

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1542/2.08.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Πανεπιστημίου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. ... απόφασης του Πρυτανικού Συμβουλίου περί έγκρισης των υπ' αριθμ. ..., ... και ... Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών προσφορών και με τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων») που εδρεύει στα ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές του παρεμβαίνοντος και του οικονομικού φορέα «...» για τα Τμήματα Β και Η του διαγωνισμού και ανακηρύσσεται ο παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού στα εν λόγω Τμήματα.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.737,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 28.07.2021 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη των Τμημάτων Β (227.500,00€) και Η (119.850,00€) της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 347.350,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 1.136.720,40€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε οκτώ Τμήματα, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα ή όλα τα Τμήματα.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 22.02.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 23.02.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 30.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 20.07.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 2.08.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2018/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 5.08.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 4907/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος για τα Τμήματα Β και Η του διαγωνισμού και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 13.08.2021 μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα και τον παρεμβαίνοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 18.08.2021 υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021, και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

11. Επειδή ο παρεμβαίνων στις 25.08.2021 υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού «παρέμβαση» επί του υπομνήματος του προσφεύγοντος. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε απαραδέκτως δοθέντος ότι σύμφωνα με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο δεν προβλέπεται η κατάθεση «παρέμβασης» επί του υπομνήματος του προσφεύγοντος, ενώ σε περίπτωση που η εν λόγω «παρέμβαση» εκληφθή ως υπόμνημα του παρεμβαίνοντος ασκήθηκε εκπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στον παρεμβαίνοντα την 13.08.2021 και, ως εκ τούτου, δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό για το Τμήμα Β του διαγωνισμού έλαβαν μέρος τέσσερις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και οι «...» και «...» και για το Τμήμα Η τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και ο «...». Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. ... Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των προσφορών όλων των συμμετεχόντων στα εν λόγω Τμήματα. Κατόπιν δε αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, διαμορφώθηκαν οι ακόλοθοι πίνακες κατάταξης :

Τμήμα Β

1. Παρεμβαίνων- προσωρινός ανάδοχος
2. «...»
3. Προσφεύγων
4. «...»

Τμήμα Η

1. Παρεμβαίνων-προσωρινός ανάδοχος
2. «...»
3. Προσφεύγων

Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

14. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε τρίτος σε σειρά μειοδοσίας για τα Τμήματα Β και Η του διαγωνισμού θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών του παρεμβαίνοντος και του οικονομικού φορέα «...» στα εν λόγω Τμήματα, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Ωστόσο, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπέρβασης πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, και δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, εφόσον ο προσφεύγων για τα Τμήματα Β και Η του διαγωνισμού έχει καταταγεί τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας, προϋπόθεση της

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά του πρώτου κατά σειρά μειοδοσίας και παρεμβαίνοντος αποτελεί η ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής κατά του προτασσόμενου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα «...».

15. Επειδή ο προσφεύγων, επικαλούμενος τους όρους 2.2.3.4 παρ. γ' της διακήρυξης ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « Α. Ως προς την προσφορά της εταιρείας «... »

[...] Εν προκειμένω στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό η εταιρεία «...», στο Μέρος III – Κεφάλαιο Γ, στο ερώτημα «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» απάντησε καταφατικά («ΝΑΙ») και ακολούθως δήλωσε στις διευκρινίσεις του ερωτήματος τα ακόλουθα:

«Αναφερόμαστε, εν προκειμένω, στην απόφαση της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού επί της αυτεπάγγελτης έρευνας στην αγορά επίπλων και επαγγελματικού εξοπλισμού, προκειμένου να διαπιστωθεί αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 περί «Προστασίας του Ελεύθερου Ανταγωνισμού». Ειδικότερα, δυνάμει της από 24.02.2020 και υπ' αριθ. 703/2020 Απόφασης, η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού με ομόφωνη απόφασή της, κατά την απλοποιημένη διαδικασία Διευθέτησης Διαφορών του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 έκρινε ότι για την εταιρεία «...» με δ.τ. «...» πληρούνται οι όροι και προϋποθέσεις του Προγράμματος Επιείκειας, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην υπ' αριθ. 5 2 6 / 2 0 1 1 Απόφασης ΕΑ και χορήγησε το ευεργέτημα της επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο κατά την παρ. 47 της Απόφασης αυτής και για την εταιρεία «...» αποδέχθηκε την Πρόταση Διευθέτησης Διαφοράς που υποβλήθηκε από αυτήν και επέβαλε μειωμένο πρόστιμο για την τέλεση της διαπιστωθείσας, βάσει του σκεπτικού της Απόφασης, παράβασης του άρθρου 1 του ν. 3959 / 2011 , ποσού 29.013,59 ευρώ. Συνεπώς, και ενόψει της υπαγωγής της εταιρείας στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011, εφαρμογής εν προκειμένω τυγχάνει η διάταξη του άρθρου 44 παράγραφος 3β, περίπτωση (β), του Ν. 3959/2011, ως ισχύει

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

(δηλαδή όπως αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019) η οποία διαλαμβάνει ως [...]

Περαιτέρω, στο επόμενο ερώτημα, ήτοι «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);» απάντησε και πάλι καταφατικά («ΝΑΙ») και ακολούθως δήλωσε στις διευκρινίσεις του ερωτήματος τα ακόλουθα:

«Ενόψει της απαντήσεως μας ανωτέρω, καθώς και της προβλέψεως του άρθρου 44 παράγραφος 3β, περίπτωση (β), του Ν. 3959/2011, ως ισχύει, δεν τίθεται, εν προκειμένω, ζήτημα υπάρξεως δυνητικού λόγου αποκλεισμού. Επαναλαμβάνεται σχετικώς ότι η εταιρεία υπήχθη επιτυχώς στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011 και, συνεπώς, (i) επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις και (ii) η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων. Ανεξαρτήτως του γεγονός ότι, συνεπώς, δεν συντρέχει εν προκειμένω λόγος αποκλεισμού κατά νόμον, η εταιρεία μας δια της επιτυχούς υπαγωγής της στην διαδικασία διευθέτησης τεκμαίρεται (και αποδεικνύεται) ότι έχει λάβει τα απαραίτητα μέτρα αυτοκάθαρσης. Επίσης θα πρέπει να σημειωθεί ότι η εταιρεία μας έχει προχωρήσει στη ολοσχερή καταβολή του προστίμου που της είχε επιβληθεί».

5. Πλην όμως, σύμφωνα και με όσα αναλυτικώς εκτίθενται ανωτέρω υπό 1- 3, και υπό τη διατύπωση του άρθρου 2.2.3.4 περ. γ της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η διαγωνιζόμενη συνομολόγησε τη σύναψη συμφωνίας στρέβλωσης του ανταγωνισμού, στοιχειοθετείται ο προβλεπόμενος στο άρθρο αυτό της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού. Προκειμένου, δε, να εξετασθεί εάν συντρέχει περίπτωση άρσης του αποκλεισμού της, η διαγωνιζόμενη υποχρεούτο να δηλώσει ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης και να παραθέσει αυτά στο αντίστοιχο πεδίο του ΕΕΕΣ. Τέτοια μέτρα δεν δήλωσε η «...», αφού όπως προαναφέρθηκε ούτε η διεύθετηση της διαφοράς ενώπιον της Επιτροπής

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

Ανταγωνισμού, την οποία και μόνον δήλωσε, ούτε η πληρωμή του προστίμου που της επιβλήθηκε επέχουν κατά το νόμο θέση μέτρων αυτοκάθαρσης.

