 και 409/2013.

¹⁴ ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)».

¹⁵ Άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (L94/65) του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

¹⁶ Άρθρο 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (L94/243) του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

σε μια διαγωνιστική διαδικασία, επικαλούμενος τη στήριξή του στις ικανότητες άλλων (τρίτων) φορέων. Ωστόσο, με μια απλή ανάγνωση του κειμένου των εν λόγω άρθρων του νέου νόμου διαπιστώνεται ότι ο κοινοτικός (και κατ' επέκταση και ο εθνικός) νομοθέτης θέλησαν να πάνε ένα βήμα παραπέρα και να πετύχουν πρόσθετες εξασφαλίσεις, σε σχέση με ό,τι ίσχυσε στο παρελθόν, αναφορικά με την έστω και έμμεση συμμετοχή τρίτου φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία από άποψη των δεσμεύσεων που αναλαμβάνει αυτός έναντι της Αναθέτουσας Αρχής ή του Αναθέτοντος Φορέα που διεξάγει τον διαγωνισμό. Συγκεκριμένα, σε ό,τι αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες του τρίτου φορέα, το δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 78, αναφέρει χαρακτηριστικά: *«...Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες»*. Ομοίως, σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του τρίτου φορέα, το εδάφιο 6 της ίδιας παραγράφου του ίδιου άρθρου, έχει την εξής διατύπωση: *«Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης»*.

Πανομοιότυπη είναι και η διατύπωση των αντίστοιχων εδαφίων της παρ. 1 του άρθρου 307 του νόμου για τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες του τρίτου φορέα: *«Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες»*, όπως άλλωστε και για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του τρίτου φορέα (παρ. 2): *«Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι φορείς αυτοί να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης»*.

Και αν για την προσπάθεια εξασφάλισης της Αναθέτουσας Αρχής ή του Αναθέτοντος Φορέα απέναντι στον τρίτο σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του, την οποία επικαλείται ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, η απαίτηση της ανάληψης από κοινού ευθύνης του για την τελική εκτέλεση της σύμβασης, φαντάζει θεμιτή και εύλογη¹⁷, δεν μπορούμε να πούμε το ίδιο για τον τρόπο, με τον οποίο απαιτούν οι διατάξεις του νέου νόμου να γίνεται επίκληση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων του τρίτου φορέα. Κυρίως τίθεται το ερώτημα κατά πόσο αυτή πράγματι θα μπορέσει να τύχει εφαρμογής στην πράξη ή θα λειτουργήσει εν τέλει αποτρεπτικά για τρίτους φορείς, να «δανείσουν» την εμπειρία τους σε κάποιον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα και να εμπλακούν σε έναν διαγωνισμό.

Για την περίπτωση της χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας, αυτό που πρέπει να έχει υπόψη του κατά την ανάγνωση του νέου πλαισίου, εκείνος που καλείται να ερμηνεύσει ή/και να εφαρμόσει τον νέο νόμο είναι ότι πλέον αναγνωρίζεται η διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής να απαιτήσει από τον τρίτο φορέα να είναι από κοινού υπεύθυνος με τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα. Αυτό το σημείο αποτελεί τον ουσιαστικό νεωτερισμό και την επιπλέον εγγύηση για την Αναθέτουσα Αρχή, ότι πράγματι ο τρίτος θα συνδράμει οικονομικά τον υποψήφιο οικονομικό φορέα, προκειμένου αυτός να μπορέσει να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις του ρόλου του ως ανάδοχος, εφόσον ανακηρυχθεί. Πέρα από το γεγονός ότι πρόκειται για δυνατότητα και όχι υποχρέωση της Αναθέτουσας να συμπεριλάβει έναν τέτοιο όρο στις διατάξεις της Διακήρυξης του διαγωνισμού, είναι σαφής η πρόθεση του νομοθέτη να επιτύχει τις μέγιστες δυνατές οικονομικές εγγυήσεις για την ανάληψη της υποχρέωσης εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα. Κατά την εκτίμηση του γράφοντος πάντως, αναμένεται μάλλον να είναι φειδωλές οι Αναθέτουσες Αρχές ως προς την επιλογή να δεσμεύεται από κοινού με τον υποψήφιο ανάδοχο και ο τρίτος φορέας, αφού κάτι τέτοιο θα δημιουργήσει πρόσθετες και ενδεχομένως ανυπέρβλητες πρακτικές δυσχέρειες στην επίκληση της «δάνειας εμπειρίας» από την άποψη της παροχής οικονομικών μέσων τρίτου και θα οδηγήσει μοιραία, τις Μ.Μ.Ε. που έχουν κατ' αρχήν, ανάγκη να προσφύγουν σε αυτή, να απέχουν από διαγωνιστικές διαδικασίες με μεγάλο συμβατικό αντικείμενο.

