

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 07 Φεβρουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με αρ. 153/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 114/29-01-2019 Προδικαστική Προσφυγή της Ανώνυμης Εταιρείας, με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού αρ. και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»).

Κατά του Αναθέτοντα Φορέα με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στην, επί της αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «Αναθέτων Φορέας» ή «.....» ή «.....» ή «ΑΦ»), στο πλαίσιο διεθνή ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (με α/α ΕΣΗΔΗΣ:), που αυτός διενεργεί, για την ανάθεση με συμφωνία πλαίσιο της κατασκευής του έργου, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού τριάντα εννέα εκατομμυρίων Ευρώ (39.000.000,00 €) χωρίς ΦΠΑ (εφεξής «διαγωνισμός») και κατά του, από 7.1.2019, 2^{ου} Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης της Επιτροπής του Διαγωνισμού (με το οποίο κρίθηκε ότι τα από την προσωρινή ανάδοχο, ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....», υποβληθέντα έγγραφα και δικαιολογητικά πληρούν τις προϋποθέσεις της υπέρ αυτής κατακύρωσης του αποτελέσματος

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

του διαγωνισμού, κατά τα άρθρα 19, 20 & 21 της διακήρυξης) και κατά της με αριθμό 1490(β)/16.1.2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «.....» (με την οποία εγκρίθηκε το ανωτέρω Πρακτικό, κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην πιο πάνω αναφερόμενη εταιρεία και αποφασίσθηκε η ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν), για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο διαγωνισμός που με την με ΑΔΑΜ και με αριθμό διακήρυξη του προκήρυξε η εταιρεία, ενόψει του προϋπολογισμού της σύμβασης (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (έργο) και της δραστηριότητας που η ασκεί ως αναθέτων Φορέας (παροχή ή τη λειτουργία δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο κ.α.) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, συναφώς και στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, η 12^η Ιουνίου 2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

2. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 15.000,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

3. Επειδή, στον επίμαχο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά οκτώ (8) οικονομικοί φορείς. Μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, καταρτίστηκε κατάλογος συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας, ως εξής: 1. και τον διακριτικό τίτλο με ποσοστό έκπτωσης 20,63%, 2. με ποσοστό έκπτωσης 20,38%, 3. με ποσοστό έκπτωσης 18,00%, 4. με ποσοστό έκπτωσης 16,28%, 5. με διακριτικό τίτλο με ποσοστό έκπτωσης 11,90%, 6. με ποσοστό έκπτωσης 10,99%, 7. με ποσοστό έκπτωσης 10,62% και 8. με ποσοστό έκπτωσης 7,80%. Κατόπιν, κατά την Επιτροπή του Διαγωνισμού προέκυψαν: α) ανάγκη για διορθώσεις στις Οικονομικές Προσφορές δύο (2) διαγωνιζόμενων εταιρειών, β) ανάγκη για διευκρινίσεις σχετικές με την ψηφιακή υπογραφή μιας (1) διαγωνιζόμενης εταιρείας και στη συνέχεια ο αποκλεισμός της, καθώς επίσης και γ) ο αποκλεισμός ακόμα μιας (1) διαγωνιζόμενης εταιρείας από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Συγκεκριμένα: 1) κατά τον έλεγχο της Οικονομικής Προσφοράς της εταιρείας «.....», η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι υπήρχαν σφάλματα στη συμπλήρωση του «Εντύπου της Οικονομικής Προσφοράς», ειδικότερα: α) στον Πίνακα «1.1 ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΕΡΓΑΣΙΩΝ Α» στο μέρος «Β. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Ομάδα Α» η προσφερόμενη έκπτωση εσφαλμένα μεταφέρθηκε 21% αντί του 22% όπως ορθά αναφέρεται στο μέρος «Α. ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΠΟΣΟΣΤΟΥ ΕΚΠΤΩΣΗΣ Ομάδα Α», η οποία διορθώθηκε από την Επιτροπή σύμφωνα με την παρ. 22.3.3γ της Διακήρυξης, όπως φαίνεται στο Παράρτημα

