

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 2 Νοεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/148 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης IV/25 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» [εφεξής «.....»],

κατά της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε., Διεύθυνση Λειτουργικής Υποστήριξης Λιγνιτικού Κέντρου Δυτικής Μακεδονίας (ΔΛΥ-ΛΚΔΜ) / Κλάδος Προμηθειών / Τομέας Συμβάσεων Προμηθειών [εφεξής ΔΕΗ],

και κατά των παρεμβαίνουσών εταιρειών: 1) «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» [εφεξής], ασκηθείσας, δια ηλεκτρονικού μηνύματος ενώπιον της ΑΕΠΠ, της από 24.10.2017 και με στοιχεία Γενικού Αριθμού Κατάθεσης ΠΑΡ/34/25.10.2017 και ΕΑΚ148/25.10.2017 Παρέμβασης και 2) «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» (πρώην «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....») [εφεξής], ασκηθείσας, δια ηλεκτρονικού μηνύματος ενώπιον της ΑΕΠΠ, της από 23.10.2017 και με στοιχεία Γενικού Αριθμού Κατάθεσης ΠΑΡ/33/24.10.2017 και ΕΑΚ148/24.10.2017 Παρέμβασης.

Αριθμός απόφασης 116/2017

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να: 1) Ακυρωθεί η σιωπηρή πράξη της Επιτροπής Αποσφράγισης και Τυπικής Αξιολόγησης [εφεξής Επιτροπή Διαγωνισμού] της ΔΕΗ επί της Διακήρυξης ΛΚΔΜ Ζ200-1200042012 για την «προμήθεια εκρηκτικών υλών για ανατινάξεις τύπου Ε», διά της οποίας κρίθηκαν τυπικά αποδεκτές οι συμμετοχές των ως άνω παρεμβαινουσών εταιρειών «.....» και «.....». 2) Αποκλεισθούν οι δύο έτερες προσφέρουσες εταιρείες από τον σε εξέλιξη δημόσιο Διαγωνισμό. 3) Απορριφθούν οι προσφορές των τελευταίων, ως αντίθετες προς τους όρους και τις προϋποθέσεις του Διαγωνισμού και επειδή συνιστούν ευθεία νόθευση του ανταγωνισμού και ευθεία παράβαση του αρ. 3.2 της «Πρόσκλησης σε Διαγωνισμό με ανοιχτή διαδικασία» του Τεύχους 1 της συγκεκριμένης Διακήρυξης Ζ200-1200042012.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, δυνάμει της από 13 Οκτωβρίου 2017 Βεβαίωσης της ΑΕΠΠ, πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το υπ' αριθμ. 168885327957 1211 0092 Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου ποσού δύο χιλιάδων τριακοσίων ευρώ (€2.300), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής Κανονισμός].

2. Επειδή, για τις ανάγκες «προμήθειας εκρηκτικών υλών για ανατινάξεις τύπου Ε» (Κωδικός ΔΕΗ: 8050005488) παραδοτέων σε αποθήκη

Αριθμός απόφασης 116/2017

του ΛΚΔΜ στην Πτολεμαΐδα, δημοσιεύτηκε, με βάση τον νέο ενοποιημένο Ν. 4412/2016 για τις δημόσιες συμβάσεις (ΦΕΚ Α΄ 147) ΒΙΒΛΙΟ ΙΙ (άρθρα 222επ.), από τη ΔΕΗ ως αναθέτοντα φορέα (άρθρο 222 παρ. 7 Ν. 4412/2016 στο οποίο αναγνωρίζεται οι νομικές ιδιαιτερότητες των εταιριών του Κεφαλαίου Β΄ του Ν. 3429/2005 ΦΕΚ Α΄ 314 που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, μεταξύ των οποίων και η ΔΕΗ), η Διακήρυξη Ζ200-1200042012, συνολικού συμβατικού προϋπολογισμού €460.000 (χωρίς ΦΠΑ) και διάρκεια ισχύος 24 μηνών, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όπως προσδιορίζεται βάσει της τιμής (Τεύχος 1: «Πρόσκληση σε διαγωνισμό με ανοιχτή διαδικασία» άρθρα 1 και 2) [εφεξής Διακήρυξη]. Στον κρίσιμο δημόσιο διαγωνισμό προμήθειας, υπέβαλαν προσφορές τόσο η αιτούσα «.....» όσο και οι παρεμβαίνουσες «.....» και «.....». Η προσφεύγουσα αιτιάται πως την ημέρα αποσφράγισης των τεχνικών προσφορών, όπως αυτή ορίστηκε δυνάμει του υπ' αριθ. πρωτ. ΤΣΠ/497/04.10.2017 εγγράφου του Τομεάρχη συμβάσεων προμηθειών της ΔΕΗ, την 11.10.2017, η ορισθείσα Επιτροπή του Διαγωνισμού, διασιωπηρής (όπως υποστηρίζει) πράξης της, έκρινε τυπικά αποδεκτές τις προσφορές των «.....» και «.....» τις οποίες όφειλε να είχε αποκλείσει. Στρεφομένη κατά της πράξης αυτής η αιτούσα κατέθεσε, απευθείας στην ΑΕΠΠ μέσω του από 12.10.2017 ηλεκτρονικού μηνύματός της όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 3-5 Κανονισμού, καθώς ο αντίστοιχος δημόσιος Διαγωνισμός διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ (ως προς το σημείο αυτό βλ. τις από 30.10.2017 απόψεις της ΔΕΗ υπό Ε. σελ. 14-17 όπου γίνεται παραπομπή στο υπ' αριθμ. πρωτ. ΓΔ/ΥΛ/158/27.01.2017 Αίτημα Εξαίρεσης, δυνάμει του άρθρου 258 παρ. 11 του Ν. 4412/2016, υποβληθέν ενώπιον των αρμοδίων Υπουργών), με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή επιδιώκουσα τον αποκλεισμό των ως άνω εταιριών και την απόρριψη των προσφορών τους ώστε να συνεχιστεί ο Διαγωνισμός με μόνη την προσφεύγουσα.