¹⁷ Προσομοιάζει εξάλλου στην από κοινού ανάληψη ευθύνης των μελών μιας Κοινοπραξίας έναντι της Αναθέτουσας Αρχής ή του Αναθέτοντος Φορέα, φαινόμενου που και κατά το προϊσχύσαν δίκαιο, όχι μόνο δεν ήταν άγνωστο, αλλά συνιστούσε προϋπόθεση για την έγκυρη συμμετοχή μιας Κοινοπραξίας σε διαγωνιστική διαδικασία και αναγκαίο όρο για την ανάδειξή της σε τελικό μειοδότη.

Εντούτοις, στην περίπτωση του δανεισμού τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων τρίτου φορέα το πρόβλημα σαφέστατα προκαλείται από τη φράση «...μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», η οποία αποτελεί και την ουσιαστική καινοτομία στο νέο νομοθετικό πλαίσιο του θεσμού της επίκλησης ικανότητας τρίτων. Ο θεσμός της «δάνειας εμπειρίας», όπως αναλύθηκε ανωτέρω και διαπλάστηκε νομολογιακά κατά τα πρώιμα στάδια εφαρμογής του, αποσκοπεί πράγματι στην προσφυγή του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στις «δυνάμεις» τρίτου, ξένου με τον διαγωνισμό φορέα, του οποίου η μοναδική εμπλοκή, σχετίζεται με την παροχή εγγυήσεων ότι πράγματι θα συνδράμει τον υποψήφιο οικονομικό φορέα και θα τον στηρίξει, εφόσον ανακηρυχθεί ανάδοχος για την έντευξη, προσήκουσα, άρτια και εμπρόθεσμη εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης που θα του ανατεθεί. Με τη νέα διατύπωση όμως, είναι δεδομένο ότι καταργείται εννοιολογικά τόσο ο όρος «δάνεια» εμπειρία, όσο και η έννοια του «τρίτου» φορέα, ως προς τη συναφθείσα εν τέλει δημόσια σύμβαση, με τον υποψήφιο οικονομικό φορέα που συμμετείχε στον διαγωνισμό μέσω της επίκλησης των ικανοτήτων τρίτου.

Το πρώτο για τον λόγο ότι πλέον ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, δεν θα «δανείζεται» απλά¹⁸ από τον τρίτο την εμπειρία του, αλλά ο τελευταίος θα έχει πολύ πιο ενεργό και άμεσο ρόλο στη δημόσια σύμβαση, με τη σχέση που θα δημιουργείται μεταξύ των δύο (συμμετέχοντος και τρίτου) να προσομοιάζει, αν όχι να εμπίπτει απόλυτα, στην έννοια της «υπεργολαβίας» ή αντίστοιχα της μερικής εκτέλεσης μιας σύμβασης, με σαφή και προδιατυπωμένο επιμερισμό των τμημάτων που θα εκτελεστούν, όπως συμβαίνει μεταξύ των μελών μιας Κοινοπραξίας ή Ένωσης. Ομοίως, σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, κατά λογική αναγκαιότητα και ο χαρακτηρισμός του δανείζοντος φορέα ως «τρίτου», πρακτικά καταργείται, αφού η ίδια η Διακήρυξη του διαγωνισμού θα δέχεται την επίκληση των προσόντων του τρίτου, μόνο εφόσον αυτός πλέον αναλαμβάνει να εκτελέσει αυτοτελώς, τμήμα της υπό ανάθεση σύμβασης! Με αυτόν τον τρόπο όμως, ο φορέας αυτός, μόνο «τρίτος» δεν θα μπορεί να χαρακτηριστεί, αφού δεν είναι λίγες οι φορές που το τμήμα μιας σύμβασης για το οποίο ο συμμετέχων οικονομικός φορέας προσφεύγει στην επίκληση της εμπειρίας τρίτου, είναι και το μεγαλύτερο ή το σημαντικότερο για την εκτέλεση της σχετικής δημόσιας σύμβασης.