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

1.1 του 1^{ου} Πρακτικού της και β) στον Πίνακα «1.2 ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΕΡΓΑΣΙΩΝ Β» στο μέρος «Β. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Ομάδα Β» ο Διαγωνιζόμενος εσφαλμένα προσέφερε έκπτωση στο σύνολο της δαπάνης για τις αρχαιολογικές εργασίες, ενώ όπως ρητά αναφέρεται στον σχετικό πίνακα η προσφερόμενη έκπτωση χορηγείται επί του ποσοστού των γενικών εξόδων και του εργολαβικού οφέλους του Αναδόχου. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή δεν έλαβε υπ' όψη της την προσφερόμενη έκπτωση επί της δαπάνης και διόρθωσε τον Πίνακα Β σύμφωνα με την παρ. 22.3.3γ της Διακήρυξης, όπως φαίνεται στο Παράρτημα 1.1 του 1^{ου} Πρακτικού της. Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω η νέα μέση έκπτωση που προέκυπτε μετά τις διορθώσεις από την Επιτροπή ήταν: $E_m = (39.000.000,00 - 33.496.777,70) / 39.000.000,00 = 14,11\%$ αντί του 20,63% της αρχικής προσφοράς, 2) μετά και τις διευκρινίσεις που ζητήθηκαν και εδόθησαν, η προσφορά της εταιρείας «.....» κρίθηκε ανυπόγραφη και ως εκ τούτου θεωρήθηκε ανυπόστατη, σύμφωνα με την παρ. 3.1 της Διακήρυξης και αποκλείστηκε από την περαιτέρω διαδικασία του Διαγωνισμού, 3) κατά τον έλεγχο της πληρότητας του φακέλου της Οικονομικής Προσφοράς της εταιρείας «.....», η Επιτροπή διαπίστωσε ότι ο (υπο)φακέλος «Οικονομική Προσφορά» που υπέβαλε, ενώ περιλάμβανε το «Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς» της ηλεκτρονικής φόρμας του συστήματος, δεν περιλάμβανε ως όφειλε το «Έντυπο της Οικονομικής Προσφοράς» της ΑΜ (Δήλωση και Πίνακες Προσφοράς) σε ξεχωριστό ηλεκτρονικό αρχείο σε μορφή pdf. Ειδικότερα δεν υπέβαλε συμπληρωμένους τους Πίνακες Προσφοράς και συνεπώς όπως ρητά αναφέρει το άρθρο 22.3.1 της Διακήρυξης η Οικονομική της Προσφορά θεωρείται ανυπόστατη. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η διαγωνιζόμενη εταιρεία «.....» δεν κάλυπτε την πληρότητα του φακέλου συμμετοχής σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης του διαγωνισμού και ως εκ τούτου αποκλείστηκε από την περαιτέρω διαδικασία του Διαγωνισμού και 4) κατά τον έλεγχο της Οικονομικής Προσφοράς της εταιρείας «.....», η Επιτροπή διαπίστωσε ότι υπήρχαν σφάλματα στη συμπλήρωση του «Έντύπου της Οικονομικής Προσφοράς», ειδικότερα: α)

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

στον Πίνακα «1.2 ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΕΡΓΑΣΙΩΝ Β» στο μέρος «Β. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Ομάδα Β» ο Διαγωνιζόμενος εσφαλμένα προσέφερε έκπτωση στο σύνολο της δαπάνης για τις αρχαιολογικές εργασίες ενώ όπως ρητά αναφέρεται στον σχετικό πίνακα η προσφερόμενη έκπτωση χορηγείται μόνο επί του ποσοστού των γενικών εξόδων και του εργολαβικού οφέλους του Αναδόχου. Κατά συνέπεια διορθώθηκε η προσφερόμενη έκπτωση από την Επιτροπή σύμφωνα με την παρ. 22.3.3γ της Διακήρυξης όπως φαίνεται στο Παράρτημα 1.2 του 1^{ου} Πρακτικού. Συνεπώς βάσει των ανωτέρω η νέα μέση έκπτωση που προέκυπτε μετά τις διορθώσεις από την Επιτροπή είναι: $E_m = (39.000.000,00 - 36.846.050,00) / 39.000.000,00 = 5,52\%$ αντί του 7,80% της αρχικής προσφοράς. Κατόπιν των ανωτέρω συντάχθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού και υπογράφηκε απ' όλα τα μέλη της, ο Τελικός Πίνακας Κατάταξης κατά τη σειρά μειοδοσίας, σύμφωνα με το άρθρο 4.1.στ της Διακήρυξης, οποίος είχε ως εξής: 1. με ποσοστό έκπτωσης 20,38%, 2. και τον διακριτικό τίτλο με ποσοστό έκπτωσης 14,11%, 3. με διακριτικό τίτλο με ποσοστό έκπτωσης 11,90%, 4. με ποσοστό έκπτωσης 10,99%, 5. με ποσοστό έκπτωσης 10,62% και 6. με ποσοστό έκπτωσης 5,52%. Μετά ταύτα, η Επιτροπή του Διαγωνισμού συμπέρανε ότι σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, μειοδότης είναι ο Διαγωνιζόμενος με τη χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή. Επομένως βάσει του Τελικού Πίνακα Κατάταξης, προσωρινός ανάδοχος αναδείχθηκε η εταιρεία «.....», με συνολική Δαπάνη όλου του Έργου προ ΦΠΑ, τριάντα ενός εκατομμυρίων πενήντα ενός χιλιάδων τετρακοσίων σαράντα και εξήντα επτά λεπτά ΕΥΡΩ (31.051.440,67 €), ήτοι με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 20,38%. Τα παραπάνω αποτυπώθηκαν στο από 28-08-2018 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και στα σε αυτό συνημμένα δύο Παραρτήματά του, το οποίο εγκρίθηκε με την με αριθ. πρωτ. 1474(β)/29-08-2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Κατά της απόφασης αυτής του αναθέτοντος φορέα ο προσφεύγων άσκησε την με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 899/10-09-2018 Προδικαστική Προσφυγή, η οποία

