

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος και Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24-10-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης, ως και

Την από 5-11-2018 παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αρ.-2018 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η κοινοπραξία «.....» αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για την εκτέλεση του έργου «.....», που προκηρύχθηκε με την υπ' αρ. διακήρυξη με ανοικτή διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ (α/α συστήματος.....), CPV, προϋπολογισθείσας δαπάνης€ (μη συμπ/νου ΦΠΑ) πλέον δικαιώματος προαίρεσης συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης€, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την2018 και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

με βάση την τιμή. Αντικείμενο του έργου είναι η κατασκευή των υπολειπόμενων εργασιών για την ολοκλήρωση της Πράξης «Κατασκευή Οδικής Σύνδεσης της Περιοχής Ακτίου με το Δυτικό Άξονα Βορρά - Νότου» που δεν ολοκληρώθηκαν στα πλαίσια των αρχικών συμβάσεων και συγκεκριμένα: αυτοκινητόδρομος Άκτιο - Αμβρακία, συνολικού μήκους περί τα 32,2 km, τμήμα από Χ.Θ 0+000 έως Χ.Θ 1+300 το σύνολο των εργασιών, τμήμα από Χ.Θ 17+600 έως Χ.Θ 48+497 ολοκλήρωση υπολειπομένων εργασιών.

2. Επειδή, με την από 5-11-2018 παρέμβαση, ο οικονομικός φορέας με το διακριτικό τίτλο «.....» παρεμβαίνει υπέρ του κύρους της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και επιδιώκει την απόρριψη της ως άνω από 24-10-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα «.....».

3. Επειδή, ειδικότερα, στον υπόψη διαγωνισμό υποβλήθηκαν συνολικά έξι (6) προσφορές, ήτοι από τις εταιρίες «.....», «.....», «.....», «.....», «.....», «.....». Κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών τους η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από2018 Πρακτικό της διαμόρφωσε τον πίνακα συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας ως εξής: «.....» με ποσοστό έκπτωσης 49,85%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 42,41%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 39,63%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 39,59%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 39,54% και «.....» με ποσοστό έκπτωσης 18,07% και κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής η Επιτροπή Διαγωνισμού, με το αυτό ως άνω από2018 Πρακτικό της, έκανε δεκτές τις προσφορές όλων των ως άνω οικονομικών φορέων, προτείνοντας ως εκ τούτου την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης στον οικονομικό φορέα «.....». Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη με αρ.2018 απόφασή της ενέκρινε το ως άνω από-2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο τον οικονομικό φορέα «.....».

4. Επειδή, η κατατεθείσα την 24-10-2018 προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής διοικητικής πράξης και δη της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 15-10-2018 υπ' αρ.-2018 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος η

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

«.....» και βάλλει ο προσφεύγων οικονομικός φορέας κατ' αυτής ισχυριζόμενος ειδικότερα ότι : Στις-2018 επέδωσε στην αναθέτουσα αρχή την από-2018 Εξώδικη Δήλωση - Γνωστοποίησή της, με την οποία την ενημέρωνε ότι, σύμφωνα με το από 03-08-2017 Δελτίο Τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η Ολομέλεια της εν λόγω Επιτροπής εξέδωσε ομοφώνως την υπ' αριθ. 642/2017 απόφασή της, με την οποία έκρινε ότι *«δεκαπέντε (15) συνολικά εργοληπτικές επιχειρήσεις, που εντάχθηκαν στην ως άνω διαδικασία, παραβίασαν το άρθρο 1 του ν. 3959/2011, πρώην 1. Ν.703/1977 περί απαγορευμένων συμπράξεων και 101 της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), με την συμμετοχή τους σε διακριτές οριζόντιες συμπράξεις για την κατανομή αγορών και τη νόθευση διαγωνισμών δημοσίων έργων, με σκοπό την παγίωση των μεριδίων τους στη σχετική αγορά και την άμβλυση του επιπέδου των προσφερόμενων στους δημόσιους διαγωνισμούς εκπτώσεων»*. Με την ίδια ως άνω εξώδικη Δήλωση – Γνωστοποίησή της, ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι οι εταιρίες και αποδέχθηκαν ανεπιφύλακτα τη συμμετοχή τους και την ευθύνη τους στις παραβάσεις που διαπιστώθηκαν από την έρευνα της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Περαιτέρω, ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι, όπως όμως έχει διαπιστώσει και σε άλλους διαγωνισμούς, όπου συμμετέχουν ορισμένες ή και όλες οι ανωτέρω εμπλεκόμενες στο «καρτέλ δημοσίων έργων στην Ελλάδα» εργοληπτικές επιχειρήσεις, στο υποβαλλόμενο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (εφεξής «ΕΕΕΣ») αποκρύπτουν την καταδίκη τους με την ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, καθώς και τη συμμετοχή τους στην εν λόγω διαδικασία διευθέτησης, με τις παραδοχές που αυτή συνεπάγεται όσον αφορά τη - συνομολογημένη εκ μέρους τους - ευθεία παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού. Επίσης, ενημέρωσε πως στο σχετικό σαφές ερώτημα που περιέχεται στο εν λόγω έντυπο, οι ως άνω εταιρείες ψευδώς δηλώνουν ότι δεν έχουν συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, καθώς και ότι δεν έχουν διαπράξει κανένα σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και αιτήθηκε η προσφεύγουσα εταιρία να ληφθούν σοβαρά υπ' όψιν όλα αυτά, τόσο από την Επιτροπή του Διαγωνισμού κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών, και συγκεκριμένα του ΕΕΕΣ, που κατέθεσαν οι εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

εταιρίες, όσο και από την Αναθέτουσα Αρχή κατά την έκδοση των σχετικών αποφάσεων έγκρισης του Πρακτικού του Διαγωνισμού ή/και ανάθεσης της εν λόγω εργολαβίας. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η πλειοψηφία των ελληνικών εργοληπτικών επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες στην 7^η τάξη του Μ.Ε.Ε.Π., μεταξύ των οποίων και τα δύο μέλη της «προσωρινής αναδόχου» στον επίδικο διαγωνισμό κοινοπραξίας «.....», έχουν συνολολογήσει εγγράφως τη συμμετοχή τους σε αντιανταγωνιστικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (καρτέλ), ήτοι σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Το γεγονός αυτό προκύπτει ευθέως από την προεπικληθείσα υπ' αριθ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως την 8^η Σεπτεμβρίου 2017 (ΦΕΚ Β 3104/8-9-2017). Οι ελεγχθείσες εταιρίες, μεταξύ των οποίων και οι εταιρίες και εκδήλωσαν εγγράφως το ενδιαφέρον τους για διερεύνηση της δυνατότητας υπαγωγής τους στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών και κατέθεσαν σχετικό αίτημα. Εν τέλει, οι ως άνω αναφερόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις όντως υπέβαλαν δήλωση υπαγωγής στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία και έγινε αποδεκτή, αφού κρίθηκε ότι οι εν λόγω εταιρίες παραβίασαν το άρθρο 1 του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, και το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, με τη συμμετοχή τους σε απαγορευμένα οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγορών και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, στο διάστημα από.....2005 έως.....2012 (ενιαία και διαρκής παράβαση), και τους επιβλήθηκαν τα σχετικά πρόστιμα. Μετά την έκδοση της προσβαλλομένης απόφασης, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε την εν λόγω απόφαση, μαζί με όλα τα Ευρωπαϊκά Ενιαία Έγγραφα Προμηθειών (ΕΕΕΣ) όπως αυτά είχαν συμπληρωθεί και κατατεθεί από τους συμμετέχοντες στον προκείμενο διαγωνισμό, στον ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ στις 15-10-2018. Από την επισκόπηση των ως άνω συμπληρωμένων από τους εν λόγω συμμετέχοντες εντύπων η προσφεύγουσα εκτιμά ότι επαληθεύονται όλοι οι ισχυρισμοί της, οι οποίοι είχαν γνωστοποιηθεί στην αναθέτουσα αρχή με την προαναφερθείσα από-2018 Εξώδικη Δήλωση - Γνωστοποίησή της. Συγκεκριμένα, στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕΕΣ) των εταιριών «.....» με διακριτικό τίτλο «.....» και «.....» με διακριτικό τίτλο