¹⁸ Με τη στενή έννοια του όρου και την έννοια που απέκτησε στα πλαίσια εφαρμογής του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας».

4. Μερικές σκέψεις για το νέο νομοθετικό πλαίσιο.

Οι πρακτικές δυσκολίες και ο κίνδυνος σύγχυσης υπό το νέο καθεστώς που διαμορφώνεται είναι παραπάνω από ορατός. Το κρισιμότερο όμως στοιχείο, το οποίο πρέπει να ληφθεί υπόψη είναι ότι μέσα από την ερμηνεία των νέων διατάξεων, πλέον διακινδυνεύεται η απομάκρυνση από τις βασικές και θεμελιώδεις αρχές που σφυρηλάτησαν την εφαρμογή του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» και η αλλοίωση των ουσιαστικών κριτηρίων για τη διαπίστωση της σύννομης εφαρμογής του ή όχι, όπως αυτά εκτέθηκαν στην παρούσα υπό 1 και 2. Σε τελική ανάλυση, απειλείται η κατάργηση του ίδιου το θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», όπως ίσχυσε μέχρι σήμερα, αφού όπως ειπώθηκε ήδη, απομακρυνόμαστε εννοιολογικά τόσο από τον όρο «δάνεια» όσο και τον χαρακτηρισμό του δανείζοντος φορέα ως «τρίτου».

Κυρίως όμως, δυσκολεύει σε υπέρμετρο βαθμό και σε πλήρη αντίθεση με τους σκοπούς του νομοθέτη και το πνεύμα της εξ αρχής δημιουργίας του θεσμού «δάνειας εμπειρίας» η στήριξη στις δυνάμεις τρίτων, αφού ο εκάστοτε τρίτος θα αντιμετωπίζει με περισσότερη επιφυλακτικότητα την εμπλοκή του σε μια σύμβαση, για την οποία ενδεχομένως δεν θα είχε ποτέ ενδιαφέρον να αναλάβει αυτοτελώς να εκτελέσει, ενώ ελλοχεύει ο κίνδυνος να προκύψει το παράδοξο, ο ανάδοχος οικονομικός φορέας, να καταλήξει να εποπτεύει έναν πολύ μεγαλύτερου μεγέθους τρίτο φορέα ως υπεργολάβο του¹⁹ και ο οποίος εν κατακλείδι θα εκτελέσει ο ίδιος ένα τμήμα της αναληφθείσας σύμβασης, που μπορεί να είναι και το σημαντικότερο αυτής!!! Και το προαναφερθέν παράδοξο, πέραν όλων των άλλων που θα μπορούσαν να ειπωθούν σχετικά, κατά κύριο λόγο φαίνεται να φαλκιδεύει την αληθή βούληση των μερών, σχετικά με την άσκηση του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος της συμβατικής τους ελευθερίας²⁰. Επίσης, εξαιρετικά αμφίβολο παραμένει υπό το πρίσμα ανάλυσης των ανωτέρω σκέψεων, κατά πόσο πράγματι εξυπηρετείται και η ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού και πως με την εφαρμογή των συγκεκριμένων διατάξεων θα επιτευχθεί η ευρύτερη δυνατή συμμετοχή του μέγιστου αριθμού υποψηφίων, η οποία κατά κύριο λόγο ενισχυόταν με την παρουσία Μ.Μ.Ε., που προσέφευγαν στη «δάνεια εμπειρία» τρίτων.