3. Επειδή, ο συνολικός προϋπολογισμός της μέλλουσας να συναφθεί δημόσιας σύμβασης προμηθειών ανέρχεται σε €460.000 (άνευ ΦΠΑ 24%), δηλαδή είναι ανώτερος του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ επιπλέον συντρέχει και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η έναρξη της αντίστοιχης διαγωνιστικής διαδικασίας ξεκίνησε μετά τις 26.6.2017, συγκεκριμένα η επίμαχη Διακήρυξη δημοσιεύτηκε την 27.07.2017 στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ και την 01.08.2017 στον ελληνικό τύπο.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία υποβάλλει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η οποία ουσιαστικά στρέφεται, όχι κατά της από 11.10.2017 σιωπηρής πράξης της Επιτροπής Αποσφράγισης και Τυπικής Αξιολόγησης –αδιάφορο του ότι την ημερομηνία αυτή ουδέποτε προχώρησε η Επιτροπή Διαγωνισμού στο άνοιγμα των τριών προσφορών, καθώς, όπως αποδείχθηκε, η αιτούσα αρχικά λανθασμένα (βλ. άρθρο 9 (Προσφυγές Προσφερόντων) του Τεύχους 2: «Όροι και οδηγίες διαγωνισμού με ανοιχτή διαδικασία» της Διακήρυξης) υπέβαλε ενώπιον του αναθέτοντος φορέα την από 11.10.2017 ένστασή της, στη συνέχεια δε την επομένη ημέρα ορθά ενώπιον της ΑΕΠΠ την κρινόμενη από 12.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή της– αλλά ουσιαστικά στρέφεται κατά της ανωτέρω υπ' αριθ. πρωτ. ΤΣΠ/497/04.10.2017 ρητής πράξης του Τομεάρχη συμβάσεων προμηθειών της ΔΕΗ η οποία δε φέρει απλά και μόνο ενημερωτικό χαρακτήρα, καθώς δεν προέκυψε πως σαφώς ενημερώθηκε άλλως η αιτούσα προς άσκηση των εννόμων δικαιωμάτων της δια Προδικαστικής Προσφυγής σύμφωνα με τα άρθρα 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Κανονισμού, σε κάθε περίπτωση η κρινόμενη Προσφυγή της έχει κατατεθεί αντίστοιχα εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού καθώς η προσβαλλόμενη πράξη της κοινοποιήθηκε με τηλεομοιοτυπία στις

4.10.2017. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθούν οι ενστάσεις αμφοτέρων των παρεμβαινουσών εταιριών περί εκπρόθεσμης άσκησής της.

5. Επειδή, η αιτούσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον (ΣΤΕ 328/2011, ΕΑ 213/2011, Εππαμ. 2166/2003, 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς έχει καταθέσει προσφορά στον συγκεκριμένο δημόσιο Διαγωνισμό επιδιώκοντας, όπως αναφέρθηκε, τον αποκλεισμό των παρεμβαινουσών εταιριών και την απόρριψη των προσφορών τους ώστε να συνεχιστεί ο Διαγωνισμός με μόνη αυτή.

6. Επειδή, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτώς αντίστοιχα έχουν ασκήσει Παρεμβάσεις, σύμφωνα με τα άρθρα 362 παρ. 3, 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 7, 9 παρ. 2 του Κανονισμού, στην ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου εξεταστική διαδικασία και οι 2 έτερες προσφέρουσες εταιρείες προς απόρριψη της κρινομένης Προδικαστικής Προσφυγής, καθώς ενημερώθηκαν από τον αναθέτοντα φορέα για την κατάθεση της τελευταίας από την αιτούσα μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 20.10.2017.

7. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη Ζ200-1200042012 της ΔΕΗ, Τεύχος 1: «Πρόσκληση σε Διαγωνισμό με ανοιχτή διαδικασία», ετέθη στο άρθρο 3 (Δικαίωμα Συμμετοχής στο Διαγωνισμό) και συγκεκριμένα στην παρ. 3.2. (Κώλυμα συμμετοχής του ίδιου φυσικού ή νομικού προσώπου σε περισσότερους του ενός προσφέροντες) (σελ. 8) η εξής απαγόρευση: [εδ. α'] «Μέλος προσφέρουσας ένωσης Επιχειρήσεων δεν μπορεί να είναι ταυτόχρονα και μέλος άλλης Προσφέρουσας ένωσης Επιχειρήσεων, ούτε να υποβάλλει μεμονωμένη Προσφορά στη Διαδικασία, εάν αυτό οδηγεί σε νόθευση του ανταγωνισμού»· [εδ. δ'] «Εταιρείες συνδεδεμένες μεταξύ τους κατά την έννοια του άρθρου 42ε του κ.ν. 2190/1920, όπως ισχύει, δεν μπορούν να συμμετέχουν στο Διαγωνισμό ως μέλη της ίδιας ένωσης Επιχειρήσεων εάν αυτό οδηγεί σε νόθευση του ανταγωνισμού»· [εδ. ε'] «Απαγορεύεται εκπροσώπηση δύο ή περισσότερων Προσφερόντων από τον ίδιο εκπρόσωπο». Με την επίμαχη ενσωμάτωση στο κείμενο της Διακήρυξης, ο αναθέτων φορέας διευκρινίζει στις

από 30.10.2017 απόψεις του πως, σε αντιστοιχία με τις διατάξεις των άρθρων 73 παρ. 4 γ) και 91 παρ. 1 ε), αποσκοπούσε (σελ. 7 υπό Γ.2.): «...να αποκλείσει από την συμμετοχή στον διαγωνισμό φυσικό ή νομικό πρόσωπο, στην περίπτωση που αυτό θα ήταν μέλος σε δύο διαφορετικές προσφέρουσες ενώσεις επιχειρήσεων, ήτοι συμπράξεις επιχειρήσεων με συλλογική από μέρους τους εκπροσώπηση στον διαγωνισμό και με κοινή οικονομική προσφορά, προκειμένου με τον τρόπο αυτό να αποφευχθεί η συμμετοχή στον διαγωνισμό του ίδιου οικονομικού φορέα, δια μέσω της συμμετοχής του σε περισσότερες προσφέρουσες ενώσεις επιχειρήσεων» (βλ. και σελ. 6 της κρινόμενης Προσφυγής). Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί η εξ αντιδιαστολής, όπως υποστηρίζουν, νομική ερμηνεία του επίμαχου όρου από τις παρεμβαίνουσες εταιρίες. Επίσης, στην ίδια διάταξη της Διακήρυξης, η ΔΕΗ διευκρίνισε πως: [εδ. β'] «... το κάθε προσφερόμενο είδος είτε θα προέρχεται από ένα κατασκευαστή (εργοστάσιο παραγωγής), είτε και από άλλα εργοστάσια που καλύπτουν πλήρως τις προϋποθέσεις της Διακήρυξης, θα έχει όμως απαραίτητα μία και μοναδική τιμή ανεξαρτήτως του εργοστασίου κατασκευής του»· [εδ. γ'] «Σε περίπτωση που διαπιστωθεί κατά την αποσφράγιση των φακέλων των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων ότι δεν τηρείται ο προαναφερόμενος όρος, η προσφορά του διαγωνιζόμενου θα απορρίπτεται οριστικά από την περαιτέρω διαδικασία του Διαγωνισμού».