Ελλείπει, δε, δηλωθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης, η «...» κατέστησε υποχρεωτικό για την αναθέτουσα αρχή τον αποκλεισμό της, η δε αναθέτουσα αρχή υποχρεούτο, κατά δεσμία αρμοδιότητα και μη διαθέτοντας εκ του νόμου καμία σχετική διακριτική ευχέρεια, να την αποκλείσει από τον εξεταζόμενο διαγωνισμό και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφασή της πρέπει να ακυρωθεί.

Τα ανωτέρω ουδόλως αναιρούνται από τα προβλεπόμενα στο άρθρο 4 4 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011 , όπως προστέθηκε κατά την τροποποίηση του άρθρου 44 από το άρθρο 235 παρ. 2 του ν. 4635/2019, η επίκληση του οποίου στο ΕΕΕΣ της «...» ουδεμία ασκεί επιρροή. Διότι η διάταξη αυτή δεν λαμβάνεται υπόψη στο πλαίσιο του εξεταζόμενου διαγωνισμού, καθόσον δεν γίνεται σχετικώς υπέρ της ισχύος της επιφύλαξη στο άρθρο 2.2.3.4 περ. γ' της Διακήρυξης αυτού. [...]Ο συντάκτης της Διακήρυξης, επέλεξε, περιλαμβάνοντας στους λόγους αποκλεισμού αυτόν της σύναψης συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού, να αναπαράγει αυτούσια τη διάταξη του άρθρου 57 παρ. 4 περ. γ' της Οδηγίας 201 4 /24 και όχι αυτή του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 235 παρ. 3 του ν. 4635/2019 και έτσι δεν συμπεριέλαβε την προβλεπόμενη από 30.10.2019 επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011. Κατά συνέπεια, της Διακήρυξης μη διακρίνουσας και μη προβλέπουσας σχετικής επιφύλαξης, στον εξεταζόμενο διαγωνισμό δεν τυγχάνουν εφαρμογής τα προβλεπόμενα στο άρθρο 44 παράγραφος 3β του ν. 3 9 5 9 / 2 0 1 1 και μη νομίμως έγιναν δεκτά τα αντίθετα με την προσβαλλόμενη πράξη, η οποία θα πρέπει για τον λόγο αυτό να ακυρωθεί.

7 . Σε κάθε περίπτωση και επικουρικώς, ακόμα και αν ήθελε κριθεί ότι παρά την αντίθετη ρύθμιση της Διακήρυξης του διαγωνισμού, υφίσταται πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3 9 5 9 / 2 0 1 1 και πάλι η διάταξη αυτή δεν δύναται να εφαρμοστεί διότι είναι ανίσχυρη ως αντικείμενη στην υπερνομοθετικής ισχύος διάταξη της περ. γ' της παραγράφου 4 του

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24 καθώς και της παραγράφου 7 του ίδιου άρθρου. Και τούτο διότι από το σαφές γράμμα της περ. γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24, προκύπτει ότι κατά τη βούληση του ενωσιακού νομοθέτη ο σχετικός λόγος αποκλεισμού συμπεριλαμβάνεται μεν στους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού (των αναθετουσών αρχών διαθετουσών εν προκειμένω απόλυτης διακριτικής ευχέρειας ως προς την επιλογή του ή μη σε συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης), ωστόσο κατά το περιεχόμενό του είναι απόλυτος.

Εγκαθιδρύει δηλαδή ως λόγο αποκλεισμού τη σύναψη συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού, χωρίς άλλη καμία διάκριση πλην της προβλεπόμενης στην παράγραφο 7 του ίδιου άρθρου 57 της Οδηγίας άρσης του λόγου αποκλεισμού λόγω λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης που κρίνονται επαρκή. Άλλη ευχέρεια δεν καταλείπεται ούτε στα κράτη – μέλη κατά τη μεταφορά στο εθνικό δίκαιο των διατάξεων αυτών (του άρθρου 57 παρ. 4 περ. γ' και παρ. 7) της Οδηγίας, οι οποίες είναι σαφείς, αδιάστικτες και στερούνται αιρέσεων, ούτε στις αναθέτουσες αρχές κατά τη διαμόρφωση των όρων αποκλεισμού στα έγγραφα συγκεκριμένης σύμβασης. Ωστόσο, ο έλληνας νομοθέτης με τη διάταξη του άρθρου 4 4 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011 και την συμπερίληψη αυτής ως επιφύλαξη στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, κατ' ουσίαν αλλοίωσε το κείμενο του άρθρου 57 παρ. 4 περ. γ' της Οδηγίας 2014/24, μετατρέποντας τον λόγο αποκλεισμού της σύναψης συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού από απόλυτο σε σχετικό, ισχύοντα μόνον υπό την προϋπόθεση μη υπαγωγής σε πρόγραμμα επιείκειας ή διευθέτησης και εισάγοντας μη προβλεπόμενη εξαίρεση- περίπτωση άρσης του λόγου αποκλεισμού, διαφορετική από τις ρητώς προβλεπόμενες στην παράγραφο 7 του άρθρου 57 της Οδηγίας.

Επομένως η διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 κατά το μέρος που προβλέπει ότι ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24 ισχύει υπό την επιφύλαξη του άρθρου 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011 και η διάταξη του άρθρου 4 4 παρ. 3β του ν. 3959/2011 κατά το μέρος που προβλέπει λόγο άρσης του λόγου αποκλεισμού μη περιλαμβανόμενο στα κατά την παράγραφο 7 του άρθρου 57

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

της Οδηγίας μέτρα αυτοκάθαρσης αντίκειται ευθέως στις ανωτέρω υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις της Οδηγίας 2014/24 και ως εκ τούτου είναι ανίσχυρη και δεν μπορεί να εφαρμοστεί. Πλήττει δε την πρακτική αποτελεσματικότητα της Οδηγίας ως προς τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού με τον οποίο επιδιώκεται η επικράτηση και η διασφάλιση συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού ώστε να επιτυγχάνεται κυρίως η εγγύηση της ελεύθερης πρόσβασης των επιχειρήσεων στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων και ακολούθως η προστασία των αναθετουσών αρχών και η εγγύηση ποιότητας επιλογής και υπονομεύει το κίνητρο λήψης συγκεκριμένων μέτρων αποκατάστασης αξιοπιστίας, το οποίο θεσπίζει η Οδηγία, με σκοπό αφενός μεν να διασφαλίσει την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς που παρέχουν εχέγγυα αξιοπιστίας, αφετέρου δε τη δυνατότητα του οικονομικού φορέα να θεραπεύσει τους λόγους που τον κατέστησαν αναξιόπιστο.