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

απερρίφθη με την με αριθμό 887/24-10-2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. Κατά της απόφασης αυτής της Α.Ε.Π.Π. ο προσφεύγων άσκησε αρμοδίως αίτηση αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, η οποία επίσης απερρίφθη με την με αριθμό 387/2018 Απόφαση της ΕΑ ΣΤΕ. Κατόπιν, η Επιτροπή του Διαγωνισμού κάλεσε, στις 20.12.2018, την προσωρινή ανάδοχο να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, και, αφού αυτά υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα, προχώρησε σε λεπτομερή έλεγχο και αξιολόγησή τους διαπίστωσε ότι όλα τα υποβληθέντα έγγραφα και δικαιολογητικά πληρούν τα όσα προβλέπονται στα άρθρα 19, 20 & 21 της Διακήρυξης για την κατακύρωση του Διαγωνισμού και ομόφωνα αποφάσισε ότι η εταιρεία «.....» πληροί τις προϋποθέσεις για την κατακύρωση της σύμβασης σε αυτήν. Τα παραπάνω αποτυπώθηκαν στο από 7.1.2019 2^ο Πρακτικό της, το οποίο εγκρίθηκε με την με αριθμό 1490(β)/16.1.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντα φορέα. Με την απόφαση αυτή επίσης κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού υπέρ της εταιρείας «.....», με συνολική δαπάνη 31.051.440,67 € και με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 20,38%. Κατά του τελευταίου αυτού πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού και της απόφασης του αναθέτοντος φορέα που το ενέκρινε στρέφεται ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή του, για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή.

4. Επειδή, με την εν λόγω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 29-01-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πλέον του αιτήματος να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις, επιδιώκει την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής του.

5. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναδειχθείσα ανάδοχος της σύμβασης εταιρεία με την επωνυμία «.....», όπως και άλλες εργοληπτικές επιχειρήσεις (μεταξύ των οποίων, μάλιστα και ο ίδιος ο προσφεύγων, σε πολύ μικρότερο, όμως, βαθμό εμπλοκής), περιλαμβάνεται