¹⁹ Το ενδεχόμενο να πρόκειται για αλλοδαπό φορέα, μεγάλου οικονομικού μεγέθους, ο οποίος τυγχάνει και ο προμηθευτής του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό, απλά καταδεικνύει μέρος των προβλημάτων που μπορεί να προκύψουν και υπογραμμίζει τον κίνδυνο ανατροπής των ισορροπιών εντός του διαγωνιστικού πλαισίου.

²⁰ Άρθρο 5 παρ. 1 Συντ. και άρθρο 361 ΑΚ.

Είναι πολύ διαφορετικό να απαιτεί θεμιτά και με γνώμονα την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος ο νομοθέτης, ένα minimum όρων και προϋποθέσεων εξασφάλισης της παροχής της εμπειρίας του τρίτου, είτε χρηματοοικονομικής και οικονομικής είτε σε επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας και είναι κάτι εντελώς άλλο, να οδηγεί τους συμμετέχοντες υποψηφίους σε αναγκαστικές συνεργασίες που αντιστρατεύονται την πραγματική βούληση τους και φαλκιδεύουν την ίδια τη διαμόρφωση των όρων υγιούς και ελεύθερου ανταγωνισμού και ομαλής διεξαγωγής μιας διαγωνιστικής διαδικασίας²¹.

5. Η απόφαση 2390/2016 του VI Τμήματος του ΕλΣυν.

Κλείνοντας, έχει αξία να ειπωθεί ότι με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, απομακρυνόμαστε και από την χρήσιμη (και ορθή κατά την κρίση του γράφοντος) θέση του ΕλΣυν απέναντι στον θεσμό της «δάνειας εμπειρίας», όπως αποτυπώθηκε και στην πρόσφατη υπ' αριθμ. 2390/2016 απόφασή του. Η τελευταία, ορθά ανακάλεσε την υπ' αριθμ. 157/2016 Πράξη του ΣΤ' (ΣΤ' Διακοπών) Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου²², καταλήγοντας στο εύλογο συμπέρασμα ότι δεν είναι δυνατόν να τίθενται για τον τρίτο δανείζοντα φορέα οι ίδιοι όροι και προϋποθέσεις, όπως με εκείνες που ισχύουν για τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, ούτε είναι λογικό να απαιτείται από τον τρίτο φορέα να ικανοποιεί το σύνολο των κριτηρίων που τίθενται από τη Διακήρυξη του διαγωνισμού για τον ίδιο τον υποψήφιο, δεδομένου ότι έτσι εγείρονται ανυπέβλητα εμπόδια επίκλησης της «δάνειας εμπειρίας» τρίτου.

Η υπό κρίση απόφαση, πράγματι εφάρμοσε ορθά, όσα κριτήρια υπαγορεύει και η κοινοτική νομολογία για την ορθή λειτουργία του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας», δεχόμενη κατ' ουσίαν ότι ο συμμετέχων «...δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησής τους των ικανοτήτων...», καθώς και ότι στην προκειμένη περίπτωση, πράγματι ο ανάδοχος, προσκόμισε επαρκείς εγγυήσεις που απέδειξαν

²¹ Βλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 2076/25.04.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 295/2015, με θέμα: «Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων», η οποία μεταξύ άλλων, αποτυπώνει τις νέες διατάξεις για τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων.

²² Αντίθετη και σύμφωνη με την υπ' αριθμ. 2390/2016 η υπ' αριθμ. 161/2016 Πράξη του ΣΤ' (ΣΤ' Διακοπών) Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου με συναφές αντικείμενο.

«...στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της συμβάσεως αυτής...»²³.

Υπό το φως της διατύπωσης των νέων διατάξεων ωστόσο, είναι εξαιρετικά αμφίβολο αν θα έμεναν περιθώρια μιας τέτοιας εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης και αν τελικά θα ήταν εφικτό να διευκολυνθεί η ευρύτερη δυνατή συμμετοχή στον εν λόγω διαγωνισμό και η επίτευξη συνθηκών ανάπτυξης πραγματικού ανταγωνισμού. Εξαιτίας του μεγέθους του τρίτου αλλοδαπού φορέα που εν προκειμένω «δάνεισε» την εμπειρία του στον τελικό ανάδοχο, είναι μάλλον απίθανο να υπήρχε διάθεση για ανάληψη σχετικής δέσμευσης του τρίτου φορέα να εκτελέσει μέρος της ανατεθείσας σύμβασης, κατά την έννοια και τη μορφή που απαιτούν τα άρθρα 78 παρ. 1 και 307 παρ. 1 του νέου νόμου, ενώ ενδεχόμενη τέτοια εμπλοκή του στη διαγωνιστική διαδικασία, θα ανέτρεπε τις ισορροπίες σε βάρος του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα που τελικά ανακηρύχθηκε ανάδοχος. Και φυσικά, σε περίπτωση αποχής του τρίτου από την όλη διαδικασία, ο τελικός μειοδότης, θα στερούνταν εξ αρχής το δικαίωμα συμμετοχής του στον διαγωνισμό, με ό,τι αυτό συνεπάγεται για τον περιορισμό της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και εξυπηρέτησης το δημοσίου συμφέροντος²⁴.

Ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, θα έχει μεγάλο ενδιαφέρον να παρακολουθήσουμε την εφαρμογή του θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» στην πράξη και να γίνει η κριτική αποτίμηση των πορισμάτων αυτής, μετά την παρέλευση εύλογου χρονικού διαστήματος από την εισαγωγή των νέων σχετικών διατάξεων, με την ελπίδα να μην χαθούν τα νομολογιακά και νομοθετικά κεκτημένα της μέχρι σήμερα διαδρομής του θεσμού της στήριξης σε ικανότητες τρίτων φορέων.

²³ Ενδιαφέρουσα πάντως και προς τη σωστή κατεύθυνση η άποψη της μειοψηφήσασας Προέδρου του Τμήματος, κας Γεωργίας Μαραγκού, Αντιπροέδρου, με την οποία συντάχθηκε και ο έχων συμβουλευτική ψήφο, Πάρεδρος κος Αριστοτέλης Σακελλαρίου (σελ. 12-14, παρ. V της απόφασης).

²⁴ Επισημαίνεται ότι ο συγκεκριμένος διαγωνισμός αφορούσε ένα αντικείμενο, για την υλοποίηση του οποίου οι εγχώριοι οικονομικοί φορείς, τεκμηριωμένα δεν διέθεταν την απαραίτητη ικανότητα, εμπειρία και τεχνογνωσία (know-how) και ως εκ τούτου, έπρεπε να καταφύγουν στη «δάνεια εμπειρία» τρίτων οικονομικών φορέων, κατά κύριο λόγο, αλλοδαπής προελεύσεως, με υπέρτερη εμπειρία και τεχνογνωσία, λόγω μεγαλύτερου συγκριτικά μεγέθους των φορέων αυτών. Είναι σχεδόν βέβαιο, ότι ο περιορισμός της πρόσβασης στη «δάνεια εμπειρία» τρίτων οικονομικών φορέων, με την θέσπιση αυξημένων τυπικών προϋποθέσεων, θα απέτρεπε τη συνεργασία εγχωρίων οικονομικών φορέων με σημαντικούς αλλοδαπούς οικονομικούς φορείς, θα περιορίζε αφόρητα την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού και εν τέλει θα κινδύνευε να οδηγήσει σε ματαίωση του διαγωνισμού, με την κήρυξή του ως άγονου, λόγω έλλειψης τεχνικής ικανότητας εθνικών οικονομικών φορέων, να εκτελέσουν άρτια την εν λόγω σύμβαση, αφού επρόκειτο για την προμήθεια και εγκατάσταση ενός πρωτοπόρου τεχνολογικά αντικειμένου για τα ελληνικά δεδομένα που δεν έχει ποτέ προηγηθεί στην ελληνική αγορά.