8. Επειδή, περαιτέρω, στη Διακήρυξη, Τεύχος 2: «Όροι και οδηγίες διαγωνισμού με ανοιχτή διαδικασία», στο άρθρο 6 (Περιεχόμενο προσφοράς) (σελ. 6επ.) ορίζεται (παρ. 6.1.1.1.) πως ο φάκελος κάθε υποβληθείσας προσφοράς θα περιέχει 3 άλλους φακέλους (συσχευασίες όπως αναφέρεται) ήτοι τους ΦΑΚΕΛΛΟΥΣ: I) Α περιέχοντα τα Τυπικά Δικαιολογητικά [εγγυητικές επιστολές, δήλωση νομιμοποίησης του προσφέροντος, δήλωση αποδοχής όρων Διαγωνισμού και ισχύος προσφοράς και το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)] (παρ. 6.2.) II) Β περιέχοντα την Τεχνική Προσφορά (παρ. 6.3.) και III) Γ περιέχοντα την Οικονομική Προσφορά (παρ. 6.4.), προσδιορίζεται

δε η σειρά παραλαβής, αποσφράγισης και (η τυπική, τεχνική και οικονομική) αξιολόγησής τους σύμφωνα με τα άρθρα 7 (σελ. 13-17) και 8 (σελ. 18-20).

9. Επειδή, κατά των παρεμβαινουσών εταιριών «.....» και «.....» αιτιάζεται η προσφεύγουσα πως (σελ. 6 υπό 2. της Προσφυγής): «... αποτελούν de facto συνδεδεμένες εταιρείες, με απόλυτη ταύτιση της μετοχικής τους σύνθεσης (κατά τουλάχιστον 70%) και μέχρι πρότινος κοινά μέλη των ΔΣ...». Κατ' ουσία, όπως ορθά παρατηρεί η ΔΕΗ (σελ. 6 υπό Γ.1. των παραπάνω απόψεών της), ως μοναδικό λόγο ακύρωσης της Προδικαστικής Προσφυγής, παρά τη διττή αναφερόμενη βάση θεμελίωσής της, ενσωματώνει η αιτούσα την παραβίαση του επίμαχου ανωτέρω όρου 3.2. του Τεύχους 1 της Διακήρυξης περί απαγόρευσης συμμετοχής των έτερων προσφερουσών και νυν παρεμβαινουσών εταιρειών καθώς αυτές εντάσσονται στην κατηγορία των συνδεδεμένων επιχειρήσεων διότι αφενός έχουν κατά το μεγαλύτερο ποσοστό κοινή μετοχική σύνθεση αφετέρου η εκπροσώπηση και διοίκησή τους είναι στην πράξη ενιαία.

10. Επειδή, όσον αφορά την 1^η παρεμβαίνουσα εταιρία «.....», από τα αναλυτικά προσκομιζόμενα έγγραφα της προσφεύγουσας με αριθμ. 1-18 (δική της αρίθμηση) τα οποία περιλαμβάνονται στον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης, η αιτούσα, με νόμιμα μέσα (π.χ. πρακτικά ΓΣ/ΔΣ δημοσιευθέντα πλέον στην επίσημη ιστοσελίδα του ΓΕΜΗ), αποδεικνύει πως: I) Συστάθηκε με την υπ' αριθμ. 26622/11.12.1995 συμβολαιογραφική πράξη της Συμβολαιογράφου Αθηνώνκαι τη διορθωτική πράξη 26682/18.01.1996 πράξη της ίδιας, και καταχωρίστηκε στο Μητρώο Α.Ε. την 26.01.1996 λαμβάνοντας τον αριθμό 35058/01/Β/96/43. Το πρώτο ΔΣ αποτελούσαν οι: α) β) γ) το γένος δ) ε) το γένος και στ) το γένος (βλ. σχετ. έγγρ. 1). II) Από την ημερομηνία σύστασης και καθόλη τη διάρκεια λειτουργίας της ανωτέρω επιχείρησης στην αγορά των εκρηκτικών υλών, τα

Αριθμός απόφασης 116/2017

ανωτέρω μέλη του ΔΣ ελάχιστα διαφοροποιήθηκαν, ενώ από το 2012 έως και το 2017, λίγο πριν υποβληθούν οι προσφορές για τον κρίσιμο εν προκειμένω Διαγωνισμό, τα μέλη του ΔΣ αποτελούσαν οι: α), β), δ) ε) και στ) (βλ. σχετ. έγγρ. 2). Οι και υπέγραψαν, ενδεικτικά, τις οικονομικές καταστάσεις/τους ισολογισμούς χρήσεων 01.01.2012-31.12.2012 (βλ. σχετ. έγγρ. σχετ. 3), 01.01.2013-31.2.2013 (βλ. σχετ. έγγρ. σχετ. 4) και 01.01.2014-31.12-2014 (βλ. σχετ. έγγρ. σχετ. 5), ενώ δυνάμει του από 22.06.2015 πρακτικό της ΓΣ προκύπτει ότι τα μέλη του ΔΣ ανανέωσαν τη θητεία τους για τα επόμενα 3 έτη (βλ. σχετ. έγγρ. 6). III) Πράγματι, η καθής αναπτύχθηκε και λειτούργησε καθόλο το χρονικό διάστημα 1996-2017 με όργανα διαχείρισης και εκπροσώπησης προερχόμενα από τον «σκληρό πυρήνα των ανωτέρω οικογενειών», χωρίς να υπάρχει ανάγκη «ουσιαστικού λόγου μεταβολής της συνθέσεως των οργάνων αυτών, αντικαθιστώντας τους πρωτεργάτες της εταιρείας με τις συζύγους τους, εκτός εάν συνέτρεχε σοβαρός λόγος, όπως η συμμετοχή της εταιρείας στον επίμαχο Διαγωνισμό ή και σε προγενέστερους». IV) Ουσιαστική εταιρική αναδιάρθρωση, με αλλαγή της σύνθεσης του ΔΣ της εταιρίας μετά από 20 χρόνια, αποφασίστηκε την 20.06.2017, ήτοι 1 μήνα πριν τη δημοσίευση της Διακήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ (βλ. σκέψη 2), και συγκεκριμένα (βλ. όμως κατωτέρω σκέψη 13): αποχωρώντας οι ιδρυτές και, τη θέση του Προέδρου που κατείχε ο Ιωάννης Σωτηρίου έλαβε η σύζυγός του, και τη θέση του Διευθύνοντος Συμβούλου που κατείχε ο έλαβε η σύζυγός του (βλ. σχετ. έγγρ. 7). V) Βασικοί μέτοχοι της «.....» είναι οι και οι οποίοι –χορηγήθηκαν προς τούτο της με αριθ. 52997/05.10.2017 εισαγγελικής παραγγελίας του κ. Εισαγγελέως Πρωτοδικών Αθηνών (βλ. σχετ. έγγρ. σχετ. 15) κατόπιν αιτήσεως της «ΕΛ.Τ.ΕΚ.»–, προκύπτει από το από 20.06.2017 Πρακτικό 31 της Τακτικής ΓΣ των μετόχων της εταιρείας όπως αυτό καταχωρίστηκε στο ΓΕΜΗ (βλ. σχετ.

Αριθμός απόφασης 116/2017

έγγρ. 16) πως, από τις 1.350.000 εταιρικές μετοχές συνολικά, ο Νικόλαος Μαντζαρέας κατέχει 668.925 δηλαδή το 49,55% του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρίας, ενώ ο Ιωάννης Σωτηρίου κατέχει 668.520 και το 49,52% αντίστοιχα.