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

«.....», οι εν λόγω εργοληπτικές επιχειρήσεις, στο Μέρος III στην ενότητα Γ. και στη σελίδα 14 του ΕΕΕΣ, στην ερώτηση αν έχουν συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, καθώς και στην ερώτηση αν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αμφότερες απάντησαν αρνητικά, δηλώνοντας ΟΧΙ. Σύμφωνα όμως με τα ανωτέρω, οι δυο συγκεκριμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις συμμετείχαν αποδεδειγμένα σε αντανταγωνιστικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (καρτέλ), υπέβαλαν Δήλωση Διευθέτησης στην Επιτροπή Ανταγωνισμού με την οποία αποδέχθηκαν ανέκκλητα, ανεπιφύλακτα και με σαφήνεια ότι παραβίασαν, το άρθρο 1 του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, και το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, με τη συμμετοχή τους σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγορών και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, στο διάστημα από ...2005 έως2012 (ενιαία και διαρκής παράβαση) και τους επιβλήθηκε πρόστιμο από την Ε.Α. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, τόσο οι εργοληπτικές επιχειρήσεις «.....» και «.....» όσο και η αναθέτουσα αρχή έχουν υποπέσει σε σοβαρές πλημμέλειες με τις πιο πάνω ενέργειες τους και συγκεκριμένα: **α)** Η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να αποκλείσει από τη συμμετοχή της στη συνέχεια του διαγωνισμού την κοινοπραξία «.....», καθότι, βάσει της υπ' αριθ. 642/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διαθέτει αδιάσειστες αποδείξεις (και όχι απλώς «επαρκώς εύλογες ενδείξεις», στις οποίες αρκείται ο νόμος) ότι αμφότερες οι εργοληπτικές επιχειρήσεις της εν λόγω κοινοπραξίας συνήψαν, επανειλημμένως και βάσει συστηματικού σχεδιασμού επί σειρά ετών, συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, και άρα εμπíπτουν στον λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 73 παρ. γ του Ν. 4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4. παρ. γ της οικείας διακήρυξης. **β)** Οι εταιρίες και, δηλώνοντας ψευδώς στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας ότι δεν συνήψαν συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, καθώς και ότι δεν έχουν υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, απέκρυψαν δολίως από την αναθέτουσα αρχή σοβαρές πληροφορίες, οι οποίες θα καθιστούσαν τη συμμετοχής τους στο συγκεκριμένο διαγωνισμό

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

αδύνατη και κατ' αυτόν τον τρόπο παραβίασαν τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. ζ, καθώς και του άρθρου 22.Α.4 παρ. ζ της διακήρυξης. Επίσης, προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρία ότι οι συγκεκριμένες εταιρίες έχουν λάβει μέρος σε αρκετούς δημόσιους διαγωνισμούς μετά την έκδοση της υπ' αρ.642/2017 απόφασης της ΕΑ, στους οποίους μέσω των ψευδών ΕΕΕΣ προβαίνουν σε ψευδείς δηλώσεις, γεγονός που αποδεικνύει την επαναλαμβανόμενη και δόλια τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς, προσκομίζοντας ορισμένα σχετικά ΕΕΕΣ. γ) Ακόμη και εάν ήθελε τυχόν κριθεί ότι οι συγκεκριμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις δεν είχαν δόλο κατά την υποβολή των ψευδών δηλώσεων τους στον υπ' όψιν διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε και πάλι να αποκλείσει τη συγκεκριμένη κοινοπραξία από τον διαγωνισμό, λόγω παραβίασης της διάταξης του άρθρου 73 παρ. η του Ν. 4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4. παρ. η της οικείας Διακήρυξης, διότι αμφότερες οι εταιρίες παρείχαν έστω εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που επηρεάζουν ουσιωδώς τις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που αφορούν στον αποκλεισμό, στην επιλογή υποψηφίου και στην ανάθεση της σύμβασης. δ) Έχουν υποπέσει πολλάκις σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, σύμφωνα και με τα αναφερόμενα παραπάνω όσον αφορά τις αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας, αλλά και τη νομολογία του ΔΕΕ που κάνει δεκτό ότι η νόθευση των κανόνων του ανταγωνισμού αποτελεί κατεξοχήν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Περαιτέρω, με την επαναλαμβανόμενη παραβατική συμπεριφορά που έχουν επιδείξει μέχρι και σήμερα οι εν λόγω εργοληπτικές επιχειρήσεις σε όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς που έχουν λάβει μέρος μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 642/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού αλλά και πριν, πλήττεται ανεπανόρθωτα η εν γένει αξιοπιστία και ακεραιότητά αυτών, καθιστώντας τις συγκεκριμένες εταιρείες ακατάλληλες για την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης και ως εκ τούτου πρέπει να αποκλεισθούν λόγω παραβίασης των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. θ του ν.4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4 παρ. θ της διακήρυξης.

5. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

15.000,00 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του μέσω της τράπεζας, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

6. Επειδή, η διακήρυξη υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και στην καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 379 παρ. 7 του ν.4412/2016. Περαιτέρω, η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρθρο 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 15-10-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως άνω προσφυγής, αφού ως συμμετέχων στον εν λόγω διαγωνισμό, εάν γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή του, τότε θα καταστεί πρώτος αποδεκτός μειοδότης και συνεπώς προσωρινός ανάδοχος λόγω της εκ μέρους του προσφοράς του επόμενου μεγαλύτερου, μετά την κοινοπραξία «.....», ποσοστού έκπτωσης (42,41%).