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

μεταξύ των εργοληπτικών, εκείνων, επιχειρήσεων, σε βάρος των οποίων έχει εκδοθεί η με αριθμό 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σε Ολομέλεια, σύμφωνα με την οποία και ιδίως, όπως αναφέρεται στα σημεία 261 και 265 αυτής, στο κεφάλαιό της VI.3.4. με τίτλο «ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΣΤΗΝ ΑΝΤΙ-ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΙΚΗ ΣΥΜΠΡΑΞΗ ΤΗΣ ΠΕΡΙΟΔΟΥ 2005-2012», η εν λόγω εταιρεία είχε εμπλακεί σε συμφωνίες / εναρμονισμένες πρακτικές αντίθετες με τις αρχές του ανταγωνισμού, λόγο για τον οποίο και, τελικώς, της επεβλήθη και πρόστιμο ύψους 18.611.695,00€. Πρόστιμο, άλλωστε, συνομολογεί ο προσφεύγων ότι επιβλήθηκε και στον ίδιο, ανάλογο, όμως της ελάχιστης, διαπιστωθείσας, συμμετοχής του στις ελεγχθείσες διαδικασίες, εν σχέσει με την συμμετοχή των λοιπών εργοληπτικών επιχειρήσεων, που ανήλθε σε ύψος 110.953,00€. Η ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού εκδόθηκε στις 10.3.2017, δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (στο ΦΕΚ / τεύχος δεύτερο / 3104/8.9.2017) και κοινοποιήθηκε και σε όλες τις εμπλεκόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις (σε ειδικό αντίτυπο, προοριζόμενο για την κάθε μία χωριστά). Εν όψει, της πλήρους γνώσης του περιεχομένου της απόφασης αυτής, την οποία τεκμαίρεται ότι έχουν πάντες οι ενδιαφερόμενοι, αναθέτουσες αρχές, εργοληπτικές επιχειρήσεις κλπ, ως εκ της ανωτέρω δημοσίευσής της στο ΦΕΚ, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, όπως έπραξε και ο ίδιος, έτσι και η όφειλε στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) στο, υπό τον τίτλο «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» ερώτημα που είχε ως εξής: «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» να έχει απαντήσει θετικά, επιπλέον, δε, να δηλώσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει. Η εταιρεία αυτή, ωστόσο, όχι μόνο απάντησε αρνητικά, αλλά και στην υποβληθείσα παρ' αυτής «δήλωση εκπροσώπου» της, με αριθμό 6233/20.7.2018, ενώπιον του Συμβολαιογράφου Αθηνών κ., δήλωσε υπευθύνως, εν όψει της συμμετοχής της στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, μεταξύ άλλων και ότι «...β. δεν υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι συνήψε συμφωνίες με άλλους

Αριθμός απόφασης: A56 / 2019

οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού...». Την ως άνω αρνητική απάντηση της καθ' ης εταιρείας στο ΕΕΕΣ της, ο προσφεύγων, μολονότι είχε λάβει γνώση της, σε αντίθεση με την ως άνω «δήλωση εκπροσώπου» της, της οποίας έλαβε γνώση εκ της ανάρτησης όλων των δικαιολογητικών της προσωρινής αναδόχου, μετά την έκδοση της κατακυρωτικής του αποτελέσματος του διαγωνισμού απόφασης, δεν την θεώρησε ως παράλειψη κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, με την πεποίθηση της παραγραφής των συνεπειών της όποιας πράξης εκ των περιγραφόμενων στην ως άνω, 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ως εκ της παρέλευσης τριετίας και πλέον από την διάπραξή της. Μετά την έκδοση, όμως, της απόφασης του ΔΕΕ, της 24.10.2018, επί της υπόθεσης C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH Stadwerke κατά München GmbH), με την οποία, μεταξύ των άλλων κρίθηκε ότι, σε περίπτωση κατά την οποία έχουν επιβληθεί κυρώσεις, με σχετική απόφαση της αρμόδιας για τον ανταγωνισμό Αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας ρυθμιζόμενης από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο, η περίοδος αποκλεισμού από τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (των τριών ετών) έχει αφετηρία την απόφαση η οποία έχει επιβάλει τις κυρώσεις και όχι τον χρόνο τέλεσης της πράξης η οποία επέφερε την έκδοση της απόφασης αυτής, η ως άνω πεποίθηση, περί παραγραφής των συνεπειών των περιγραφόμενων στην 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού πράξεων εκ της παρόδου χρόνου άνω της τριετίας από την τέλεσή τους, αποδείχθηκε εσφαλμένη. Συνακόλουθα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αποδείχθηκε, ότι και η καθ' ης εταιρεία όφειλε να έχει δηλώσει, στο ΕΕΕΣ, την ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και την εμπλοκή της στα με αυτήν κριθέντα και ότι, εν πάση περιπτώσει, εφόσον δεν τα είχε δηλώσει αυτά κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ για την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, μαζί με την προσφορά της, όφειλε να τα δηλώσει όταν κλήθηκε, κατ' άρθρο 21 της διακήρυξης, να υποβάλει τα «δικαιολογητικά κατακύρωσης», για την επαλήθευση - επιβεβαίωση των δηλωθέντων με το ΕΕΕΣ, προκειμένου να αποδειχθεί ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 19, παρ. 19.1.3, παρ. 19.2 της