8. Τα ανωτέρω έχουν επιβεβαιωθεί με τον πλέον εμφαντικό και κατηγορηματικό τρόπο από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, η οποία στην Ανακοίνωσή της «σχετικά με τα εργαλεία για την καταπολέμηση των αθέμιτων συμπράξεων στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων και σχετικά με κατευθύνσεις για τον τρόπο εφαρμογής του συναφούς λόγου αποκλεισμού» (2021/C 91/01), η οποία δημοσιεύθηκε στις 18.3.2021 σε χρόνο μεταγενέστερο από την τροποποίηση του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016, με το άρθρο 235 παρ. 3 του Ν.4635/2019 (Α' 167/30.10.2019)[...]
Η ως άνω Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, επικαλούμενη την νομολογία του ΔΕΕ, είναι σαφής δεν αφήνει κανένα περιθώριο παρερμηνείας. Μόνο στην περίπτωση που η υπαγωγή σε πρόγραμμα επιείκειας αφορά την ίδια τη διαδικασία ανάθεσης για την οποία υπάρχει καταγγελία μπορεί να αίρεται αυτομάτως ο λόγος αποκλεισμού. Σε οποιαδήποτε μελλοντική διαδικασία ανάθεσης, ο οικονομικός φορέας οφείλει να αποδείξει ότι έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης. Άρα, η μόνη σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίηση με το άρθρο 235 παρ. 3 του Ν. 4635/2019, είναι ότι η επιφύλαξη του άρθρου 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

αφορά την ίδια τη διαδικασία ανάθεσης, για την οποία υπάρχει καταγγελία περί σύναψης συμφωνιών με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, και όχι οποιαδήποτε μελλοντική διαδικασία.

Εν προκειμένω, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, η ανταγωνίστριά μας καταδικάστηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού και υπήχθη σε πρόγραμμα επιείκειας σε άλλη διαδικασία και όχι στην υπό εξέταση και για τον λόγο αυτό, όφειλε να δηλώσει μέτρα αυτοκάθαρσης.[...]

Για τους λόγους αυτούς μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, καθώς δεν δήλωσε ως όφειλε μέτρα αυτοκάθαρσης στο ΕΕΕΣ, και θα πρέπει η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος αυτό, να ακυρωθεί.

B. Ως προς την προσφορά της εταιρείας «...»

1 . Και η προσφορά της εταιρείας «...» για αμφότερα τα Τμήματα Β' και Η' μη νομίμως έγινε δεκτή διότι, όπως αναφέρουμε αναλυτικά ανωτέρω υπό II.A, όπου και παραπέμπουμε προς αποφυγή περιττών επαναλήψεων, υπό τη διατύπωση του άρθρου 7 3 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε αρχικώς και πριν την τροποποίησή του από τη διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019 και όπως υπό την αρχική αυτή διατύπωσή του αναπαράγεται αυτούσιο στο άρθρο 2.2.3.4. περ. γ' της Διακήρυξης του διαγωνισμού, ο οικονομικός φορέας ο οποίος συνομολογεί τη σύναψη συμφωνιών

για τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεν απαλλάσσεται από την υποχρέωση δήλωσης μέτρων αυτοκάθαρσης επειδή διευθέτησε τη σχετική διαφορά με την αρμόδια αρχή. Αντιθέτως, από τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων της Οδηγίας, νόμου και της Διακήρυξης του διαγωνισμού που αναφέρουμε ανωτέρω υπό II.A, εξάλλου, συνάγεται ότι οικονομικός φορέας που έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ακόμα και εάν έχει διευθετήσει την υπόθεση με την αρμόδια αρχή, θα πρέπει, προκειμένου να μην αποκλεισθεί από διαγωνιστική διαδικασία, να προσκομίσει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής στοιχεία με τα οποία να αποδεικνύει ότι έχει λάβει μέτρα επανόρθωσης (s e l f c l e a n i n g) , δηλαδή ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλα για την αποφυγή επανάληψης της παράβασης, στην οποία υπέπεσε, έτσι ώστε να αποδεικνύει ότι αποκατέστησε την αξιοπιστία του και μόνον εφόσον τα μέτρα αυτά κριθούν επαρκή - κατά τη διαδικασία των παραγράφων 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016- να αρθεί ο συντρέχων σε βάρος του λόγος αποκλεισμού. Η, δε, απόφαση περί διευθέτησης της υπόθεσης ενώπιον αρμόδιας αρχής δεν ισοδυναμεί με μέτρο αυτοκάθαρσης αλλά ο διαγωνιζόμενος απαιτείται να επικαλεστεί και να αποδείξει ότι κατά την διαδικασία κατά την οποία υπήχθη σε διευθέτηση της υπόθεσης με την αρμόδια αρχή πράγματι διευκρίνισε με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες υπέπεσε στην σε βάρος του αποδιδόμενη παράβαση, η δε αναθέτουσα αρχή να τα αξιολογήσει, χωρίς μάλιστα να δεσμεύεται από τις σχετικές αποφάσεις της αρμόδιας αρχής (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C- 1 2 4 / 1 7, VosslohLaeis GmbH, σκέψη 26).

1 . 1 . Εν προκειμένω στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό η εταιρεία «...» στο Μέρος III - Κεφάλαιο Γ, στο ερώτημα «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» απάντησε καταφατικά («ΝΑΙ») και ακολούθως δήλωσε στις διευκρινίσεις του ερωτήματος τα ακόλουθα:

«Συμφωνία μεταξύ της «...» και της «...» για τον περιορισμό του ανταγωνισμού μεταξύ τους. Με την υπ' αριθ. 703/2020 απόφασης της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β' 3377/13.8.2020) κρίθηκε ότι για την εταιρεία «...» πληρούνται οι όροι και προϋποθέσεις του Προγράμματος Επιείκειας και χορηγείται το ευεργέτημα της επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο. Σύμφωνα με το άρθρο 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, εφόσον συντρέχει υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο, η παράβαση δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού για δημόσιες συμβάσεις».

Περαιτέρω, στο επόμενο ερώτημα, ήτοι «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);» απάντησε και πάλι καταφατικά («ΝΑΙ») και ακολούθως δήλωσε στις διευκρινίσεις του ερωτήματος τα ακόλουθα:

«Συμφωνία μεταξύ της «...» και της «...» για τον περιορισμό του ανταγωνισμού μεταξύ τους. Με την υπ’ αριθ. 703/2020 απόφασης της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β’ 3 3 7 7 / 1 3 . 8 . 2 0 2 0) κρίθηκε ότι για την εταιρεία «...» πληρούνται οι όροι και προϋποθέσεις του Προγράμματος Επιείκειας και χορηγείται το ευεργέτημα της επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο. Σύμφωνα με το άρθρο 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, εφόσον συντρέχει υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο, η παράβαση δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού για δημόσιες συμβάσεις». Πλην όμως, σύμφωνα και με όσα αναλυτικώς εκτίθενται ανωτέρω υπό II.A.1 - 3, και υπό τη διατύπωση του άρθρου 2.2.3.4 περ. γ της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η διαγωνιζομένη συνομολόγησε τη σύναψη συμφωνίας στρέβλωσης του ανταγωνισμού, στοιχειοθετείται ο προβλεπόμενος στο άρθρο αυτό της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού. Προκειμένου, δε, να εξετασθεί εάν συντρέχει περίπτωση άρσης του αποκλεισμού της, η διαγωνιζομένη υποχρεούτο να δηλώσει ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης και να παραθέσει αυτά στο αντίστοιχο πεδίο του ΕΕΕΣ. Τέτοια μέτρα δεν δήλωσε η «...». Το ότι δήλωσε απλώς πως για εκείνη πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις του Προγράμματος Επιείκειας και της χορηγήθηκε το ευεργέτημα της επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο, δεν αναιρεί το γεγονός ότι έχει υποπέσει σε παράπτωμα με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, το οποίο συνομολογεί, οπότε θα έπρεπε να δηλώσει στο παρόν ΕΕΕΣ τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε, η δε ανωτέρω δήλωση περί του ευεργετήματος της επιείκειας προφανώς και δεν επέχει κατά τον νόμο θέση μέτρων αυτοκάθαρσης. Ελλείψει, δε, δηλωθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης, η «...» κατέστησε υποχρεωτικό για την αναθέτουσα αρχή τον αποκλεισμό της, η δε αναθέτουσα αρχή υποχρεούτο, κατά δεσμία αρμοδιότητα και μη διαθέτοντας εκ του νόμου καμία σχετική διακριτική ευχέρεια, να την αποκλείσει από τον εξεταζόμενο διαγωνισμό και ως εκ

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

τούτου η προσβαλλόμενη απόφασή της πρέπει να ακυρωθεί και για τον λόγο αυτό. Η δε επίκληση του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011 εκ μέρους της «...» είναι απορριπτέα ως αβάσιμη και νομικά ανίσχυρη, σύμφωνα με τα αναλυτικώς εκτεθέντα ανωτέρω υπό II.A.6 - 8 , όπου και παραπέμπουμε».