7. Επειδή, ο οικονομικός φορέας «.....», μέλος της προσωρινής αναδόχου «.....», νομοτύπως και εμπροθέσμως, κατόπιν της από 26-10-2018 κοινοποίησης της προσφυγής, άσκησε την κρινόμενη από 5-11-2018 παρέμβασή του, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού η προσφυγή στρέφεται ακριβώς κατά της αποδοχής της συμμετοχής της κοινοπραξίας στην οποία συμμετέχει.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. έγγραφο απόψεων της ισχυρίζεται ότι ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ της παρ.4 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, ως τον υιοθέτησε η εξεταζόμενη διακήρυξη, αφορά απαγορευμένη σύμπραξη υποψηφίου με άλλους συνυποψηφίους με στόχο τη στρέβλωση του συγκεκριμένου διαγωνισμού, περίπτωση η οποία δεν συντρέχει εν προκειμένω. Ανεξαρτήτως τούτου ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν συντρέχει στη συγκεκριμένη περίπτωση δοθέντος ότι ο χρόνος που έλαβαν χώρα οι αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές, στο πλαίσιο της απόφασης 642/2017 της Επιτροπής Αντγωνισμού, ανάγεται σε χρόνο που υπερβαίνει κατά πολύ τη μέγιστη

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

περίοδο της Ζετίας, με βάση τα προκύπτοντα με δεσμευτικό τρόπο από την ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Ως εκ τούτου, η σχετική αρνητική απάντηση των μελών της κοινοπραξίας στο ΕΕΕΣ είναι αληθής και ακριβής. Επίσης, κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών οι συγκεκριμένες εταιρίες διέθεταν σε ισχύ «ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ΠΤΥΧΙΟΥ ΓΙΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΣΕ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΕΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ», εκδοθείσα από την αρμόδια Διεύθυνση Μητρώων-Τμήμα Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών. Στις ενημερότητες των δύο αυτών εταιριών, μεταξύ άλλων, βεβαιώνεται ότι η κάθε εταιρία δεν έχει πειθαρχικές ποινές σε βάρος της ή σε βάρος των στελεχών της για βαρύ επαγγελματικό παράπτωμα. Κατά συνέπεια, δεν προκύπτει κανένας από τους λόγους αποκλεισμού των περ. γ, ζ, η και θ της παρ.4 του ν.4412/2016 για τις συγκεκριμένες εταιρίες και άρα η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει νόμιμη.

9. Επειδή ο οικονομικός φορέας «.....», μέλος της προσωρινής αναδόχου «.....», με την ανωτέρω παρέμβασή του ειδικότερα προβάλλει ότι το αίτημα της προσφεύγουσας για αποκλεισμό της προσωρινής αναδόχου κοινοπραξίας από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, επικαλούμενη την υπ' αρ. 642/2017 απόφαση Διευθέτησης Διαφοράς της Επιτροπής Ανταγωνισμού, προβάλλεται απαραδέκτως, καθόσον ζητεί από την αναθέτουσα αρχή να κρίνει πρόωρα στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού, επί προσκομισθέντων από την ίδια στοιχείων, τα οποία όμως δεν αποτελούν αντικείμενο του παρόντος σταδίου του διαγωνισμού. Κατά το χρονικό σημείο της προκαταρκτικής απόδειξης μέσω του ΕΕΕΣ, ο οικονομικός φορέας δηλώνει την συνδρομή ή μη των λόγων αποκλεισμού, τα δε σχετικά στοιχεία και τεκμήρια προσκομίζονται μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο, σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο, με τα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016, ήτοι με την πρόσκληση για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016. Με άλλα λόγια, ο έλεγχος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής περί της πλήρωσης των απαιτούμενων προϋποθέσεων συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία δεν λαμβάνει χώρα κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, που αποτελεί μέσο προκαταρκτικής απόδειξης, αλλά σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο και μόνο ως προς τον «προσωρινό» ανάδοχο, όπως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα. Συνεπώς, τα ζητήματα, για τα

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

οποία η προσφεύγουσα παραπονείται στο παρόν στάδιο (άρθρο 4.1 διακήρυξης - Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/Αξιολόγηση/Έγκριση πρακτικού), προβάλλονται απαραδέκτως και πρόωρα, καθόσον άπτονται ζητημάτων απόδειξης των δηλούντων στο ΕΕΕΣ, τα οποία εξετάζονται στο β' στάδιο του διαγωνισμού (άρθρο 4.2 διακήρυξης - Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου / Κατακύρωση / Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης). Έτσι, μόνο κατά το επόμενο χρονικό σημείο - στάδιο, μετά την προσκόμιση και των έλεγχου των «δικαιολογητικών κατακύρωσης», δύναται η αναθέτουσα αρχή, εφόσον κρίνει ότι τα περιλαμβανόμενα στο ΕΕΕΣ στοιχεία είναι ανακριβή ή ψευδή, να αποκλείσει τον προσωρινό ανάδοχο και να καλέσει τον διαγωνιζόμενο που προσέφερε την κατά σειρά αμέσως χαμηλότερη προσφορά. Και μόνο τότε είναι παραδεκτή η προβολή των επίδικων θεμάτων από την νυν προώρως προσφεύγουσα. Επίσης η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι η Διαδικασία Διευθέτησης Διαφοράς με τα αρμόδια όργανα της Επιτροπής Ανταγωνισμού κινήθηκε κατόπιν εκούσιας βούλησης των μελών της εν λόγω κοινοπραξίας, η δε εκδοθείσα απόφαση Διευθέτησης Διαφοράς συνιστά ένδειξη ότι οι εταιρίες - μέλη της κοινοπραξίας συνεργάστηκαν ενεργά με τις ερευνητικές αρχές, δεσμεύτηκαν να καταβάλουν τα επιβληθέντα πρόστιμα και ανέλαβαν τη δέσμευση να απέχουν από κάθε διαδικασία στρέβλωσης του ανταγωνισμού, όπως ρητώς αναφέρει το διατακτικό της ως άνω υπ' αρ. 642/2017 απόφασης. Ήτοι, το στοιχείο που επικαλέστηκε με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα, αναφέρεται σε ενεργή συνεργασία των εταιριών μας με την Επιτροπή Ανταγωνισμού για, προ εξαετίας και πλέον, τελεσθέντα και παραγεγραμμένα γεγονότα. Έτι περαιτέρω, το στοιχείο που επικαλείται η προσφεύγουσα αφορά λήψη επανορθωτικών μέτρων που απαλείφουν κάθε διοικητική κύρωση, κατά την έννοια του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016. Αντ' αυτού, η προσφεύγουσα, προσκομίζει μία απόφαση έγκρισης διευθέτησης διαφοράς, προβλεπόμενη από ειδική διάταξη νόμου (άρθρο 25α του ν, 3959/2011) επιχειρώντας να αποδώσει σε αυτή, ακριβώς το αντίθετο νόημα. Επισημαίνει δε η παρεμβαίνουσα ότι τα αναφερόμενα στην υπ' αρ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αφορούν γεγονότα που απέχουν χρονικό διάστημα πολύ μεγαλύτερο των τριών ετών από το χρόνο υποβολής της