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

διακήρυξης, δήλωση στην οποία από την προσβαλλόμενη απόφαση και το 2^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού αποδεικνύεται ότι δεν προέβη. Συγκεκριμένα, δεν προέβη σε διορθωτική δήλωση εν σχέσει με τα όσα είχε δηλώσει με την ανωτέρω, 6233/20.7.2018 δήλωση εκπροσώπου της, ούτε σε διορθωτική δήλωση της ως άνω αρνητικής της απάντησης στο κρίσιμο, αυτό, ερώτημα του ΕΕΕΣ, ως, αδιαμφισβητήτως όφειλε. Επομένως, καταλήγει ο προσφεύγων, και εάν, ακόμα, ήθελε θεωρηθεί ότι η αρνητική απάντηση, εκ μέρους της καθ' ης εταιρείας στο επίμαχο ως άνω ερώτημα του ΕΕΕΣ, όπως και η μη συμπλήρωση, κατά συνέπεια και των επόμενων πεδίων του ΕΕΕΣ, εν σχέσει με τις συγκεκριμένες κυρώσεις που της είχαν επιβληθεί και τα ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης, δεν συνιστούσε την, επί ποινή αποκλεισμού κατ' άρθρο άρθρο 22.2 και 22.2.1 της διακήρυξης, παράβαση της υποχρέωσης συμπλήρωσης και υποβολής ΕΕΕΣ απολύτως ακριβούς κατά το περιεχόμενό του και χωρίς οποιεσδήποτε παραλείψεις, κατ' άρθρο 79, παρ. 1, Ν 4412/2016), αφού κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς δεν είχε ακόμη ερμηνευθεί, από το αρμόδιο Δικαστήριο, ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5, του άρθρου 57, της Οδηγίας 2014/24 (όπως, βεβαίως και τις αντίστοιχες διατάξεις της Οδηγίας 2014/25), αφετηρία της «περιόδου αποκλεισμού» (των τριών ετών, εν προκειμένω) είναι ο χρόνος έκδοσης, κοινοποίησης κλπ της σχετικής απόφασης επιβολής κυρώσεων για λόγους οι οποίοι συνιστούν και λόγους αποκλεισμού, κατά τον νόμο και την διακήρυξη (όπως, εν προκειμένω, οι κατ' άρθρο 19.1.3, 19.2 κλπ, της διακήρυξης, λόγοι), ωστόσο, κατά την διεξαγωγή της κατ' άρθρο 4.2 της διακήρυξης διαδικασίας υποβολής και ελέγχου των «δικαιολογητικών κατακύρωσης», η καθ' ης εταιρεία, προσωρινή ανάδοχος, όφειλε να έχει διορθώσει την ως άνω απάντησή της στο κρίσιμο ερώτημα του ΕΕΕΣ (και να έχει αναφέρει, στα αμέσως επόμενα πεδία κλπ την ως άνω απόφαση, 642/2017, της Επιτροπής Ανταγωνισμού και, εφόσον δεν το έπραξε και δεν δήλωσε την εν λόγω απόφαση και την για τους στην απόφαση αυτή περιγραφόμενους λόγους επιβολή κυρώσεων σε βάρος της, πρέπει να αποκλεισθεί της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας, κατ' άρθρο 4.2.ε της διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, στις από 04-02-2019 απόψεις του, επί της προσφυγής, καταρχήν υπολαμβάνει ότι ο προσφεύγων ασκεί την υπό εξέταση προσφυγή καταχρηστικά και απαραδέκτως, καθώς επικαλείται ότι στο πρόσωπο του αναδόχου συντρέχει λόγος αποκλεισμού που όμως συντρέχει και στο πρόσωπο του ίδιου του προσφεύγοντος, ανεξαρτήτως της βαρύτητας της κύρωσης που για τον ίδιο πάντως λόγο έχει επιβληθεί αρμοδίως και στους δύο οικονομικούς φορείς. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι στο πρόσωπο της καθ' ης εταιρείας κατά τον χρόνο κατά τον οποίο διεξάγεται ο διαγωνισμός συντρέχει ο προβλεπόμενος στο άρθρο 57 παρ. 4δ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του αντιστοίχου άρθρου 73 παρ. 4 γ του ν. 4412/2016 λόγος αποκλεισμού είναι νόμω και ουσία αβάσιμος. Και τούτο, διότι α) κατά το εσωτερικό δίκαιο η περίοδος αποκλεισμού για τον επίμαχο λόγο άρχεται από την ημερομηνία του γεγονότος και όχι από την καταδικαστική απόφαση, β) μετά την έκδοση της με αριθμό 642/2017 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν εκδόθηκε Υπουργική Απόφαση, με την οποία να επιβάλλεται ο προβλεπόμενος στο άρθρο 74 του ν. 4412/2016 τριετής αποκλεισμός από δημόσιες συμβάσεις, γ) εφόσον με την απόφαση επιβολής κύρωσης για την σχετική παράβαση επιβάλλεται κανόνας επιείκειας, αρκεί για να αποδειχθεί ότι ο φορέας έχει διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις, ενώπιον της Αρχής που του επιβάλλει την κύρωση, δ) τέλος, οι διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ του ν. 4412/2016 αναφέρονται στη διαδικασία για την οποία προσφεύγει ο προσφεύγων και όχι για παλαιές. Σε κάθε περίπτωση, και επειδή σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7, ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού αίρεται εφόσον ο διαγωνιζόμενος επικαλεστεί και αποδείξει ότι έχει λάβει επαρκή μέτρα επανόρθωσης και απόδειξης της αξιοπιστίας του, ο αναθέτων φορέας θεωρεί ότι η διαδικασία διευθέτησης στην οποία και η καθ' ης εταιρεία υπήχθη, συνάδει με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 10 και λαμβανομένου υπόψη ότι ούτε με τις διατάξεις του ν. 3959/2011 προβλέπεται μετά την υπαγωγή σε διευθέτηση η επιβολή άλλης ποινής, ούτε και έχει επιβληθεί άλλη, εκτός του μειωμένου προστίμου της με αριθμό 642/2017 Απόφαση της