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη το άρθρο 44 του ν. 3959/2011 και την υπ' αριθμ. 703/2020 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, προβάλλει στις απόψεις της τα ακόλουθα : «... εφόσον με την υπ αριθμ, 703/2020 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού έγινε αποδεκτή η Πρόταση Διευθέτησης Διαφοράς της εταιρείας «...» και επιβλήθηκε πρόστιμο ύψους 29.013,596, τούτο συνεπάγεται, σύμφωνα με τη νομοθεσία που αναφέρθηκε, ότι η διαπίστωση της σχετικής παράβασης (στρέβλωσης του ανταγωνισμού) δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων (κατόπιν και της προσκόμισης αποδεικτικών από την εταιρεία της ολοσχερούς εξόφλησης του προστίμου). Κατόπιν τούτων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος[...]

17. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα κάτωθι: «[...] Σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης [...] ιδρύεται προαιρετικός (δυνητικός) λόγος αποκλεισμού οικονομικού φορέα από τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Ωστόσο, κατά ρητή διατύπωση της παραγράφου 7 του ως άνω άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μία από τις καταστάσεις που χαρακτηρίζονται ως δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος δυνητικού αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία αυτά κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από την διαδικασία προμήθειας (δικαίωμα απόδειξης αυτοκάθαρσης – self-cleaning) (ορ. σχετικά σημ. Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' έκδοση, 2019, εκ. Σάκκουλα, σελ. 431, 439).

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

3. Κατ' αντιστοιχία με τις ως άνω νομοθετικές διατάξεις, στο άρθρο 2.2.3.4. περ. γ' της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: [...]
4. Στο πλαίσιο του ως άνω δυναμικού λόγου αποκλεισμού, το δικαίωμα απόδειξης αυτοκάθαρσης του οικονομικού φορέα ρυθμίζεται ειδικώς δια του άρθρου 44 παρ. 3 περ. β' του ν. 3959/2011, ως ισχύει, κατόπιν της αντικατάστασής του δια της παρ. 1 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019, στο οποίο παραπέμπει ρητώς η αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016.
5. Εν προκειμένω, και κατ' εφαρμογή του ως άνω κείμενου νομοθετικού πλαισίου, η Εταιρεία μας νομίμως και δίχως πρόθεση απόκρυψης οποιουδήποτε στοιχείου, προχώρησε, ως όφειλε, σε θετική δήλωση στο από 02.04.2021 ΕΕΕΣ (Σχετικό 3) στο σχετικό ερώτημα ερώτηση περί σύναψης συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (βλ. σελ. 10-11 του από 02.04.2021 ΕΕΕΣ). Εξυπακούεται ότι αναφορές της προσφεύγουσας περί ανακριβών δηλώσεων εκ μέρους της Εταιρείας μας δεν αντέχουν στην λογική, δοθέντος ότι δηλώσαμε υπεύθυνα άπαντα τα στοιχεία που αφορούν την διαδικασία διευθέτησης της παράβασής μας ως περιγράφουμε και κατωτέρω.
6. Τούτο δε διότι διενεργήθηκε αυτεπάγγελτη έρευνα στην αγορά επίπλων και επαγγελματικού εξοπλισμού, προκειμένου να διαπιστωθεί αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 περί «Προστασίας του Ελεύθερου Ανταγωνισμού». Δυνάμει δε της από 24.02.2020 και υπ' αριθ. 703/2020 Απόφασης, η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού με ομόφωνη απόφασή της, κατά την απλοποιημένη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α του ν. 3959/2011, αποδέχθηκε την Πρόταση διευθέτησης διαφοράς που υποβλήθηκε από την Εταιρεία μας και επέβαλε μειωμένο πρόστιμο για την τέλεση της διαπιστωθείσας, βάσει του σκεπτικού της Απόφασης, παράβασης του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, ποσού 29.013,59€.
7. Η δε Εταιρεία μας προσκόμισε ενώπιον του Πανεπιστημίου αποδεικτικά στοιχεία εξόφλησης του ως άνω επιβληθέντος προστίμου (Σχετικά 4α, 4β). Εν συνεχεία, η Αναθέτουσα Αρχή αξιολόγησε την ως άνω αληθή δήλωση της

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

Εταιρείας μας και κατόπιν γνωμοδότησης του νομικού συμβούλου της, ..., έκρινε ως παραδεκτή την συμμετοχή μας στην διαγωνιστική διαδικασία (Σχετικό 5).

Β. Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί μη εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 44 παρ. 3β του Ν. 3959/2011 και άρθρου 73 παρ. 4 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 (όπως τροποποιήθηκε δυνάμει της παρ. 3 του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019)

2. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δήθεν το σχετικό άρθρο 2.2.3.4. της διακήρυξης αναπαράγει αυτούσιο το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 ως ίσχυε προ της τροποποίησής του με την διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019 και ως εκ τούτου η τελευταία διάταξη δεν δύναται να εφαρμοστεί.

3. Το ως άνω επιχείρημα της προσφεύγουσας τυγχάνει όλως αβάσιμο. Τούτο διότι: Πρώτον, εκκινεί από την λανθασμένη παραδοχή περί του ότι ο σχετικός όρος 2.2.3.4. της διακήρυξης δεν λαμβάνει υπόψιν του την τροποποίηση του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 ως ισχύει κατόπιν της τροποποίησής του με την διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019. Και αυτό διότι ρητώς η διακήρυξη λαμβάνει υπόψιν της το νομοθετικό πλαίσιο επί του οποίου ερείδεται, συμπεριλαμβανομένου προδήλως και του ν. 4412/2016.[...]Συνεπώς, επί της αρχής, η διακήρυξη διέπεται από το κείμενο νομοθετικό πλαίσιο, ως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης και ως παρατίθεται αναλυτικώς υπό Ι.

Δεύτερον, στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν δια της παρ. 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019 ισχύει, ο νομοθέτης, [...] θέλησε να επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής της τροποποίησης τόσο σε διαγωνισμούς που εκκινούν κατόπιν της δημοσίευσης του τροποποιητικού άρθρου όσο και σε διαγωνισμούς που βρίσκονται σε εξέλιξη ήδη κατά την δημοσίευση αυτού. Τα ως άνω επιβεβαιώνει και η υπ' αριθ. 211/2020 απόφαση Υμών[...]

Καθίσταται δε πρόδηλο ότι οι αναθέτουσες αρχές όφειλαν να λάβουν υπόψιν τους τις ως άνω διατάξεις των άρθρων 73 και 79 του ν.

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

4412/2019, ως τροποποιηθείσες για του ν. 4635/2019 ισχύουν, ως νόμοι αναγκαστικού δικαίου, έχουσες αυξημένη τυπική ισχύ

Τρίτον, η Αναθέτουσα Αρχή εκδήλωσε την βούλησή της να συμμορφωθεί με τις κείμενες ως άνω εφαρμοστέες διατάξεις, διότι ζήτησε υποστήριξη από την νομική της υπηρεσία και έκανε δεκτή την σχετική γνωμοδότηση, η οποία επιβεβαιώνει τους ισχυρισμούς μας. Συνεπώς, ουδεμία αντίφαση υφίσταται μεταξύ της διατύπωσης του όρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 ως ισχύει κατόπιν της τροποποίησής του με την διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019.

4. Εν κατακλείδι, η Αναθέτουσα Αρχή ορθώς εφάρμοσε το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 ως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης και ορθώς έκρινε ότι η Εταιρεία μας πληρούσε τις κάτωθι σωρευτικές προϋποθέσεις άρσης του δυνητικού λόγου αποκλεισμού, ήτοι:

α) επιτυχή υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών,

β) ολοσχερή εξόφληση του επιβληθέντος προστίμου

γ) απουσία κατ' εξακολούθησης παραβίασης της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί ανταγωνισμού. Δεδομένων των ως άνω, η διαπίστωση της σχετικής παράβασης, όπως προκύπτει από την απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της Εταιρείας μας από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία. Τα εξ αντιθέτου προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα τυγχάνουν όλως αβάσιμα και ως εκ τούτου απορριπτέα.

Γ. Ως προς την εξουσία της Α.Ε.Π.Π.

1. Η προσφεύγουσα, σε ύστατη προσπάθεια ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης, προβάλλει ότι δήθεν η διάταξη του άρθρου 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι τυγχάνει εφαρμοστέα, «είναι ανίσχυρη ως αντικείμενη στην υπερνομοθετικής ισχύος διάταξη της περ. γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24, καθώς και της παραγράφου 7 του ίδιου άρθρου...»...

2. Επί της αρχής, οι ως άνω αιτιάσεις περί αντίθεσης της εθνικής διάταξης σε ενωσιακή δεν δύναται να εξετασθούν στο πλαίσιο της παρούσας αντιδικίας. Τούτο δε διότι η ΑΕΠΠ έχει αποκλειστικά αρμοδιότητα εκδίκασης προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων

των αναθετουσών αρχών ή αναθέτοντων φορέων. Ειδικότερα, οι αιτιάσεις που δύνανται να προβάλλουν οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς αφορούν την υφιστάμενη ή ενδεχόμενη ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, προκύπτουσα από παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας και σε καμία περίπτωση την τυχόν συμμόρφωση εθνικής διάταξης με την ενωσιακή.

3. Εν προκειμένω, η Αναθέτουσα Αρχή λειτούργησε σε πλήρη συμμόρφωση με το κείμενο εφαρμοστέο νομοθετικό πλαίσιο, όπως αναλυτικά αναφέρουμε ανωτέρω. Οι δε αιτιάσεις της προσφεύγουσας δεν δύνανται να εξεταστούν από την ΑΕΠΠ.

4. Ακόμη δε και εάν ήθελε υποθεθεί ότι αρμοδίως εισάγονται ενώπιον Υμών, τυγχάνουν όλως αβάσιμες. Τούτο δε διότι ουδεμία αντίθεση του άρθρου 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011 υφίσταται σε σχέση με τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24 ως προς τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού.

Εν προκειμένω, οι ευρωπαϊκές Οδηγίες απαιτούν ενσωμάτωση στην εθνική έννομη τάξη, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας στον εθνικό νομοθέτη προκειμένου να τις εφαρμόσει αποτελεσματικά. Εν προκειμένω δε ο εθνικός νομοθέτης προέβη σε σχετική στάθμιση, κρίνοντας ότι η επιτυχής διευθέτηση διαφοράς ενώπιον της Αρχής Ανταγωνισμού συνιστά την πλέον εμφατική απόδειξη ότι η ελεγχόμενη επιχείρηση έλαβε μέτρα «αυτοκάθαρσης», υπό την έννοια ότι η «αυτοκάθαρση» της Εταιρείας τεκμαίρεται και αποδεικνύεται εκ της Αποφάσεως της Επιτροπής που διαγιγνώσκει την επιτυχή υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης (ορ. σχετικά Υπόθεση C-124/17 - Vossloh Laeis, παρ. 31: [...] καθώς και Σκέψεις Γενικού Εισαγγελέα στην ως άνω υπόθεση, βλ. ιδίως παρ. 57 [...]).

18. Επειδή ο προσφεύγων προβάλλει στο υπόμνημα τα ακόλουθα : « [...] στην προκειμένη περίπτωση, ΡΗΤΩΣ, ΣΑΦΩΣ και ΕΝΑΡΓΩΣ ορίζεται στην υποπαράγραφο 2.2.3.4. περίπτωση (γ) της εν θέματι διακήρυξης ότι «(ενν. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις): (γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας σύνηψε

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», όρο τον οποίο αποδέχτηκε η παρεμβαίνουσα κατά τη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό.

Αναμφίλεκτα, το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 τροποποιήθηκε με τη διάταξη του άρθρου 235 παρ. 5 του ν. 4635/2019, όπως επισημαίνει και η αναθέτουσα αρχή, και μετά την εν λόγω τροποποίησή του συμπεριέλαβε ως επιφύλαξη την εφαρμογή της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, που με τη σειρά της προϋποθέτει, μεταξύ άλλων, την εφαρμογή του άρθρου 25α του εν λόγω νόμου. ΩΣΤΟΣΟ στην προκειμένη περίπτωση εφαρμόζεται το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε ΠΡΙΝ την τροποποίησή του, διότι ΑΥΤΟ ΟΡΙΖΕΙ Η ΙΔΙΑ Η ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ, η οποία αποτελεί το ΚΑΝΟΝΙΣΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗΣ ΤΟΥ ΕΝ ΘΕΜΑΤΙ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ.

Κατά συνέπεια, εφόσον εν προκειμένω υπάρχει καταδίκη της παρεμβαίνουσας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού και προκειμένου να κριθεί εάν η παρεμβαίνουσα έχει συνάψει συμφωνίες ή όχι με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ΗΤΟ ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΟ ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΝΑ ΔΗΛΩΣΕΙ Η ΠΑΡΕΜΒΑΙΝΟΥΣΑ ΣΤΟ ΕΕΕΣ ΤΗΣ ΤΑ ΜΕΤΡΑ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΠΟΥ ΕΛΑΒΕ, δήλωση την οποία ΟΥΔΕΠΟΤΕ έκανε.

Κατ' ακολουθία, η προσφορά της παρεμβαίνουσας καθίσταται μη νόμιμη άνευ άλλου τινός, καθώς ΔΕΝ έχει παράσχει τα απαιτούμενα στοιχεία, ώστε να κριθεί η επάρκεια ή η ανεπάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσής της, κατά τα ειδικώς οριζόμενα στις υποπαραγράφους 2.23.1. και 2.2.3.8. της εν λόγω διακήρυξης, παρά τα όσα αντίθετα προβάλλει αβασίμως η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, όπως διαμορφώθηκε το περιεχόμενό του μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 235 παρ. 5 του ν. 4635/2019.

Παρά ταύτα, ως έχει επισημανθεί και ανωτέρω και έχει καταδειχθεί αναλυτικά στην υπό εξέταση προσφυγή μας, η διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, όπως ήταν διαμορφωμένο το περιεχόμενό της, ΠΡΙΝ την τροποποίησή της από τη διάταξη του άρθρου 235 παρ. 5 του ν. 4635/2019

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

κατέστη τμήμα της οικείας διακήρυξης, όπου υιοθετήθηκε αυτούσια στο σχετικό της όρο 2.2.3.4.

Σε κάθε περίπτωση και επικουρικούς, επαναλαμβάνουμε, όπως αναλυτικώς έχουμε εκθέσει στα υπ' αριθμ. Α7 και Α8 χωρία της υπό κρίση προσφυγή μας, ότι ακόμη και μετά την τροποποίηση του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ'ν. 4412/2016 από το άρθρο 235 παρ. 5 του ν. 4635/2019, η υπαγωγή σε πρόγραμμα επιείκειας δεν αναιρεί το γεγονός ότι πρέπει να δηλωθούν μέτρα αυτοκάθαρσης.

Τα ανωτέρω έχουν επιβεβαιωθεί με τον πλέον εμφαντικό και κατηγορηματικό τρόπο από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, η οποία στην Ανακοίνωσή της «σχετικά με τα εργαλεία για την καταπολέμηση των αθέμιτων συμπράξεων στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων και σχετικά με κατευθύνσεις για τον τρόπο εφαρμογής του συναφούς λόγου αποκλεισμού» (2021/C 91/01), η οποία δημοσιεύθηκε στις 18.3.2021 σε χρόνο μεταγενέστερο από την ως άνω τροποποίηση και λεπτομερώς παρατίθεται στην υπό εξέταση προσφυγή μας

Σχετικά με τους λόγους απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...»

Σχετικά με τους λόγους απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...», [...] ως αναλυτικά εκθέτουμε στην υπό εξέταση προσφυγή μας, πρέπει να σημειωθεί ότι αναφορικά με τον πρώτο λόγο ισχύουν *mutatis mutandis* τα όσα αναφέρθησαν ανωτέρω σχετικά με το λόγο απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...» και η προσφορά της εταιρείας «...» καθίσταται απορριπτήα.[...]

II. Επί της παρέμβασης της εταιρείας «...»

Καταρχήν πρέπει να επισημανθεί ότι η υπό εξέταση παρέμβαση στο σύνολό της είναι καθ' όλα αβάσιμη, με παρελκυστικές νομολογιακές αναφορές σε δήθεν όμοιες περιπτώσεις και άτοπα συμπεράσματα σχετικά με την ερμηνεία και την εφαρμογή του ν. 4412/2016, που δήθεν χρήζουν εφαρμογής εν προκειμένω προς το συμφέρον της παρεμβαίνουσας.

Σε κάθε περίπτωση, αναφορικά με την εν λόγω παρέμβαση και προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, αρχικά επικαλούμαστε τα όσα διεξοδικά έχουμε εκθέσει στην υπό κρίση προσφυγή μας και όσα αναφέραμε ανωτέρω στο υπό στοιχείο I χωρίο επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής

Προσέτι, εν όψει της αναφοράς της παρεμβαίνουσας σε, κατ' εκτίμησή της,

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

«σχετική νομολογία» θέλουμε να σημειώσουμε τα εξής:

Πρώτον, η αβασίμως επικληθείσα από την παρεμβαίνουσα υπ' αριθμ. 211/2020 απόφαση της Αρχής Σας (σελ. 19 αυτής), η οποία, ειρήσθω εν παρόδω, δεν είναι οριστική απόφαση αλλά απόφαση λήψης προσωρινών μέτρων, αφορά ζήτημα ανακυπτόμενο σχετικά με την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 79 παρ. 1 του και 73 παρ. 4 περ. ζ ή/και θ του ν. 4412/2016 και όχι ζήτημα σχετικά με την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, όπως εν προκειμένω συντρέχει. [...]Επομένως, καθίσταται σαφές ότι το πραγματικό των 2 υποθέσεων είναι ΔΙΑΦΟΡΟ και ΑΝΟΜΟΙΟ και χρήζουν διαφορετικής νομικής μεταχείρισης

Εξ άλλου, αξίζει να σημειωθεί ότι στη σελίδα 25 της ανωτέρω απόφασης της Αρχής σας υπογραμμίζεται ότι «δηλαδή, η ανακριβής δήλωση «ΟΧΙ» στο οικείο πεδίο που ερωτά για τυχόν παραβίαση του ανταγωνισμού, υπάρχει και αναφέρεται ακριβώς επειδή ενδέχεται να υπήρξε στρέβλωση του ανταγωνισμού από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα, το παράνομο της ανακρίβειας της δηλώσεως, να μην υπάρχει «αυτοτελώς» αλλά να ΑΠΟΡΡΟΦΑΤΑΙ από το παράνομο της στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, η θέση της απάντησης «ΟΧΙ» στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ από την δεύτερη προσφεύγουσα δεν δύναται να αξιολογηθεί και να επιφέρει έννομες συνέπειες αποκλεισμού, ενόψει του ότι η στρέβλωση του ανταγωνισμού δεν οδηγεί αυτή καθ' αυτή σε αποκλεισμό, αλλά ιάται μέσω των τέτοιων αυτοκάθαρσης».

Δεύτερον, η παρεμβαίνουσα επικαλείται προς επίρρωση των αβασίμων ισχυρισμών της την υπ' αριθμ. 119/2017 απόφαση της Αρχής σας, η οποία αφορά ζήτημα ανακυπτόμενο σχετικά με την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ' του ν. 4412/2016, και όχι ζήτημα σχετικά με την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, όπως εν προκειμένω συντρέχει. Επομένως, καθίσταται σαφές ότι το πραγματικό των 2 υποθέσεων είναι ΔΙΑΦΟΡΟ και ΑΝΟΜΟΙΟ και χρήζουν διαφορετικής νομικής μεταχείρισης.[...]

Τρίτον, αβασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι η αναθέτουσα αρχή «εκδήλωσε τη βούληση της» να συμμορφωθεί με τη διάταξη του άρθρου

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, όπως διαμορφώθηκε μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 235 παρ. 5 του ν. 4635/2019, διότι ΑΝΑΠΟΣΠΑΣΤΟ ΤΜΗΜΑ ΤΗΣ ΕΝ ΘΕΜΑΤΙ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ αποτελεί ο εν λόγω όρος, όπως είχε διαμορφωθεί στο ν. 4412/2016 ΠΡΙΝ ΤΗΝ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΤΟΥ και η αναθέτουσα αρχή ΔΕΣΜΕΥΕΤΑΙ από τη διακήρυξη, η οποία αποτελεί το ΚΑΝΟΝΙΣΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ. Περαιτέρω, δεδομένου του κανονιστικού πλαισίου διεξαγωγής του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα όφειλε επί ποινή αποκλεισμού να δηλώσει στο ΕΕΕΣ της μέτρα αυτοκάθαρσης για την καταδίκη της από την Επιτροπή Ανταγωνισμού και σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.8. της διακήρυξης (κατά παραπομπή στο άρθρο 73 παρ.8 του ν. 4412/2016) για την κρίση επάρκειας ή μη αυτών των μέτρων η αναθέτουσα αρχή εκδίδει σχετική απόφαση, μετά από διατύπωση σύμφωνης γνώμης της επιτροπής του άρθρου 79 παρ. 9 του ν. 4412/2016 παραγράφου και όχι της νομικής της υπηρεσίας, όπως εν προκειμένω.

Αναμφίβολα, η γνωμοδότηση της νομικής υπηρεσίας για την κρίση επάρκειας μέτρων αυτοκάθαρσης δεν υποκαθιστά την απαιτούμενη από τη διακήρυξη και το νόμο γνωμοδότηση της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, παρά τα όσα αβασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα».

19. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

20. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

21. Επειδή το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « ...4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, 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, [...]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 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 ζημιές 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

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση.[...]

22. Επειδή το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,[...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά. Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου.[...]

23. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...]

24. Επειδή το άρθρο 44 του ν. 3959/2011, ως τροποποιηθέν από το άρθρο 235 του ν. 4635/2019, ορίζει ότι : «3α. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού, ή β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, εξαλείφεται το αξιόποινο του αδικήματος του πρώτου και τρίτου εδαφίου της παραγράφου 1 και των εγκλημάτων που συρρέουν κατ' ιδέαν με αυτό. Με την παροχή διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου, αναστέλλεται η ποινική δίωξη για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Κατά το χρονικό διάστημα της αναστολής, αναστέλλεται η παραγραφή των εγκλημάτων χωρίς να ισχύουν οι χρονικοί περιορισμοί του εδαφίου α' της παραγράφου 2 του άρθρου 113 του Ποινικού Κώδικα. Η υπαγωγή στο πρόγραμμα του άρθρου 25 παράγραφος 8, συνεπεία της οποίας επιβλήθηκε μειωμένο πρόστιμο, εάν αυτό δεν εξοφληθεί ολοσχερώς, συνιστά ελαφρυντική περίπτωση για τις πράξεις των παραγράφων 1 και 2 και επιβάλλεται ποινή μειωμένη κατά το άρθρο 83 του Ποινικού Κώδικα.

3β. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού, ή β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.[...]

25. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...]Λόγοι αποκλεισμού Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: [...]

2.2.3.4 Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας 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,[...]

[...]2.2.3.7 Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 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

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση.

2.2.3.8 Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. [...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα IV, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. [...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), [...] β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης [...].».

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

26. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

27. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

28. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

29. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

30. Επειδή, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας κατά το στάδιο της κατάρτισης των συμβατικών τευχών, οπότε εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη διακήρυξη, θεσπίζονται κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

31. Επειδή, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ παρέχει προαπώδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξής του ως αναδόχου. Ειδικότερα, η σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περί συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιας κατά τα ως άνω περίπτωσης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ.(ΑΕΠΠ 118/2017).

32. Επειδή όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019) η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος III («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ` αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία.

33. Επειδή ως έχει *ad hoc* κριθεί (ΣΤΕ 735/2020), οι νεότερες ρυθμίσεις που εισήχθησαν με το άρθρο 235 του ν. 4635/2019 για την τροποποίηση των διατάξεων σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού που αφορά τη σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού αφορούν τη συνδρομή ή μη του λόγου αποκλεισμού λόγω σύναψης συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και δεν καταργούν την υποχρέωση του διαγωνιζομένου να δηλώσει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τα σχετικά πραγματικά γεγονότα.

34. Επειδή σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.4γ' της διακήρυξης αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας όταν υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Επομένως, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 30, με τη συμπερίληψη της στη διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, η περίπτωση γ' του όρου 2.2.3.4 ανάγεται σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού. Σημειωτέον ότι ο εν λόγω όρος της διακήρυξης δεν

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενο με το δυνητικό λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016 καθώς δεν έχει περιληφθεί και η προβλεπόμενη στο εν λόγω άρθρο επιφύλαξη της εφαρμογής της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ προς τον σκοπό προαπόδειξης, μεταξύ άλλων, της μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης, κατά δε τις διατάξεις της παρ. του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 στην απάντηση του οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού θα πρέπει να δίδεται θετική απάντηση και να αναλύεται η συνδρομή περιστάσεων όπως η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011. Πέραν τούτου, στον όρο 2.2.3.7 της διακήρυξης ρητώς ορίζεται ότι αν ο συμμετέχων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στον όρο 2.2.3.4 τότε μπορεί να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, η δε απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται κατά τη διαδικασία των παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Συνεπώς, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 31-33, στην περίπτωση που ένας διαγωνιζόμενος απαντήσει θετικά στο ΕΕΕΣ για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού καθώς και ότι έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης δεν αποκλείεται αυτόματα αλλά ενεργοποιείται η ευνοϊκή διαδικασία των όρων 2.2.3.7-8 της διακήρυξης.

35. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ως προς τα Τμήματα Β και Η του διαγωνισμού ο δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας οικονομικός φορέας «...» δήλωσε στο ερώτημα «*Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;*» απάντησε καταφατικά («*ΝΑΙ*») της Ενότητας Γ-Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα του Μέρους ΙΙΙ του υποβληθέντος με την προσφορά του ΕΕΕΣ τα ακόλουθα : «*Συμφωνία μεταξύ της «...» και*

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

της «...» για τον περιορισμό του ανταγωνισμού μεταξύ τους. Με την υπ' αριθ. 703/2020 απόφασης της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β' 3377/13.8.2020) κρίθηκε ότι για την εταιρεία «...» πληρούνται οι όροι και προϋποθέσεις του Προγράμματος Επιείκειας και χορηγείται το ευεργέτημα της επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο. Σύμφωνα με το άρθρο 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, εφόσον συντρέχει υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο, η παράβαση δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού για δημόσιες συμβάσεις». Τα ανωτέρω δηλώθηκαν επίσης και στο ερώτημα του ΕΕΕΣ «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);». Ωστόσο, ο οικονομικός φορέας «...» όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ όχι μόνον ότι είχε συνάψει συμφωνία με τον παρεμβαίνοντα με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, με αναφορά των πραγματικών δεδομένων και της εφαρμογής της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 αλλά και τα συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, το οποίο όμως ουδόλως έπραξε. Και τούτο διότι, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, η υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο, δεν συνεπάγεται ότι αναιρεί την υποχρέωση του οικονομικού φορέα προς λήψη μέτρων που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του και σχετική δήλωσή τους στο ΕΕΕΣ. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, ενόψει δε των ανωτέρω παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής περί αποκλεισμού του οικονομικού φορέα «...» λόγω υποβολής με την προσφορά του μη επικυρωμένων αντιγράφων ιδιωτικών εγγράφων.

36. Επειδή, δοθέντος ότι συντρέχει νόμιμος λόγος απόρριψης της προσφοράς του δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα «...», κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 14, ο προσφεύγων μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς προς απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου-παρεμβαίνοντος.

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

37. Επειδή, ειδικότερα, από την επισκόπηση του υποβληθέντος με την προσφορά του παρεμβαίνοντος ΕΕΕΣ προκύπτει ότι στο ερώτημα «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» της Ενότητας Γ-Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα του Μέρους ΙΙΙ απάντησε καταφατικά και δήλωσε τα ακόλουθα: «Αναφερόμαστε, εν προκειμένω, στην απόφαση της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού επί της αυτεπάγγελτης έρευνας στην αγορά επίπλων και επαγγελματικού εξοπλισμού, προκειμένου να διαπιστωθεί αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 περί «Προστασίας του Ελεύθερου Ανταγωνισμού». Ειδικότερα, δυνάμει της από 24.02.2020 και υπ' αριθ. 703/2020 Απόφασης, η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού με ομόφωνη απόφασή της, κατά την απλοποιημένη διαδικασία Διευθέτησης Διαφορών του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 έκρινε ότι για την εταιρεία «...» με δ.τ. «...» πληρούνται οι όροι και προϋποθέσεις του Προγράμματος Επιείκειας, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην υπ' αριθ. 5 2 6 / 2 0 1 1 Απόφασης ΕΑ και χορήγησε το ευεργέτημα της επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο κατά την παρ. 47 της Απόφασης αυτής και για την εταιρεία «...» αποδέχθηκε την Πρόταση Διευθέτησης Διαφοράς που υποβλήθηκε από αυτήν και επέβαλε μειωμένο πρόστιμο για την τέλεση της διαπιστωθείσας, βάσει του σκεπτικού της Απόφασης, παράβασης του άρθρου 1 του ν. 3959 / 2011 , ποσού 29.013,59 ευρώ. Συνεπώς, και ενόψει της υπαγωγής της εταιρείας στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011, εφαρμογής εν προκειμένω τυγχάνει η διάταξη του άρθρου 44 παράγραφος 3β, περίπτωση (β), του Ν. 3959/2011, ως ισχύει (δηλαδή όπως αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019) η οποία διαλαμβάνει ως ακολούθως: 3β. Εφόσον συντρέχει: [...] β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Επανάληψη της παράβασης νοείται η έκδοση σχετικής διαπιστωτικής απόφασης εντός έξι (6) ετών από την προηγούμενη έκδοση άλλης διαπιστωτικής απόφασης. Η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται στην περίπτωση παροχής διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου και για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Επίσης, η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται και για τις περιπτώσεις για τις οποίες έχει εκδοθεί διαπιστωτική απόφαση παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δεν έχει ακόμα παρέλθει τριετία από την έκδοση αυτής». Περαιτέρω, στο ερώτημα του ΕΕΕΣ «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);» ο παρεμβαίνων επίσης απάντησε καταφατικά και δήλωσε ότι : «Ενόψει της απαντήσεως μας ανωτέρω, καθώς και της προβλέψεως του άρθρου 44 παράγραφος 3β, περίπτωση (β), του Ν. 3959/2011, ως ισχύει, δεν τίθεται, εν προκειμένω, ζήτημα υπάρξεως δυνητικού λόγου αποκλεισμού. Επαναλαμβάνεται σχετικώς ότι η εταιρεία υπήχθη επιτυχώς στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011 και, συνεπώς, (i) επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις και (ii) η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων. Ανεξαρτήτως του γεγονός ότι, συνεπώς, δεν συντρέχει εν προκειμένω λόγος αποκλεισμού κατά νόμον, η εταιρεία μας δια της επιτυχούς υπαγωγής της στην διαδικασία διευθέτησης τεκμαίρεται (και αποδεικνύεται) ότι έχει λάβει τα απαραίτητα μέτρα αυτοκάθαρσης. Επίσης θα πρέπει να σημειωθεί ότι η εταιρεία μας έχει προχωρήσει στη ολοσχερή καταβολή του προστίμου που της είχε επιβληθεί». Η υπαγωγή όμως σε διαδικασία διευθέτησης και η απαλλαγή

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

από κάθε είδους διοικητική κύρωση δια της εξόφλησης του προστίμου προδήλως δεν συνιστούν μέτρα αυτοκάθαρσης και άρα, ελλειπούσης της σχετικής δήλωσης επανορθωτικών μέτρων από τον παρεμβαίνοντα στο ΕΕΕΣ του, δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής ως προς αυτόν η ευεργετική διαδικασία των όρων 2.2.3.7-8 της διακήρυξης. Αλυσιτελώς δε προβάλλονται εκατέρωθεν ισχυρισμοί αφενός μεν περί υπεροχής ή μη του όρου 2.2.3.4 γ' της διακήρυξης ως προς το άρθρο 73 παρ. 4 γ' του ν. 4412/2016 και αφετέρου περί συνδρομής ή μη στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντος του λόγου αποκλεισμού που αφορά τη σύναψη συμφωνιών στρέβλωσης, καθώς, ως έχει εκτεθεί υπό σκέψη 33, ανεξαρτήτως αν εν προκειμένω εφαρμόζεται ή μη η προβλεπόμενη στο άρθρο 73 παρ. 4 γ' του ν. 4412/2016 επιφύλαξη της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 και άρα θεμελιώνεται ή μη ο λόγος αποκλεισμού περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού λόγω σύναψης συμφωνιών, ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να απαντήσει θετικά στο ΕΕΕΣ του, ως άλλωστε προβλέπεται και στην παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και να δηλώσει όλες τις σχετικές πληροφορίες και τα επανορθωτικά μέτρα που έχει λάβει. Ομοίως για τους ίδιους λόγους αλυσιτελώς αμφότεροι οι προσφεύγων και παρεμβαίνων προβάλλουν ισχυρισμούς περί αντίθεσης ή μη με τις υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24 είτε του άρθρου 73 παρ. 4 γ' του νόμου 4412/2016 κατά το μέρος που προβλέπει ότι ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24 ισχύει υπό την επιφύλαξη του άρθρου 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011 είτε και της διάταξης του άρθρου 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011 κατά το μέρος που προβλέπει λόγο άρσης του λόγου αποκλεισμού. Επίσης αλυσιτελώς προβάλλονται αποφάσεις της ΑΕΠΠ που αφορούν έτερα ζητήματα από τα, εν προκειμένω, κρινόμενα.

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε.Αψοκάρδου, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, εφόσον, σε κάθε περίπτωση, ως έχει κριθεί, η υποβολή σε πρόγραμμα επιείκειας δεν αίρει την υποχρέωση του οικονομικού φορέα περί καταφατικής απάντησης στο ΕΕΕΣ του αντικειμενικού γεγονότος της σύναψης συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά το παρελθόν, ούτε αίρει τις συνέπειες

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

της υποβολής τυχόν ανακριβούς δηλώσεως (βλ. ΣΤΕ 753/2020, σκ. 12) και δοθέντος ότι η ως άνω καταφατική απάντηση ανοίγει το πεδίο του ΕΕΕΣ με το ερώτημα περί μέτρων αυτοκάθαρσης, τόσο ο παρεμβαίνων όσο και ο δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας οικονομικός φορέας, ως μέσος επιμελής και ευλόγως ενημερωμένος διαγωνιζόμενος, όφειλαν να γνωρίζουν ότι το εν λόγω πεδίο εμφανίζεται διαδραστικά σε περίπτωση θετικής απάντησης στο πρώτο ερώτημα, ώστε να παρέχουν τις απαιτούμενες πληροφορίες στη συνέχεια, και, να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ τους αναλυτικά τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχουν λάβει και να συμπληρώσουν προσηκόντως τα υποβληθέντα ΕΕΕΣ τους (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 1331/2020, μειοψ. Ε. Αψοκάρδου). Εξάλλου, όπου ο νομοθέτης ήθελε να απαλλάξει τον οικονομικό φορέα από την υποχρέωση να απαντήσει καταφατικά σε ερώτημα του ΕΕΕΣ σχετικά με λόγο αποκλεισμού, το έκανε ρητώς (βλ. άρθρο 73 παρ. 2 Α του Ν.4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 267, παρ. 2 του Ν. 4738/2020, ΦΕΚ Α 207/27-10-2020).

Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

39. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

40. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

41. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 39, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Αριθμός απόφασης: 1535/2021

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.737,50 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Σεπτεμβρίου 2021 και εκδόθηκε την 27 Σεπτεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