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

προσφοράς της στον παρόντα διαγωνισμό, διότι το τελευταίο χρονικό σημείο για το οποίο φέρεται να διαπιστώθηκε ότι έλαβαν χώρα τα γεγονότα είναι, και για τα δύο μέλη της κοινοπραξίας, η-2012 και ως εκ τούτου καθίσταται σαφές ότι ο χρόνος υποβολής της προσφοράς της απέχει χρονικό διάστημα περίπου έξι (6) ετών από την ως άνω ημερομηνία τέλεσης παράβασης. Συνεπώς, ακόμη κι αν ήθελε γίνει δεκτό ότι, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή εξέταζε στο παρόν α' στάδιο τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην υπ' αρ. 642/2017 απόφαση έγκρισης της διαδικασίας διευθέτησης τότε, λαμβάνοντας υπόψη ότι, σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 10 του Ν, 4412/2016, έχει παρέλθει η μέγιστη διάρκεια αποκλεισμού των τριών (3) ετών, από την «ημερομηνία του σχετικού γεγονότος», ήτοι ότι από τα γεγονότα που έχουν διευθετηθεί (το τελευταίο εκ των οποίων φέρεται να έλαβε χώρα την2012), η τριετία παρήλθε την-2015, ήτοι σχεδόν τρία (3) χρόνια πριν την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της και άρα δεν υφίσταται κανένας λόγος αποκλεισμού, βάσει των περιληφθέντων στην υπ' αρ. 642/2017 απόφαση γεγονότων. Για δε την πλειονότητα των παραβάσεων που φέρεται να έλαβαν χώρα πολύ πριν την-2012, το χρονικό διάστημα που έχει μεσολαβήσει μέχρι την υποβολή της προσφοράς της για τον παρόντα διαγωνισμό ξεπερνά κατά πολύ τα (6) έτη. Επίσης, η παρεμβαίνουσα επικαλείται ότι η ως άνω Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εκδόθηκε επί Διαδικασίας Διευθέτησης Διαφοράς, ουδόλως μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά επαρκή ένδειξη στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Τούτο δε ισχύει έτι περισσότερο για τον υπόψη διαγωνισμό, στον οποίο η κοινοπραξία κατετάγη πρώτη, προσφέροντας μέση τεκμαρτή έκπτωση 49,85%, ήτοι επτά (7) και πλέον μονάδες μεγαλύτερη από την δεύτερη κατά σειρά προσφορά, ήτοι εκείνη της προσφεύγουσας, που προσέφερε μέση τεκμαρτή έκπτωση ύψους 42,41%. Επιπλέον, το περιεχόμενο της υπ' αρ. 642/2017 απόφασης, ήταν δημοσιευμένο πανηγυρικά από την Επιτροπή Ανταγωνισμού μέσω της εκδόσεως Δελτίου Τύπου, είχε δημοσιευτεί στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης (ΦΕΚ τεύχος Β' 3104/08-09-2017) και έχει τύχει ευρύτατης δημοσιότητας, μέσω του ημερήσιου έντυπου και ηλεκτρονικού τύπου, οπότε και δεν μπορούσε να αποτελέσει αντικείμενο από μέρους της προσωρινής αναδόχου απόκρυψης και δη δόλιας. Αντίθετα, είναι σαφές πως

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

το σύνολο των γεγονότων που περιγράφονται στην υπ' αρ. 642/2017 απόφαση διευθέτησης διαφοράς, δεν συνιστούν λόγο αποκλεισμού, ένεκα παρέλευσης τριετίας, κατ' άρθρο 73 παρ. 10 του Ν. 4412/2016, η δε από μέρους των μελών της κοινοπραξίας εταιριών σύμπραξη σε διευθέτηση και ανάληψη υποχρεώσεων καταβολής μειωμένων προστίμων αφενός συνιστά μέτρο που, κατ' άρθρο 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, αίρει κάθε περίπτωση αποκλεισμού, αφετέρου κατά την ρητή πρόβλεψη του άρθρου 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 106 του Ν. 4389/2016, η καταβολή του προστίμου συνεπάγεται την πλήρη απαλλαγή από κάθε άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις, όπως τον αποκλεισμό από διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, είναι σαφές πως ούτε ζήτημα ψευδούς δήλωσής τίθεται από τα στοιχεία που επικαλείται η προσφεύγουσα ούτε δόλιας απόκρυψης πληροφοριών. Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι δεν συνήψε συμφωνίες με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ενώ δεν υπήρχε ο παραμικρός λόγος να αποκρύψει δημόσια και ευρύτατα γνωστά στοιχεία διευθέτησης διαφορών τα οποία μάλιστα, ούτως ή άλλως, δεν δύνανται σύμφωνα με το νόμο να επιφέρουν τον αποκλεισμό. Η αναθέτουσα αρχή στο πρώτο στάδιο του διαγωνισμού εξετάζει μόνο τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και συντάσσει πίνακα μειοδοσίας ανακηρύσσοντας προσωρινό μειοδότη τον οικονομικό φορέα που προσέφερε την χαμηλότερη τιμή και την υψηλότερη έκπτωση. Οι εν προκειμένω εταιρίες-μέλη της κοινοπραξίας, ως προβάλλουν, ούτε παραπλανητικές πληροφορίες παρείχαν ούτε επηρεάστηκε το αποτέλεσμα του πίνακα μειοδοσίας, αφού κατέθεσαν τη χαμηλότερη τιμή και αναδείχθηκαν προσωρινός ανάδοχος. Πριν από την ολοκλήρωση της διαδικασίας - και μάλιστα με μη προβλεπόμενο από τα τεύχη δημοπράτησης τρόπο - η προσφεύγουσα - δια εξωδίκου απέστειλε αβάσιμους ισχυρισμούς, προκειμένου να επηρεάσει την επιλογή και να επιχειρήσει αποκλεισμό της - και μάλιστα σε στάδιο που εξετάζονταν διαφορετικά ζητήματα (πληρότητα συμπλήρωσης ΕΕΕΣ, οικονομικές προσφορές, κατάταξη οικονομικών προσφορών και σύνταξη πίνακα προσωρινής μειοδοσίας). Ήτοι, αν κάποιος επιχειρήσει - και μάλιστα με μη προβλεπόμενο στη διαδικασία τρόπο - να επηρεάσει ουσιωδώς το αποτέλεσμα της ανάδειξης προσωρινού μειοδότη - αυτός ήταν η προσφεύγουσα και ουχί η κοινοπραξία, κατά την

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

παρεμβαίνουσα. Ομοίως, ενεργεί και δια της υποβολής στοιχείων μέσω της προδικαστικής προσφυγής, σε στάδιο που δεν εξετάζονται τα στοιχεία αυτά. Η κατηγορία της «σύναψης συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» αποτελεί, υπό το πρίσμα του νέου νομοθετικού καθεστώτος {N. 4412/2016, Οδηγία 2014/24/ΕΕ) εξειδίκευση της ευρείας έννοιας του «επαγγελματικού παραπτώματος». Η έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» εξειδικεύεται πλέον από την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και το Ν. 4412/2016 και συνεπώς, η στρέβλωση του ανταγωνισμού συνιστά ειδική περίπτωση επαγγελματικού παραπτώματος, αυτοτελώς προβλεπόμενη στο άρθρο 73 παρ. 4 περιπτ. γ του Ν. 4412/16 και στο άρθρο 57 παρ. 4 στοιχ. Δ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δεν υπάγεται δηλαδή σε δύο διατάξεις, ήτοι και στην περίπτωση θ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, όπως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, αλλά σε μία, ήτοι σ' αυτήν του άρθρου 73 παρ. 4 περιπτ. Γ ν.4412/2016. Τέλος, επισημαίνει η παρεμβαίνουσα ότι, ανεξαρτήτως της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, βάσει του νομοθετικού πλαισίου που διέπει τον ανταγωνισμό, η διευθέτηση ενός οικονομικού φορέα με την Επιτροπή Ανταγωνισμού και η εξόφληση του προστίμου, όπως ρητώς ορίζεται στο άρθρο 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 106 του Ν. 4389/2016, επιφέρει πλήρη απαλλαγή από κάθε είδους διοικητική κύρωση.

10. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως, κατά τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 18 του ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται στην εξέταση της προδικαστικής προσφυγής και της ασκηθείσας παρέμβασης, βάσει της υπ' αρ. 1464/2018 Πράξης της Προέδρου του.

11. Επειδή, όσον αφορά στο από ...-2018 αποσταλέν με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο Υπόμνημα του προσφεύγοντα οικονομικού φορέα επί της ασκηθείσας παρέμβασης, τούτο δεν δύναται να ληφθεί υπόψη, καθόσον δυνατότητα αντίκρουσης εκ μέρους της προσφεύγουσας των προβληθέντων από την αναθέτουσα αρχή και τον παρεμβαίνοντα ισχυρισμών δεν προβλέπεται από το ισχύουν θεσμικό πλαίσιο λειτουργίας της ΑΕΠΠ και εξέτασης των προδικαστικών προσφυγών (βλ. ΑΕΠΠ 5/2018 Επταμελής Σύμβαση, σκ.6).

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

12. Επειδή, όσον αφορά τον προβληθέντα ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας εταιρίας, περί απαραδέκτου του υποβληθέντος από την προσφεύγουσα εταιρία αιτήματος αποκλεισμού της προσωρινής αναδόχου λόγω πρόωρης υποβολής του, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 υιοθετήθηκε η χρήση του ΕΕΕΣ για τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων άνω των ορίων, με στόχο την απλοποίηση της διαδικασίας, προς όφελος τόσο των αναθετουσών αρχών όσο και των οικονομικών φορέων. Το ΕΕΕΣ αποτελεί μια ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του νόμου 1599/1986, η οποία υποβάλλεται από τους οικονομικούς φορείς και συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74, πληροί τα καθορισθέντα κριτήρια επιλογής και τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθοριστεί σύμφωνα με το άρθρο 84 ν.4412/2016. Η αναθέτουσα αρχή σε κάθε περίπτωση διατηρεί το δικαίωμα, σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 79 ν.4412/2016, να ζητήσει από τον προσφέροντα την προσκόμιση σχετικών δικαιολογητικών προς τεκμηρίωση των δηλωμένων στο ΕΕΕΣ σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, όποτε αυτή κρίνει απαραίτητο για να διασφαλιστεί η ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Συνακόλουθα, με το εδάφιο β της παραγράφου 6 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας μπορούν να αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων του είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης σε μια από τις περιπτώσεις της παραγράφου 4 του ίδιου άρθρου (δυσνητικού λόγου αποκλεισμού). Υπό τα δεδομένα αυτά, ναι μεν η παραπάνω επιταχυμένη διαδικασία, που τίθεται για τους σκοπούς της διευκόλυνσης της συμμετοχής των επιχειρήσεων και της μείωσης του χρόνου προετοιμασίας μιας προσφοράς, ιδίως δε για την κατ' αποτέλεσμα αυτών ενίσχυση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα το ΕΕΕΣ και δια αυτού προβαίνοντα σε υπεύθυνες δηλώσεις προσφέροντα οικονομικό φορέα όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης, πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

ως αναδόχου. Όμως, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη και η κατά τα ως άνω οπισθοβαρής καταρχήν διάρθρωση της ελεγκτικής διαδικασίας, δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων στην περίπτωση που αυτά αμφισβητούνται και δη με επίκληση συγκεκριμένων περί του αντιθέτου λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο δια προδικαστικής προσφυγής αυτού. Σε αντίθετη περίπτωση, η διαδικασία θα κατέληγε σε παράλογα αποτελέσματα, επιτρέποντας τη συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που είτε ψεύδονται με την προσφορά τους, είτε είναι προδήλως μη ικανοί να την υλοποιήσουν, είτε η προσφορά τους είναι εν τέλει μη νόμιμη και ως εκ τούτου δεν θα είναι σε θέση και δεν θα επιτραπεί να αναλάβουν τη σύμβαση, άρα και να οριστικοποιηθεί η τυχόν κατακύρωση σε αυτούς. Μια τέτοια εξέλιξη, εκτός ότι επιβαρύνει καταρχήν την αναθέτουσα, αλλά και τους ίδιους, δεδομένου του ατελέσφορου της συνέχισης της συμμετοχής τους στον διαγωνισμό, εκθέτει την τελευταία στον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου ή ακόμη και τα όργανά της σε τυχόν μετέπειτα κατασταλτικό έλεγχο, βλάπτει προεχόντως το ίδιο το δημόσιο συμφέρον δια της προσβολής των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων και ως προς την υποβολή και αξιολόγηση των προσφορών τους, εξισώνοντας φορείς δυνάμενους να αναλάβουν τη σύμβαση με τους μη δυνάμενους και νομίμως προσφέροντες με μη νομίμως προσφέροντες, επιτρέποντας τη δημοσιοποίηση στο ευρύ κοινό των οικονομικών προσφορών φορέων που δεν θα έπρεπε να μετέχουν σε μεταγενέστερο στάδιο και ατελεσφόρως μετέχουν, νοθεύοντας έτσι τον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό και δημιουργώντας επιπλοκές, φόρτο και κινδύνους κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών, με την ανάγκη κλήσης αναπληρωματικών επιλαχόντων μειοδοτών, με πιθανότητα ματαίωσης, ελλείπει άλλων αποδεκτών υποψηφίων αναδόχων, να ανακύπτει στο τελικό αυτό στάδιο, ενώ θα μπορούσε να προκύψει σε προγενέστερο στάδιο εξοικονομώντας χρόνο και χρήμα για την αναθέτουσα αρχή (βλ. σχ. απόφαση 98/2017 ΑΕΠΠ κ.ά.). Επομένως, ο σχετικός λόγος της παρεμβαίνουσας, περί απαραδέκτου του υποβληθέντος από την προσφεύγουσα αιτήματος αποκλεισμού της, λόγω πρόωρης υποβολής του, εκτός του ότι είναι όλως αντίθετος στην ίδια τη λογική και τον

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

σκοπό καθιέρωσης του συστήματος προκαταρκτικής, πλην σε κάθε περίπτωση μαχητής, απόδειξης, λειτουργεί περαιτέρω εις βάρος της οικονομίας της διαδικασίας, της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και του ιδίου του δημοσίου συμφέροντος, εκθέτοντας περαιτέρω σε βλάβη την αναθέτουσα και τους μετέχοντες και ιδίως προσβάλλοντας θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και έτσι, δεν δύναται να γίνει δεκτός, απορριπτομένου κάθε σχετικού ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας.

13. Επειδή, σύμφωνα με τις παραγράφους 4 έως 10 του άρθρου 73 του ν.4412/2016 ορίζονται τα εξής: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας 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 στην παρ. 2 του άρθρου 18, β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου, γ) εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 48, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ζ)

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, «με κατάλληλα μέσα», ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του. 5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β' της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β' της παρ. 4. 6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

λόγος αποκλεισμού.» Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικο βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνάς από τη δημοσίευση του παρόντος

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού. 10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.».

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν.4412/2016 ορίζονται τα εξής: «1. Αν στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης διαπιστωθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 κι ο οικονομικός φορέας δεν λάβει τα μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 7 του άρθρου 73 μπορεί να επιβληθεί εις βάρος του αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα. 2. Η περίοδος αποκλεισμού καθορίζεται, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, λαμβάνοντας υπόψη ιδίως τη σοβαρότητα του αδικήματος ή παραπτώματος, τον χρόνο που έχει παρέλθει από τη διάπραξη του αδικήματος ή παραπτώματος, τη διάρκειά του, υποτροπή, την πρόθεση ή τον βαθμό αμέλειας του εκάστοτε οικονομικού φορέα και τα μέτρα που αυτός λαμβάνει προς αποφυγή διάπραξης παρόμοιων αδικημάτων ή παραπτωμάτων στο μέλλον. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2γ και 4 του άρθρου 73. 3. Ο αποκλεισμός επιβάλλεται με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, αρμόδιου για θέματα καταπολέμησης διαφθοράς, καθώς και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, που εκδίδεται μετά από αιτιολογημένη εισήγηση της αναθέτουσας αρχής που διαπιστώνει την συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και (α) για τις διαδικασίες που αφορούν σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

γενικών υπηρεσιών κατόπιν γνώμης του συλλογικού οργάνου της παρ. 5 του άρθρου 41, και (β) για διαδικασίες που αφορούν σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, κατόπιν γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου της Γενικής Γραμματείας Υποδομών. Πριν από την έκδοση της απόφασης περί αποκλεισμού ορισμένου οικονομικού φορέα, παρέχεται σε αυτόν η δυνατότητα ακροάσεως. 4. Η απόφαση του πρώτου εδαφίου της παρ. 3 κοινοποιείται στην αναθέτουσα αρχή και τον θιγόμενο οικονομικό φορέα. 5. Ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος Βιβλίου, σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους, επιφέρει αυτοδίκαια και τον αποκλεισμό του από μελλοντικές ή εν εξελίξει διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έργων, προμηθειών, υπηρεσιών του Βιβλίου II (άρθρα 222 έως 338) ή συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών του ν. 4413/2016 (Α` 148) για ίσο χρονικό διάστημα. 6. Οι αποφάσεις που εκδίδονται βάσει της παρ. 3 γνωστοποιούνται στην Αρχή, στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας του Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και στη Γενική Γραμματεία Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων τηρείται κατάλογος των αποκλεισθέντων οικονομικών φορέων, στον οποίο καταχωρούνται τα στοιχεία και η περίοδος αποκλεισμού εκάστου εξ αυτών, υπό την επιφύλαξη των διατάξεων του ν. 2472/1997 (Α' 50).».

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 22.Α.4. της εν προκειμένω διακήρυξης, που αφορά στους λόγους αποκλεισμού, προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,(ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας,(η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση,(θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του.». Ο εν λόγω όρος της διακήρυξης υιοθετεί και επαναλαμβάνει το γράμμα των διατάξεων του άρθρου 73 ν.4412/2016.

16. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, ότι δηλαδή η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να αποκλείσει τη συμμετοχή στη συνέχεια του διαγωνισμού της κοινοπραξίας «.....», καθότι, βάσει της υπ' αριθ. 642/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διαθέτει αδιάσειστες αποδείξεις ότι αμφότερες οι εργοληπτικές επιχειρήσεις της εν λόγω κοινοπραξίας συνήψαν, επανειλημμένως και βάσει συστηματικού σχεδιασμού επί σειρά ετών, συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, και άρα εμπίπτουν στον λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 73 παρ. γ του Ν. 4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4. παρ. γ της οικείας διακήρυξης, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Σύμφωνα με την απόφαση 642/2017 της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού (εφεξής ΕΑ) (ΦΕΚ 3104Β'/8-9-2017) οι συμμετέχουσες στην εν προκειμένω ένωση οικονομικών φορέων εταιρίες και παραδέχθηκαν τη συμμετοχή τους σε οριζόντια 'καρτελική' σύμπραξη κατά το χρονικό διάστημα από το έτος 2005 έως το έτος 2012, κατά παράβαση του άρθρου 1 του ν.3959/2011 και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ, επί τη βάσει δε αυτή εκδόθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού η υπ' αρ.628/2016 απόφασή της «Όροι, προϋποθέσεις και διαδικασία για τη διευθέτηση διαφορών σε περιπτώσεις οριζοντίων συμπράξεων κατά παράβαση του άρθρου 1 του ν.3959/2011 ή/και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ» (εφεξής Ανακοίνωση για τη Διαδικασία Διευθέτησης Διαφορών). Στο πλαίσιο αυτό, δηλαδή της διαδικασίας διευθέτησης, στις επιχειρήσεις που συμβάλλουν

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

στην ενίσχυση της αποτελεσματικότητας της διοικητικής διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού μπορεί να επιβάλλονται μειωμένα πρόστιμα υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις που τάσσει ο νόμος. Η συμβολή αυτή λαμβάνει τη μορφή της ανέκκλητης και ανεπιφύλακτης παραδοχής από μέρους της εμπλεκόμενης επιχείρησης της αποδιδόμενης σε αυτήν συμμετοχής στην παράβαση και της ευθύνης που συνεπάγεται η συμμετοχή αυτή, καθώς και της παραίτησής της από την άσκηση συγκεκριμένων δικονομικών δικαιωμάτων και δικαιολογεί μείωση του προστίμου που επιβάλλεται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Εν προκειμένω, η Επιτροπή Ανταγωνισμού στο πλαίσιο της άσκησης της διακριτικής ευχέρειάς της για την υπαγωγή των συγκεκριμένων υποθέσεων σε διαδικασία διευθέτησης συνεκτίμησε, μεταξύ άλλων, ιδίως την ειλικρινή πρόθεση των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων να υπαχθούν στη Διαδικασία Διευθέτησης. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού έκρινε ότι οι υποβληθείσες προτάσεις Διευθέτησης Διαφοράς, που υποβλήθηκαν από τις εταιρίες αυτές, αποτελούσαν έκφραση της δέσμευσής τους να συνεργασθούν με την συγκεκριμένη ερευνητική αρχή και τους επέβαλε τα σχετικά πρόστιμα για τη συμμετοχή τους στη διαπιστωθείσα παράβαση του άρθρου 1 του ν.3959/2011 και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ και υποχρέωσε τις εταιρίες αυτές να παραλείπουν στο μέλλον τη διαπιστωθείσα ως άνω παράβαση. Με τον τρόπο αυτό αμφοτέρως οι εν προκειμένω εταιρίες τιμωρήθηκαν για την ανωτέρω παραβατική συμπεριφορά τους, που έπληξε τον υγιή ανταγωνισμό κατά την περίοδο των ετών 2005-20012. Ωστόσο, η περίπτωση γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, επί της οποίας η προσφεύγουσα στηρίζει τον πρώτο λόγο προσφυγής της, δεν αφορά σε τυχόν συμφωνίες που συνήψε ο υποψήφιος με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά το παρελθόν και δη σε διαδικασίες ανάθεσης διάφορες από την εν προκειμένω σε εξέλιξη ευρισκόμενη διαδικασία. Η εν λόγω διάταξη αφορά και αναφέρεται αποκλειστικά στη διαδικασία ανάθεσης για την οποία προσφεύγει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας. Για το λόγο αυτό ο ενωσιακός νομοθέτης έθεσε ως προϋπόθεση για τη στοιχειοθέτηση του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού την ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων, και όχι την ύπαρξη δικαστικών ή διοικητικών αποφάσεων, που σε άλλους λόγους αποκλεισμού

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

υιοθέτησε. Αν το ζητούμενο με το δυνητικό λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ήταν παρελθούσες καρτελικές συμφωνίες των οικονομικών φορέων, τότε ασφαλώς δεν θα έτασσε την ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων για τη στοιχειοθέτησή τους. Τούτο διότι, πέραν των άλλων, θα ήταν αντικειμενικά αδύνατο για οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή να κρίνει εάν διαθέτει τέτοιες εύλογες ενδείξεις και δη επαρκείς αναφορικά με τη σύναψη συμφωνιών που στοχεύουν στη στρέβλωση του ανταγωνισμού, οι οποίες αναπτύχθηκαν ή αναπτύσσονται από τον οικονομικό φορέα στο πλαίσιο άλλων διαγωνιστικών διαδικασιών και για τις οποίες προφανώς δεν θα είχε εκδοθεί απόφαση δικαστική ή διοικητική που να τις επιβεβαιώνει. Εξάλλου, τυχόν υιοθέτηση της προσέγγισης ότι η έννοια του συγκεκριμένου δυνητικού λόγου αποκλεισμού αφορά σε άλλες ή και σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες που κατά το παρελθόν συμμετείχε ο οικονομικός φορέας κατά παράβαση των σχετικών περί ανταγωνισμού διατάξεων, θα έθετε ζήτημα ευθείας παραβίασης των αρχών της αναλογικότητας και της ισότητας. Τούτο, διότι θα έφερνε σε δυσχερή θέση όσους υποψηφίους έχουν ήδη κριθεί και τιμωρηθεί για το σχετικό παράπτωμα από τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές, εν προκειμένω την Επιτροπή Ανταγωνισμού, και οι οποίοι θα υποχρεώνονταν εκ νέου να τιμωρηθούν για την ίδια παρελθούσα παραβατική συμπεριφορά δια του αποκλεισμού τους από τις εφεξής διαγωνιστικές διαδικασίες. Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι είναι διαφορετική η περίπτωση του άρθρου 74 του ν.4412/2016 για την εν προκειμένω υπόθεση. Τούτο, διότι μετά την έκδοση της ως άνω απόφασης 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ουδεμία Κοινή Απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων έχει εκδοθεί που να επιβάλλει ζετή διοικητικό αποκλεισμό των εταιριών αυτών από τη διαπίστωση του σχετικού γεγονότος, ήτοι από την ημερομηνία κατά την οποία η αρμόδια αρχή, εν προκειμένω η Επιτροπή Ανταγωνισμού, διαπίστωσε ότι η επίμαχη συμπεριφορά είναι παραβατική, όπως κρίθηκε με την προσφάτως εκδοθείσα απόφαση C-124/17 του ΔΕΕ (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadwerke Munchen GmbH). Κατ' ακολουθία της ως άνω απόφασης του ΔΕΕ (βλ. σκ. 31), η απόφαση με την

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

οποία διαπιστώθηκε η εκ μέρους του οικονομικού φορέα παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού για την περίοδο 2005-2012, πλην όμως εφαρμόστηκε επ' αυτού κανόνας επιείκειας για το λόγο ότι συνεργάστηκε με την Επιτροπή Ανταγωνισμού, αρκεί προκειμένου να αποδειχθεί ότι ο οικονομικός φορέας διευκρίνισε με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις, συνεργαζόμενος με την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Υπό το πρίσμα των όλων ανωτέρω και δεδομένου ότι η εν προκειμένω προσφεύγουσα ουδόλως επικαλείται ότι τα μέλη της κοινοπραξίας «.....» συνήψαν οιαδήποτε συμφωνία με άλλους οικονομικούς φορείς στοχεύοντας στη στρέβλωση του ανταγωνισμού που αναπτύχθηκε με την εξεταζόμενη υπ' αρ. διακήρυξη, ο πρώτος λόγος προσφυγής, ότι τα μέλη της προσωρινής αναδόχου ένωσης εταιριών εμπίπτουν στον λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ του Ν. 4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4. περ. γ της οικείας διακήρυξης, κρίνεται απορριπτικός ως αβάσιμος και αντίθετα δεκτή η κρινόμενη παρέμβαση.

17. Επειδή, όσον αφορά το λόγο της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής ότι οι συγκεκριμένες εταιρίες έχουν υποπέσει πολλακίς σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αφού η νόθευση των κανόνων του ανταγωνισμού που έχουν διαπράξει αποτελεί κατεξοχήν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, και με την επαναλαμβανόμενη παραβατική συμπεριφορά που έχουν επιδείξει μέχρι και σήμερα οι εν λόγω εργοληπτικές επιχειρήσεις σε όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς που έχουν λάβει μέρος μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 642/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αλλά και πριν, έχει πληγεί ανεπανόρθωτα η εν γένει αξιοπιστία και ακεραιότητά τους, καθιστώντας αυτές ακατάλληλες για την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 4 περ. θ του ν.4412/2016, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Η εν λόγω διάταξη τάσσει ως προϋπόθεση τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει την υπόψη σύμβαση. Για την απόδειξη δε του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, σύμφωνα με το δημοσιευθέν (ΦΕΚ 4534B/21-12-2017) πρότυπο τεύχος διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη ηλεκτρονικών δημόσιων συμβάσεων έργου άνω των ορίων του ν.4412/2016 με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (Παράρτημα Α') ορίζεται ότι: «Για την περίπτωση θ της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ υποβάλλονται πιστοποιητικά χορηγούμενα από τα αρμόδια

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

επιμελητήρια και φορείς (ΤΕΕ, ΓΕΩΤΕΕ, ΕΕΤΕΜ) από τα οποία αποδεικνύεται ότι τα πρόσωπα με βεβαίωση του Μ.Ε.Κ. που στελεχώνουν την εργοληπτική επιχείρηση, δεν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.». Εξάλλου, δυνάμει του άρθρου 2 σημείο Β εδάφιο 3 της απόφασης του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων με αρ. Δ15/οικ/15658/4-9-2013 (ΦΕΚ Β΄ 2300/16-9-2013) περί την «Έκδοση Ενημερότητας Πτυχίου και Βεβαιώσεων ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων δημοσίων έργων, υποβολή Εκθέσεων δραστηριότητας ανωνύμων εταιρειών και Πιστοποιητικών εκτέλεσης έργων» όσον αφορά τα αποδεικτικά περί της καταλληλότητας των εργοληπτικών επιχειρήσεων για την έκδοση ενημερότητας πτυχίου ορίζεται ότι απαιτούνται : «3. Πιστοποιητικά, χορηγούμενα από τα αρμόδια επιμελητήρια και φορείς (ΤΕΕ, ΓΕΩΤΕΕ, ΕΕΤΕΜ) από τα οποία αποδεικνύεται ότι τα πρόσωπα με βεβαίωση του Μ.Ε.Κ., που στελεχώνουν την εργοληπτική επιχείρηση δεν έχουν διαπράξει βαρύ επαγγελματικό παράπτωμα. Αν αναγράφεται παράπτωμα, προσκομίζεται η σχετική απόφαση. Σχετικά με τη βαρύτητα του παραπτώματος αποφασίζει η Επιτροπή Μ.Ε.ΕΠ., ύστερα από εισήγηση της υπηρεσίας τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ. Κατά τη συνεδρίαση της Επιτροπής έχει δικαίωμα παράστασης η αιτούσα εργοληπτική επιχείρηση που καλείται προς τούτο με έγγραφη πρόσκληση, πέντε τουλάχιστον ημέρες πριν την συνεδρίαση. Αν το παράπτωμα κριθεί, από την Επιτροπή Μ.Ε.ΕΠ., ως βαρύ δεν εκδίδεται Ε.Π.». Εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της διάταξης της παρ.3 του άρθρου 12 του πδ 39/2018 (Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών) ζητήθηκε από την παρεμβαίνουσα εταιρία να αποστείλει στο επιληφθέν Κλιμάκιο σε ισχύ ενημερότητα πτυχίου της για συμμετοχή σε δημοπρασίες έργων. Από τη ληφθείσα ενημερότητα πτυχίου προκύπτει ότι δεν υπάρχουν πειθαρχικές ποινές σε βάρος της ή σε βάρος των στελεχών του πτυχίου της για βαρύ επαγγελματικό παράπτωμα. Κατά συνέπεια, βάσιμος τυγχάνει ο σχετικός ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι αμφότερα τα μέλη της εν λόγω κοινοπραξίας δεν έχουν πειθαρχικές ποινές για βαρύ επαγγελματικό παράπτωμα, αφού το ίδιο το Υπουργείο Υποδομών και Μεταφορών εκδίδει τις ενημερότητες πτυχίων, και, κατ' ακολουθίαν απορριπτέος τυγχάνει ο σχετικός λόγος της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και, αντίστοιχα, δεκτή η κρινόμενη παρέμβαση.

18. Επειδή, όσον αφορά το λόγο της εξεταζόμενης προσφυγής, ότι οι εταιρίες και, δηλώνοντας ψευδώς στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης ότι δεν σύνησαν συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, καθώς και ότι δεν έχουν

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, απέκρυψαν δολίως από την αναθέτουσα αρχή σοβαρές πληροφορίες, οι οποίες θα καθιστούσαν τη συμμετοχή τους στο συγκεκριμένο διαγωνισμό αδύνατη και κατ' αυτόν τον τρόπο παραβίασαν τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ ν.4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4 παρ. ζ της διακήρυξης, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Οι συμμετέχοντες στη συγκεκριμένη κοινοπραξία οικονομικοί φορείς δεν έχουν κριθεί ένοχοι σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού κατά την εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, όπως απαιτεί η σχετική διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ ν.4412/2016, ούτε συνάγεται ότι απέκρυψαν αυτές τις πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού, καθόσον, λαμβανομένων υπόψη όσων αναπτύχθηκαν στις αμέσως παραπάνω σκέψεις 16 και 17 της παρούσας, δεν προκύπτει ότι οι εταιρίες αυτές συνήψαν συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που εκκίνησε με την υπ' αρ. διακήρυξη, ούτε έχει διαπιστωθεί από τα αρμόδια όργανα ότι διέπραξαν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και κατ' ακολουθία ουδέν ψευδές δήλωσαν περί αυτού, πολλώ δε μάλλον δεν κρίθηκαν ένοχοι για ψευδή δήλωση, αλλ' ούτε απέκρυψαν σχετικώς, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγω αποκλεισμού που τέθηκαν με τη συγκεκριμένη διακήρυξη μέσω του υποβληθέντος από αυτές ΕΕΕΣ, αφού δεν στοιχειοθετείται η συνδρομή τους. Ως εκ τούτου οι σχετικές δηλώσεις τους στο Μέρος ΙΙΙ πεδίο Γ του ΕΕΕΣ «*Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού*», «*Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος*» και «*Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα παροχής των απαιτούμενων εγγράφων και πληροφοριών εμπιστευτικού χαρακτήρα της παρούσας διαδικασίας*», απαντηθείσες αρνητικά από αυτές, δεν συνιστούν ψευδείς και δη εκ δόλου δηλώσεις στο ΕΕΕΣ, αφού ούτε προέκυψε, καθόσον ούτε καν προβλήθηκε, ύπαρξη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού που αναπτύχθηκε με τη συγκεκριμένη εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, ούτε έχουν κριθεί ένοχοι σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Κατά συνέπεια,

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

απορριπτέος τυγχάνει και αυτός ο λόγος της προσφυγής και αντίθετα δεκτή η κρινόμενη παρέμβαση.

19. Επειδή, όσον αφορά το λόγο της εξεταζόμενης προσφυγής ότι δηλαδή η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να αποκλείσει τη συγκεκριμένη κοινοπραξία από τον διαγωνισμό, λόγω παραβίασης της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. η του Ν. 4412/2016, διότι αμφότερες οι εταιρίες παρείχαν έστω εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που επηρεάζουν ουσιωδώς τις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που αφορούν στον αποκλεισμό, στην επιλογή υποψηφίου και στην ανάθεση της σύμβασης, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Η εν λόγω περίπτωση αποκλεισμού είναι προληπτικής φύσης και δεν αφορά τετελεσμένη κατάσταση, αλλά απόπειρα επιρροής με αθέμιτο τρόπο επί της διαδικασίας (βλ. ΔΕΦΑΘ Ν323/2017, ΔΕΦΑΘ 319/2017). Σημαντικά στοιχεία που η αναθέτουσα αρχή πρέπει να λάβει υπόψη της για την εφαρμογή της εν λόγω διάταξης είναι η επίκληση περιστατικών με σοβαρές ενδείξεις για την επιδίωξη αθέμιτης επιρροής στη διαδικασία αποφάσεων, για την απόκτηση αθέμιτου πλεονεκτήματος του υποψηφίου, για τη θεμελίωση του κινδύνου (ενδεχόμενου) ουσιώδους επιρροής στο αποτέλεσμα του διαγωνισμού, ήτοι την απόφαση της αναθέτουσας αρχής που αφορά τη συγκεκριμένη υπό εξέλιξη, και όχι οποιαδήποτε, σύμβαση (βλ. 'Δημόσιες Συμβάσεις Ν.4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο', Δ.Ράικος-Ε.Βλάχου-Ε.Σαββίδη, αναφορά Ε.Βλάχου, σελ. 689). Κατ' ακολουθίαν, επομένως, όσων κρίθηκαν στις σκέψεις 16 και 17 της παρούσας, από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι οι συγκεκριμένοι δύο οικονομικοί φορείς επιχείρησαν να επηρεάσουν με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής παράσχοντας εξ αμελείας τους παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρέασαν ουσιωδώς την απόφαση την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην τις αποκλείσει, καθόσον οι σχετικές δηλώσεις τους στο Μέρος ΙΙΙ πεδίο Γ του ΕΕΕΣ «*Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού*», «*Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος*» και «*Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα παροχής των απαιτούμενων εγγράφων και πληροφοριών εμπιστευτικού χαρακτήρα της παρούσας διαδικασίας*», απαντηθείσες αρνητικά από αυτές, δεν συνιστούν

Αριθμός απόφασης: 1082/2018

παραπλανητικές και δη εξ αμελείας πληροφορίες που επηρέασαν τις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, αφού ούτε προέκυψε, καθόσον ούτε καν προβλήθηκε, ύπαρξη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού που αναπτύχθηκε με τη συγκεκριμένη εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, ούτε έχουν κριθεί ένοχοι σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Λαμβανομένων τούτων υπόψη, απορριπτέος τυγχάνει ο σχετικός λόγος της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και αντίθετα δεκτή η κρινόμενη παρέμβαση.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....» τυγχάνει αβάσιμη καθόλους τους λόγους της και, άρα, πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της και αντίστοιχα να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

21. Επειδή, με βάση την προηγούμενη σκέψη θα πρέπει να καταπέσει το με στοιχεία παράβολο, ποσού 15.000€.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του με στοιχεία παραβόλου, ποσού 15.000€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22-11-2018 και εκδόθηκε την 11-12-2018.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΝΩΛΟΓΛΟΥ ΜΑΡΙΑ