11. Επειδή, όσον αφορά τη 2^η παρεμβαίνουσα εταιρία «.....», ομοίως από τα αναλυτικά προσκομιζόμενα έγγραφα της προσφεύγουσας ως ανωτέρω αναφέρονται αποδεικνύεται πως: I) Συστάθηκε ως ΕΠΕ με την υπ' αριθμ. 5868/03.02.2012 πράξη της Συμβολαιογράφου Θεσσαλονίκης (βλ. σχετ. έγγρ. 8) και καταχωρίστηκε στο ΓΕΜΗ την 08.02.2012 λαμβάνοντας τον αριθμό 119487304000 (ΦΕΚ 961/08.02.2012) (βλ. σχετ. έγγρ. 9). Μοναδικοί διαχειριστές εταίροι ήταν οι: α), β) και γ), οι οποίοι παρέμειναν ενεργά μέλη της εταιρίας από την ημερομηνία σύστασής της το 2012 και καθ' όλη τη λειτουργική διάρκειά της μέχρι το 2017. II) Οι εταίροι αυτοί υπέγραψαν, ενδεικτικά, τον ισολογισμό χρήσης 01.01.2014-31.12.2014 (βλ. σχετ. έγγρ. 10) και τις ετήσιες οικονομικές καταστάσεις της για την χρήση 01.01.2016-31.12.2016 οι οποίες εγκρίθηκαν με το από 22.06.2017 Πρακτικό της ΓΣ των εταίρων (βλ. σχετ. έγγρ. 11). III) Στη συνέχεια, η «.....», μετατράπηκε σε «.....», και το πρώτο ΔΣ της νέα εταιρίας αυτής αποτελούσαν (κατά τα αναφερόμενα στην προηγούμενη σκέψη) τα εξής πρόσωπα «σκληρού οικογενειακού πυρήνα»: α), β), γ), δ) και ε) Η σύσταση της νέας εταιρικής μορφής αυτή και η τοποθέτηση του νέου ΔΣ έλαβε χώρα την 31.08.2017, πράγματι, απέχουσα 30 ημέρες μετά τη δημοσίευση της Διακήρυξης του συγκεκριμένου Διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ (βλ. σχετ. έγγρ. 12-13). Για τον σκοπό αυτόν, υπογράφηκε το από 25.07.2017 Πρακτικό έκτακτης ΓΣ (βλ. σχετ. έγγρ. 14), από το οποίο προκύπτει πως μοναδικοί μέτοχοι της εταιρείας «Nitrochem Ε.Π.Ε.» είναι: α) ο, έχων μία μερίδα

συμμετοχής των 2.100 εταιρικών μεριδίων, ονομαστικής αξίας εκάστου €30, β) ο, έχων μία μερίδα συμμετοχής των 2.100 εταιρικών μεριδίων, ονομαστικής αξίας εκάστου τριάντα €30 και γ) ο, έχων μία μερίδα συμμετοχής των 1.800 εταιρικών μεριδίων, ονομαστικής αξίας εκάστου €30.

12. Επειδή, ειδικότερα, η αιτούσα ενσωματώνει στην Προσφυγή της (σελ. 6, 9 και 12) κατηγορίες για αμφότερες τις παρεμβαίνουσες «.....» και «.....», υποστηρίζοντας πως οι (αναφερόμενες στις προηγούμενες 2 σκέψεις) όλως ξαφνικές εταιρικές μεταβολές συνδέονται με τον συγκεκριμένο Διαγωνισμό και συγκεκριμένα: «[οι παρεμβαίνουσες εταιρείες] ...όπως ...υπέπεσε στην αντίληψή μας, αποτελούν de facto συνδεδεμένες εταιρείες, με απόλυτη ταύτιση της μετοχικής τους σύνθεσης (κατά τουλάχιστον 70%) και μέχρι πρότινος κοινά μέλη των ΔΣ, τα οποία μετέβαλαν μόλις λίγο καιρό πριν τη διακήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού. Το γεγονός αυτό όχι μόνο συνιστά κώλυμα συμμετοχής τους, σύμφωνα με τα ανωτέρω, αλλά επηρεάζει καταφανώς την εξέλιξη του Διαγωνισμού, καθώς υφίσταται σχετική χειραγώγηση των τιμών της προσφοράς εκάστης της εταιρείας, με σκοπό την εις βάρος μας διεξαγωγή του διαγωνισμού ενώ ταυτόχρονα αντιβαίνει στην καλή πίστη και στα συναλλακτικά ήθη»· «...δολίως οι μοναδικοί μέτοχοι αυτών (κοινοί κατά 70%) προσπάθησαν να αποκρύψουν από την Επιτροπή του Διαγωνισμού το γεγονός αυτό, μεταβάλλοντας τα μέλη του ΔΣ και προβαίνοντας σε κάθε απαραίτητη ενέργεια, προκειμένου από τα δημοσιευθέντα στο ΓΕΜΗ στοιχεία αμφοτέρων των εταιρειών να μην υπάρχει καμία ταύτιση των προσώπων»· «... μόνο για λόγους συμμετοχής τους στον επίμαχο Διαγωνισμό αποχώρησαν από τα ΔΣ των εταιρειών, ορίζοντας ως μέλη στενά συγγενικά τους πρόσωπα»· «Είναι προφανές ότι οι κ.κ. και έχουν πασχίσει για τη σύσταση και τη λειτουργία δύο ομοειδών εταιρειών, στις οποίες μάλιστα εμπλέκονται μέλη της οικογένειάς τους σε καίριες θέσεις του ΔΣ και της ΓΣ, καταδεικνύοντας έτσι τη σημασία που έχει για τους ίδιους η ορθή λειτουργία και η κερδοφορία αυτών, πολλώ δε μάλλον το

πόσο σημαντικό θα ήταν για δύο οικογενειακές επιχειρήσεις η αποδοχή της προσφοράς της μίας εξ αυτών σε έναν Διαγωνισμό τέτοιου βεληνεκούς, όπως ο επίμαχος»· «... υπάρχει καταχρηστική συμπεριφορά, αντίθετη στα συναλλακτικά ήθη, καθώς οι εταιρείες αυτές δολίως προσπάθησαν να αλλάξουν τη σύνθεση των ΔΣ τους, τα οποία υπόκεινται σε δημοσιότητα και γνώριζαν πολύ καλά ότι θα μπορούσαν να ελεγχθούν. Πρόκειται για συνδεδεμένες επιχειρήσεις και η συμμετοχή τους καταφανώς νοθεύει τον ανταγωνισμό, ενώ όλοι οι μέχρι σήμερα διαγωνισμοί (ενώπιον της ίδιας αναθέτουσας αρχής ή ενώπιον της) στους οποίους έχουν αμφότερες συμμετάσχει προφανώς και πάσχουν από ακυρότητα καθότι έχουν εμπραγμάτως νοθεύσει τον ανταγωνισμό και τους σχετικούς όρους εκάστου ανταγωνισμού. Μάλιστα στο σχετικό έγγραφο “Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας” (ΕΕΕΠ), ψευδώς έχουν αμφότερες οι εταιρίες δηλώσει ότι δεν έχουν συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, αφού μεταξύ τους οι και, όντας μετοχικά και διοικητικά πλήρως ελεγχόμενες από τα ίδια πρόσωπα ή συγγενείς αυτών, γνώριζαν επακριβώς και συνεννοήθηκαν τι τιμές θα δηλώσουν αμφότερες, προφανώς η μία θα είναι υψηλότερη η άλλη θα είναι χαμηλότερη, ώστε να είναι σίγουρες ότι θα κερδίσουν τον διαγωνισμό ό,τι κι αν γίνει. Αν δεν είναι αυτό νόθευση ανταγωνισμού, τι είναι;».

13. Επειδή, όμως, οι ως άνω ισχυρισμοί της αιτούσας περί σύναψης συμφωνίας, ή, εν πάσει περιπτώσει, πρόθεσης καταστρατήγησης των διατάξεων περί ανταγωνισμού από τις παρεμβαίνουσες εταιρίες, πρέπει να απορριφθούν, καθώς όπως αποδεικνύουν με τη σειρά τους οι παρεμβαίνουσες εταιρίες προσκομίζοντας τα αντίστοιχα αποδεικτικά έγγραφα (σελ. 2), κατόπιν διευκρινίσεων που ζητήθηκαν από την παρούσα Σύνοψη: «... ο λόγος της αποχώρησης των κ. και από το ΔΣ [της «.....»] ήταν η συνταξιοδότησή τους και ουδόλως συνδέεται με τον εν λόγω διαγωνισμό. Ειδικότερα όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη και επικαλούμενη υπ’ αριθμ. πρωτ. 834651/4-7-2017 ανακοίνωση του ΓΕΜΗ οι

Αριθμός απόφασης 116/2017

..... και αποχώρησαν από το ΔΣ της εταιρίας κατόπιν της από 20-6-2017 απόφασης της Τακτικής ΓΣ των μετόχων, η οποία καταχωρήθηκε νομίμως στο ΓΕΜΗ την 4-7-2017. Επίσης με την από 22-6-2017 απόφαση της Τακτικής Γενικής Συνέλευσης των εταίρων της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία, ελήφθη η απόφαση μετατροπής της εταιρείας σε Ανώνυμη Εταιρεία σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2166/1993. Για τον λόγο αυτό ανατέθηκε σε Ορκωτό Ελεγκτή η σύνταξη έκθεσης εκτίμησης της καθαρής θέσης της εταιρείας. Η έκθεση του Ορκωτού Ελεγκτή ολοκληρώθηκε την 23-7-2017 οπότε και με την από 25-7-2017 απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης των Εταίρων, αντίγραφο της οποίας έχει προσκομίσει η αντίδικος, συνεχίστηκε η διαδικασία τροπής της ΕΠΕ σε ΑΕ, και καθορίστηκαν οι όροι του καταστατικού της. Συντάχθηκε το προσκομιζόμενο και επικαλούμενο υπ' αριθμ. 7370/31-8-2017 συμβόλαιο της Συμβολαιογράφου Θεσσαλονίκης και η διαδικασία ολοκληρώθηκε τον Σεπτέμβριο 2017, δοθείσας της υπ' αριθ. 7094/08-09-2017 άδειας σύστασης της Αντιπεριφερειάρχου Θεσσαλονίκης και καταχωρηθείσας στο ΓΕΜΗ την 8-9-2017, σύμφωνα με την προσκομιζόμενη και επικαλούμενη υπ' αριθμ. πρωτ. 11939/8-9-2017 ανακοίνωση ΓΕΜΗ. Στα πλαίσια της διαδικασίας αυτής οι κ. και, λόγω της συνταξιοδότησής τους, δεν συμμετέχουν στο ΔΣ της Ανώνυμης Εταιρείας που προέκυψε από την μετατροπή της ΕΠΕ. Το γεγονός της εξόδου από την εταιρία λόγω συνταξιοδότησης ενισχύεται και από το ότι ο το ίδιο χρονικό διάστημα εξήλθε και από άλλη τρίτη εταιρεία στην οποία συμμετείχε, η οποία έχει διαφορετικό αντικείμενο δραστηριότητας και ουδεμία σχέση έχει με διαγωνισμούς της ΔΕΗ ή γενικά με δημόσιους διαγωνισμούς, όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη και επικαλούμενη υπ' αριθμ. πρωτ. 836344/3-7-2017 ανακοίνωση του ΓΕΜΗ. Όλες αυτές οι ενέργειες αποδεικνύεται ότι έγιναν πριν την δημοσίευση της διακήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού, η οποία έλαβε χώρα την 1-8-2017. Όπως προκύπτει δε από το προσκομιζόμενα και επικαλούμενα έγγραφα του ΕΦΚΑ μετά την ολοκλήρωση

Αριθμός απόφασης 116/2017

των διαδικασιών που αφορούσαν τις ανωτέρω εταιρείες, ο μεν Ιωάννης Σωτηρίου υπέβαλε την υπ' αριθμ. πρωτ. 1310661/4-10-2017 αίτηση περί διαγραφής του από τα μητρώα ΕΦΚΑ, ο δε υπέβαλε την υπ' αριθμ. πρωτ. 1332046/9-10-2017 αίτησή του περί απονομής σύνταξης γήρατος. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από το επικαλούμενο και προσκομιζόμενο και από την προσφεύγουσα υπ' αριθμ. 5868/2012 Καταστατικό της εταιρείας της Συμβολαιογράφου Θεσσαλονίκης οι αποφάσεις στην εταιρεία αυτή λαμβάνονται με αυξημένη πλειοψηφία σε σχέση με αυτήν που απαιτεί ο ν. 3190/1995, στοιχείο που αποδεικνύει την έλλειψη αποκλειστικού ελέγχου των και στην εταιρεία αυτή. Ανάλογη πρόβλεψη υπάρχει και στο Καταστατικό της Επειδή όπως προκύπτει όλες οι ανωτέρω ενέργειες, αφενός έλαβαν χώρα πολύ πριν την δημοσίευση της διακήρυξης του διαγωνισμού, αφετέρου αποσκοπούσαν σε άλλους λόγους και ουδόλως σχετίζονται με τον επίμαχο διαγωνισμό».

14. Επειδή, κατά του αναθέτοντος φορέα επιπρόσθετα, η αιτούσα απευθύνει περαιτέρω κατηγορίες υποστηρίζοντας πως: (σελ. 7) «Δεδομένου ότι τα στοιχεία των μετόχων κατατίθενται στον Φάκελο Α, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να τα είχε εξετάσει ενδελεχώς και να είχε αποκλείσει τη συμμετοχή της εταιρείας [«.....»]» και (σελ. 9) «Σημειωτέον ότι έχουμε λάβει τα αναλυτικά στοιχεία της ΕΞΤΡΑΚΟ Α.Ε., από τα οποία προκύπτει η κοινή μετοχική τους σύνθεση [με την «.....»], τα οποία σε κάθε περίπτωση και λόγω του Διαγωνισμού η αναθέτουσα αρχή ήδη κατέχει και όφειλε να είχε εξετάσει ενδελεχώς». Όμως, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω στη σκέψη 7, λανθασμένα η αιτούσα υπολαμβάνει πως κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών (ΦΑΚΕΛΛΟΣ Α) και πριν το άνοιγμα αυτών (ΦΑΚΕΛΛΟΙ Β και Γ) (στο οποίο άνοιγμα, λόγω της κατατεθείσας ενώπιον της ΑΕΠΠ Προσφυγής δεν προχώρησε, η ΔΕΗ) μπορούσε η ορισθείσα για τη διεξαγωγή του Διαγωνισμού Επιτροπή να αποκλείσει τις προσφέρουσες και ήδη

παρεμβαίνουσες εταιρίες, δηλαδή σε κάθε περίπτωση τα οποιαδήποτε παράπονα υποβάλλονται πρώιμα από την αιτούσα, έτσι ώστε ορθά να αναφέρει η Διακήρυξη πως τέτοια νόθευση του ανταγωνισμού μπορεί να αποδειχθεί από την Επιτροπή του Διαγωνισμού «κατά την αποσφράγιση των φακέλων των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων», ανεξάρτητα πως η αιτούσα δεν αποδεικνύει κατά τον χρόνο εξέτασης της υπόθεσης από το παρόν Κλιμάκιο πως συνήφθηκε συμφωνία μεταξύ των 2 παρεμβαίνουσών εταιριών με σκοπό να βλάψουν τον ελεύθερο και υγιή ανταγωνισμό σύμφωνα με όσα κρίθηκαν στην προηγούμενη σκέψη.

15. Επειδή, δυνάμει του Ν. 4308/2014 περί «Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων» (ΦΕΚ Α΄ 251) ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α: ΟΡΙΣΜΟΙ στον νομικό προσδιορισμό της έννοιας του «συνδεδεμένου μέρους» (related party) υπάγονται: «α) Πρόσωπο ή στενό μέλος της οικογένειας αυτού του προσώπου είναι συνδεδεμένο μέρος με την οντότητα που καταρτίζει χρηματοοικονομικές καταστάσεις εάν: α1) Είναι μέλος των βασικών διοικητικών στελεχών της καταρτίζουσας οντότητας ή μιας μητρικής της, ή α2) Έχει τον έλεγχο της καταρτίζουσας οντότητας, ή α3) Ασκει από κοινού έλεγχο ή ουσιώδη επιρροή επί της καταρτίζουσας οντότητας ή έχει σημαντικά δικαιώματα ψήφου σε αυτή. β) Μια οντότητα είναι συνδεδεμένη με την καταρτίζουσα οντότητα, αν ισχύει μία από τις παρακάτω προϋποθέσεις: β1) Η οντότητα και η καταρτίζουσα οντότητα είναι μέλη του ίδιου ομίλου (που σημαίνει ότι κάθε μητρική, θυγατρική και αδελφή θυγατρική είναι συνδεδεμένα μέρη μεταξύ τους). β2) Οποιαδήποτε οντότητα είναι συγγενής ή κοινοπραξία της άλλης οντότητας (ή ενός μέλους ομίλου στον οποίο η άλλη οντότητα είναι μέλος). β3) Και οι δύο οντότητες είναι κοινοπραξίες μιας τρίτης οντότητας. β4) Οποιαδήποτε οντότητα είναι κοινοπραξία μιας τρίτης οντότητας και η άλλη οντότητα είναι συγγενής της τρίτης οντότητας. β5) Η οντότητα είναι ένα πρόγραμμα καθορισμένων παροχών μετά την έξοδο από την υπηρεσία, προς όφελος των εργαζομένων είτε της καταρτίζουσας οντότητας είτε μιας οντότητας συνδεδεμένης με αυτήν. Εάν η καταρτίζουσα οντότητα είναι η ίδια ένα πρόγραμμα καθορισμένων παροχών, οι

εργοδότες - χρηματοδότες του προγράμματος, είναι επίσης συνδεδεμένοι στο πρόγραμμα. β6) Η οντότητα ελέγχεται ή ελέγχεται από κοινού από πρόσωπο αναφερόμενο στο (α). β7) Ένα πρόσωπο αναφερόμενο στο (α1) διαθέτει σημαντική δύναμη ψήφων στην οντότητα. β8) Ένα πρόσωπο αναφερόμενο στο (α1) ασκεί ουσιώδη επιρροή επί της οντότητας ή διαθέτει σημαντική δύναμη ψήφων σε αυτή. β9) Ένα πρόσωπο ή ένα στενό μέλος της οικογένειάς του ταυτόχρονα διαθέτει ουσιώδη επιρροή ή σημαντική δύναμη ψήφων επί της οντότητας και ασκεί από κοινού έλεγχο στην καταρτίζουσα οντότητα. β10) Ένα μέλος των βασικών διοικητικών στελεχών της καταρτίζουσας οντότητας ή μιας μητρικής της οντότητας, ή ένα στενό μέλος της οικογένειας αυτού του προσώπου, ασκεί έλεγχο ή από κοινού έλεγχο επί της καταρτίζουσας οντότητας ή διαθέτει σημαντική δύναμη ψήφων σε αυτή». Συνεπώς, σύμφωνα με όσα αποδείχθηκαν στις ανωτέρω σκέψεις 10-11, προκύπτει πως οι παρεμβαίνουσες εταιρίες υπάγονται νομικά στην έννοια των συνδεδεμένων επιχειρήσεων, παραδοχή η οποία αποδεικνύεται από την αιτούσα. Εξάλλου, το νομικό γεγονός αυτό αποδέχεται τόσο ο αναθέτων φορέας (βλ. σελ. 6-8 των ως άνω απόψεών του) όσο (και οι ίδιες οι) παρεμβαίνουσες «.....» (βλ. σελ. 6 της Παρέμβασής της) και «.....» (βλ. σελ. 5 της Παρέμβασής της) [Στο ίδιο νομικό συμπέρασμα περί συνδεδεμένων επιχειρήσεων καταλήγουμε και υπό την ισχύ του Ν. 2190/1920 (ΦΕΚ Α΄ 37) άρθρο 42ε (Ειδικές διατάξεις για ορισμένα στοιχεία του ισολογισμού και του λογαριασμού «αποτελέσματα χρήσεως») παρ. 5, διάταξη καταργηθείσα πλέον δυνάμει του άρθρου 38 παρ. 3 και 5β) Ν. 4308/2014 ΦΕΚ Α΄ 251· για την προγενέστερη διάταξη αυτή βλ. Β. Αντωνόπουλος – Σ. Μουζούλας, Ανώνυμες Εταιρίες, Τόμος ΙΙ – Άρθρα 18-40α, 42ε παρ. 5, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σελ. 1169επ. και 1181επ.].

16. Επειδή, η ίδια νομική παραδοχή επιβεβαιώνεται, όπως ορθά επικαλείται η προσφεύγουσα, και από τη σκοπιά της φορολογικής Διοίκησης, όπως προκύπτει από τον Ν. 4172/2013 περί «Φορολογία εισοδήματος» (ΦΕΚ Α' 167) άρθρο 2 (Ορισμοί): «ζ) «συνδεδεμένο πρόσωπο»: κάθε πρόσωπο, το

οποίο συμμετέχει άμεσα ή έμμεσα στη διοίκηση, τον έλεγχο ή το κεφάλαιο άλλου προσώπου, το οποίο είναι συγγενικό πρόσωπο ή με το οποίο συνδέεται. Ειδικότερα, τα ακόλουθα πρόσωπα θεωρούνται συνδεδεμένα πρόσωπα: αα) κάθε πρόσωπο που κατέχει άμεσα ή έμμεσα μετοχές, μερίδια ή συμμετοχή στο κεφάλαιο τουλάχιστον 33%, βάσει αξίας ή αριθμού, ή δικαιώματα σε κέρδη ή δικαιώματα ψήφου, ββ) δύο ή περισσότερα πρόσωπα, εάν κάποιο πρόσωπο κατέχει άμεσα ή έμμεσα μετοχές, μερίδια δικαιώματα ψήφου ή συμμετοχής στο κεφάλαιο τουλάχιστον 33%, βάσει αξίας ή αριθμού, ή δικαιώματα σε κέρδη ή δικαιώματα ψήφου, γγ) κάθε πρόσωπο με το οποίο υπάρχει σχέση άμεσης ή έμμεσης ουσιώδους διοικητικής εξάρτησης ή ελέγχου ή ασκεί καθοριστική επιρροή ή έχει τη δυνατότητα άσκησης καθοριστικής επιρροής άλλου προσώπου ή σε περίπτωση που και τα δύο πρόσωπα έχουν σχέση άμεσης ή έμμεσης ουσιώδους διοικητικής εξάρτησης ή ελέγχου ή δυνατότητα άσκησης καθοριστικής επιρροής από τρίτο πρόσωπο».

17. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια νομολογία που έχει διαμορφώσει το ΔΕΕ επιλαμβανόμενου υποθέσεων του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων όσον αφορά ειδικότερα συνδεδεμένες επιχειρήσεις/οικονομικούς φορείς με σχέση εξάρτησης, έχει ήδη κριθεί, υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας η οποία αποτελεί γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης [(ενδεικτικά) (από το Τμήμα Μείζονος Συνθέσεως) υπόθεση C-210/03, Swedish Match, απόφαση της 14.12.2004, Συλλογή 2004, σ. I-11893, σκέψη 47)], ότι: Α) (από το 4^ο Τμήμα) στην υπόθεση C-538/07, Assitur, απόφαση της 19.5.2009, Συλλογή 2009, σελ. I-04219, σκέψη 33 (καταληκτική): «Το κοινοτικό δίκαιο απαγορεύει τη θέσπιση ή διατήρηση σε ισχύ διάταξης του εθνικού δικαίου η οποία, μολονότι επιδιώκει την επίτευξη των θεμιτών σκοπών της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορά και της διαφάνειας κατά τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, απαγορεύει απόλυτα στις επιχειρήσεις μεταξύ των οποίων υπάρχει σχέση ελέγχου ή οι οποίες είναι συνδεδεμένες μεταξύ τους να συμμετέχουν ταυτόχρονα και ως ανταγωνιστές στην ίδια διαδικασία διαγωνισμού και δεν τους παρέχει τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι η σχέση αυτή δεν επηρέασε τη

συμπεριφορά τους στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής»· Β) (από το 4^ο Τμήμα) στην υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, απόφαση της 23.12.2009, Συλλογή 2009, σελ. I-12169, σκέψη 46 (καταληκτική): «Το κοινοτικό δίκαιο έχει την έννοια ότι δεν επιτρέπει εθνική ρύθμιση όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, η οποία προβλέπει, στο πλαίσιο της διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, της οποίας το ποσό είναι χαμηλότερο από το όριο που προβλέπε[ται] ... αλλά η οποία έχει κάποιο διασυνωριακό ενδιαφέρον, τον αυτόματο αποκλεισμό από τη διαδικασία αυτή και την επιβολή ποινικών κυρώσεων τόσο κατά μόνιμης κοινοπραξίας όσο και κατά των επιχειρήσεων που μετέχουν σ' αυτήν, εφόσον οι επιχειρήσεις αυτές έχουν υποβάλει προσφορές ανταγωνιστικές προς αυτές της κοινοπραξίας στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας, μολονότι η προσφορά της εν λόγω κοινοπραξίας δεν έχει κατατεθεί για λογαριασμό και προς το συμφέρον των επιχειρήσεων αυτών». Γ) (από το 10^ο Τμήμα) στην υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux και SICEF, απόφαση της 22.10.2015, ECLI:EU:C:2015:721, σκέψη 41 (καταληκτική): «... Εντούτοις, κατά το μέρος που το πρωτόκολλο [νομιμότητας, όπως το επίμαχο στην υπόθεση της κύριας δίκης, του οποίου σκοπός είναι η καταπολέμηση της διεισδύσεως του οργανωμένου εγκλήματος στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων] αυτό περιλαμβάνει δηλώσεις κατά τις οποίες ο υποψήφιος ή προσφέρων δεν τελεί σε σχέση ελέγχου ή συνδέσεως με άλλους υποψήφιους ή προσφέροντες, ότι δεν έχει ούτε πρόκειται να καταρτίσει συμφωνία με άλλους μετέχοντες στη διαδικασία του διαγωνισμού και ότι δεν θα αναθέσει υπεργολαβικώς καθήκοντα οποιασδήποτε φύσεως σε άλλες επιχειρήσεις που μετείχαν στην εν λόγω διαδικασία, η μη προσκόμιση των δηλώσεων αυτών δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια τον αυτόματο αποκλεισμό [“irrebutable presumption” ή, στην πρωτότυπη γλώσσα, “presunzione irrefragabile”] του υποψήφιου ή προσφέροντος από την προαναφερθείσα διαδικασία» (βλ. τον σχολιασμό της απόφασης αυτής στη Μονάδα Δημοσίων Συμβάσεων του Πανεπιστημίου της Στοκχόλμης από John Kitsos, ««Annotation on the Judgment of the Court of Justice (Tenth Chamber) of 22 October 2015 in Case C-425/14 *Impresa Edilux και SICEF*: Exclusion of a temporary joint venture from a public-procurement

procedure for not having lodged, with its tender, a declaration of acceptance of a legality protocol on combating criminal activity», Upphandlingsrättslig Tidskrift (UrT) – Procurement Law Journal (PLJ) (4)2-3/2017, pp.133-140). Δ) Την κατεύθυνση αυτή έχει ακολουθήσει και η εσωτερική νομολογία του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου: στη ΣΤΕ (ΕΑ) 1053/2009 κρίθηκε πως (σκέψη 5): «δεν προσδιορίζεται το είδος της εξάρτησης μεταξύ των δύο υποψηφίων, ούτε προσκομίζονται στοιχεία που να αποδεικνύουν το σχετικό ισχυρισμό, δεδομένου ότι, εν πάση περιπτώσει, η διαπίστωση απλώς και μόνο ύπαρξης σχέσης ελέγχου μεταξύ επιχειρήσεων, η οποία οφείλεται σε λόγους ιδιοκτησίας ή στον αριθμό των ψήφων στη γενική συνέλευση δεν αρκεί για να αποκλείσει αυτόματα η αναθέτουσα αρχή τις επιχειρήσεις αυτές από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, χωρίς να εξακριβώσει αν η εν λόγω σχέση επηρέασε συγκεκριμένα τη συμπεριφορά καθεμιάς από τις επιχειρήσεις στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής» (με επίκληση της ανωτέρω απόφασης του ΔΕΕ Assitur).

18. Επειδή, σύμφωνα με την προηγούμενη σκέψη, προκύπτει πως, ακόμη και εάν όφειλε η αντίστοιχη Επιτροπή Διαγωνισμού να εξετάσει στο στάδιο των τυπικών δικαιολογητικών (δηλαδή πριν την αποσφράγιση των προσφορών) τη συγκεκριμένη καταγγελία της προσφεύγουσας, τότε, εφόσον την αποδεχόταν και τους απέκλειε εξ αυτού του λόγου από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία –δηλαδή εφαρμόζοντας το αμάχητο τεκμήριο περί συνδεδεμένων επιχειρήσεων, χωρίς να τους δώσει τη δυνατότητα να αποδείξουν πως η μεταξύ τους σχέση δεν επηρέασε εν προκειμένω τη διαγωνιστική συμπεριφορά κάθε μίας εξ αυτών προς τον σκοπό βλάβης του υγιούς και ανόθετου ανταγωνισμού– θα παραβίαζε την αναφερόμενη πάγια κατεύθυνση του νομοθέτη του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων. Σημειωτέον πως την ανωτέρω πάγια νομολογία δεν αναφέρει στην Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα, εμμένοντας επί της ουσίας (όπως ανωτέρω αναφέρθηκε στη σκέψη 9) στον εκ του μόνου λόγου ακύρωσης περί συνδεδεμένων επιχειρήσεων αποκλεισμό των παρεμβαίνουσών εταιρειών. Συνεπώς, τυγχάνουν απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας.

19. Επειδή, ορθά η Διακήρυξη προβλέπει στον επίμαχο όρο της παρ. 3.2. (Κώλυμα συμμετοχής του ίδιου φυσικού ή νομικού προσώπου σε περισσότερους του ενός προσφέροντες) πως η υποβολή προσφορών τόσο από ατομικούς υποψηφίους όσο και από συνδεδεμένες επιχειρήσεις οδηγεί σε αποκλεισμό τους κατά το στάδιο «αποσφράγισης των φακέλων των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων» ανοίγματος των προσφορών (βλ. σκέψη 7) –μόνο– «εάν αυτό [αποδειχθεί πως] οδηγεί σε νόθευση του ανταγωνισμού», σημείο όπου ο αναθέτων φορέας συντάσσεται ορθά στην ανωτέρω πάγια νομολογία του ΔΕΕ, δηλαδή δεν αποδέχεται το αμάχητο τεκμήριο προσβολής του ανταγωνισμού από μόνη τη συμμετοχή των παρεμβαινουσών εταιρειών ως συνδεδεμένων επιχειρήσεων.

20. Επειδή, κατά την κρίση του Κλιμακίου, η αρμόδια Επιτροπή Αποσφράγισης και Τυπικής Αξιολόγησης του συγκεκριμένου Διαγωνισμού, μετά την κοινοποίηση της παρούσας απόφασης, εισερχόμενη στο στάδιο αποσφράγισης των ΦΑΚΕΛΩΝ Β και Γ, λαμβάνοντας υπόψη τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί σκόπιμης παραβίασης του υγιούς και ανόθετου ανταγωνισμού από τις παρεμβαίνουσες εταιρίες, οφείλει να συγκρίνει αφενός την πηγή προέλευσης των προς προμήθεια ειδών [στο σημείο αυτό βλ. ειδικώς τη διευκρίνιση που παρέχουν οι παρεμβαίνουσες πως: «...δραστηριοποιούνται η μεν στην παραγωγή και εμπορία διαφόρων ειδών εκρηκτικών υλών, η δε παράγοντας μόνο την εκρηκτική ύλη ΑΝΦΟ και εμπορευόμενη όλα τα είδη των εκρηκτικών», έτσι ώστε: «... οι δύο εταιρείες προσέφεραν στον εν λόγω διαγωνισμό ανταγωνιστικά μεταξύ τους προϊόντα, διαφορετικών παραγωγών...»] και κυρίως τις υποβληθείσες τιμές των προσφορών τους, και εφόσον συνάγει εύλογες και επαρκείς ενδείξεις παρανομίας από μέρους τους, πρέπει να καλέσει τις ελεγχόμενες προσφέρουσες εταιρίες να αποδείξουν με κάθε νόμιμο μέσο το αντίθετο, και σε περίπτωση που οι εξηγήσεις τους αποδειχθούν ανεπαρκείς τότε και μόνο να τις αποκλείσει, σύμφωνα με την ανωτέρω πάγια νομολογία η οποία διαμορφώθηκε υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας, Στην κρίση της αυτή

Αριθμός απόφασης 116/2017

οφείλει ειδικώς να λάβει υπόψη της η ορισθείσα Επιτροπή πως, όπως επιβεβαιώθηκε από την ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου εξεταστική διαδικασία, πως η ελληνική αγορά των εκρηκτικών υλών είναι εξαιρετικά κλειστή ώστε να δραστηριοποιούνται επιχειρηματικά μόλις τέσσερις επιχειρήσεις ως παραγωγοί ή εισαγωγείς έτοιμων προϊόντων. Επί του παρόντος, όμως, στο παρόν στάδιο εξέτασης της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής στο συγκεκριμένο διαγωνιστικό στάδιο, ουδεμία τέτοια προσβολή αποδεικνύει η αιτούσα.

21. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού δύο χιλιάδων τριακοσίων ευρώ (€2.300).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2 Νοεμβρίου 2017 και δημοσιεύτηκε στις 6 Νοεμβρίου 2017.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας του 4^{ου} Κλιμακίου

Ιωάννης Κίτσος

Μελπομένη Τσιαλαφούτα