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

Επιτροπής Ανταγωνισμού, η καθ' ης εταιρεία ορθώς και αληθώς απάντησε αρνητικά στο σχετικό με τον οικείο λόγο αποκλεισμού ερώτημα του ΕΕΕΣ. Στο μέτρο, τέλος, που ο προσφεύγων βάλλει κατά του ΕΕΕΣ της καθ' ης εταιρείας, η προσφυγή κατά το σκέλος αυτό ασκείται απαραδέκτως, γιατί δεν ασκήθηκε κατά τον χρόνο που έπρεπε.

7. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά το σκέλος της τουλάχιστον που βάλλει κατά της απόφασης του διοικητικού συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα που ενέκρινε το πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού περί ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου της σύμβασης, δεν είναι προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη. Τούτο, δε, διότι, παρόλο που σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4.2 ε) ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να προσκομίσει δικαιολογητικά για την απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό του των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 19 της διακήρυξης, μεταξύ των οποίων, και επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι λοιποί αναφερόμενοι στο άρθρο 19.1.3 της διακήρυξης λόγοι αποκλεισμού, μεταξύ των οποίων και ότι δεν υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι μετά την έκδοση από το ΔΕΕ, Απόφασης επί της υπόθεσης C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH Stadwerke κατά München GmbH), ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να υποβάλει επικαιροποιημένη δήλωση, στην οποία να δηλώνει το σχετικό γεγονός, για το οποίο με τη με αριθμό 642/2017 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού του επιβλήθηκε πρόστιμο, επιπλέον, και εφόσον επιθυμεί, και ότι έχει αποκαταστήσει την αξιοπιστία του. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσο επί του παραδεκτού της Προσφυγής όσον και επί της ουσίας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει η παρούσα σύνθεση της Α.Ε.Π.Π. στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

8. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 15 του Π.Δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 316 του ν. 4412/2016 που έχει εφαρμογή στο διαγωνισμό, μετά την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής τα έννομα αποτελέσματα της προσβαλλόμενης απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού και ιδίως η σύναψη της σύμβασης δεν επέρχονται μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής και της παρόδου άπρακτης της προθεσμίας για δικαστική προστασία επ' αυτής.

9. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 07 Φεβρουαρίου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: Α56 / 2019

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης