

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 12.10.2022 με ΓΑΚ 1434/13.10.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «... ..», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «... ..», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «....» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 24.10.2022 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. .../29.09.2022 απόφαση της διοικούσας επιτροπής της αναθέτουσας αρχής περί εγκρίσεως του πρακτικού Α' σταδίου της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού αφενός μεν κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της, αφετέρου δε κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και κατά το μέρος που δεν απορρίφθηκε η προσφορά της ενώσεως «...» για επιπλέον λόγους.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ...ποσού 600,00 €.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. 4/2022 με ΑΔΑΜ ... 2022-04-20 διακήρυξη προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάθεση του έργου «... ...», με αντικείμενο την υλοποίηση 8 πακέτων εργασίας ως εξής: Παροχή υπηρεσιών διαχείρισης & συντονισμού (Project Management), παροχή υπηρεσιών ανάπτυξης σχεδίου επικοινωνίας (Communication Plan), παροχή υπηρεσιών ανάπτυξης ιστοσελίδας έργου (Project's Website), δημιουργική δομή επιχειρηματικότητας (Creative Entrepreneurship Structure), συμβουλευτική επιχειρήσεων (Consulting SMEs), Διοργάνωση Συναντήσεων B2B (B2B Events), δημιουργία επιχειρηματικών ομάδων (Business Clusters), διοργάνωση συμμετοχής σε εκθέσεις (Exhibitions), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 137.650,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και 111.008,06 € άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Ως καταληκτική προθεσμία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 13.05.2022 και ώρα 16:00.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Η επιτροπή διαγωνισμού στις 19.05.2022, προέβη στην αποσφράγιση των φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» των συμμετεχόντων όπως και στον έλεγχο της εγκυρότητας των προσκομισθέντων εγγυήσεων συμμετοχής, οπότε και διαπίστωσε τη γνησιότητα αυτών. Ακολουθώντας, κατά τη συνεδρίαση στις 24.05.2022 η επιτροπή συνέχισε τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής που περιλαμβάνονται σε καθένα φάκελο προσφοράς και διαπίστωσε ότι όλες οι προσφορές ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής βρέθηκαν σύμφωνες με τη διακήρυξη του διαγωνισμού, οπότε αποφάσισε να προχωρήσει στον έλεγχο των τεχνικών προσφορών. Ως εκ τούτου, κατά την συνεδρίαση στις 30.05.2022 η επιτροπή προέβη στον έλεγχο τόσο των ηλεκτρονικά κατατεθειμένων εγγράφων - δικαιολογητικών τεχνικής προσφοράς όσο και αυτών που απεστάλησαν ταχυδρομικώς καθώς και στην καταγραφή των υποβληθέντων δικαιολογητικών εντός του φακέλου τεχνικής προσφοράς. Κατά την συνεδρίαση στις 27.06.2022, και αφού ελήφθησαν υπόψη οι εν τω μεταξύ παρασχεθείσες από τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς διευκρινίσεις, η επιτροπή έκρινε ως

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων «....» ενώ έκρινε την απόρριψη των προσφορών της προσφεύγουσας, της εταιρείας «...» και της ένωσης οικονομικών φορέων «...». Τα ως άνω αποτελέσματα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η ανωτέρω εισήγηση της επιτροπής επικυρώθηκαν με την προσβαλλόμενη με την παρούσα απόφαση της διοικούσας επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθ. πρωτ. .../29.09.2022.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 03.10.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 12.10.2022, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, 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 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την ακύρωση αυτής προς το σκοπό να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας και να της ανατεθεί η σύμβαση.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 13.10.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις από 27.10.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς την 01.11.2022 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η προαναφερομένη παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 13.10.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 24.10.2022, ημέρα Δευτέρα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη,

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι ο αποκλεισμός της από τη διαγωνιστική διαδικασία δεν είναι νόμιμος διότι δεν πληρούται η αντικειμενική υπόσταση της σύγκρουσης συμφερόντων κατ' άρθρο 24 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα αναφέρει ότι η προσφορά της απορρίφθηκε διότι κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς εντοπίσθηκαν τα εξής : «.....η με αρ. πρωτ. ΔΑ5Β/100/15 με ημερομηνία 29/3/2022 βεβαίωση καλής εκτέλεσης και συνεργασίας του ..., στην οποία αναφέρεται ότι η ένωση εταιρειών – ... ανέλαβε την υλοποίηση του έργου της υπ' αριθμ 92/2018 υπογραφείσας σύμβασης, με χρονικό διάστημα από 23.10.2018 έως 31.7.2021. Στην εταιρεία ... νόμιμος εκπρόσωπος και διαχειριστής είναι ο Γ' Αντιπρόεδρος του, ο οποίος κατά το νόμο και την επιμελητηριακή νομοθεσία συμμετείχε στη προετοιμασία και έγκριση του τεύχους της με αριθμ. Διακ. 4/2022 του Επαγγελματικού Επιμελητηρίου Η συμμετοχή της εταιρείας συμφερόντων του Γ' Αντιπροέδρου για την υλοποίηση έργου μαζί με τον οικονομικό φορέα είχε χρόνο υλοποίησης έως την 31.7.2021 ήτοι εντός 12μήνου από την από την υποβολή προσφοράς για τον παρόντα διαγωνισμό (καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών 13/5/2022)» και επιπλέον ότι «Επίσης προσκομίζεται από την εταιρεία η με ημερομηνία έκδοσης 11/7/2019 βεβαίωση εμπειρίας της ... η οποία υπογράφεται από το νόμιμο εκπρόσωπο ... για το μέλος της ομάδας έργου ... ο οποίος απασχολήθηκε σε αντίστοιχα έργα ετών 2018 και 2019 που βρίσκονται σε εξέλιξη πέραν της ημερομηνίας έκδοσης της βεβαίωσης.

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

Ομοίως και η βεβαίωση εμπειρίας με ημερομηνία έκδοσης 11/7/2019 από την εταιρεία ... από 44 την οποία προκύπτει ότι ο ... ως στέλεχος της απασχολήθηκε σε έργα ετών 2018, 2019 και λοιπά έργα που βρίσκονται σε εξέλιξη πέραν της ημερομηνίας έκδοσης της παρούσας βεβαίωσης σφραγισμένη και υπογεγραμμένη από τον πρόεδρο ... , της οποίας εταιρείας μέλος και αντιπρόεδρος είναι ο ...». Δηλαδή κρίθηκε αποκλειστέα η προσφορά της διότι ένα μέλος της διοίκησης της αναθέτουσας αρχής διατηρεί εταιρεία, η οποία κατά το επίμαχο 12μηνο είχε συμπράξει στο πλαίσιο εκτέλεσης άλλης σύμβασης ως ένωση προσώπων με την ίδια (την προσφεύγουσα), η οποία ακολουθώντας υπέβαλε προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό. Όμως, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ενόψει της αυτοτέλειας των νομικών προσώπων δεν μπορεί να επεκταθεί τυχόν κώλυμα που απορρέει από την σχέση ενός μέλους της αναθέτουσας αρχής με την εταιρεία συμφερόντων του, εν προκειμένω την «...», και στην σχέση με το έτερο αυτοτελές μέλος της συσταθείσας κατά το παρελθόν μεταξύ τους ενώσεως, εν προκειμένω στην προσφεύγουσα, η οποία και μόνον συμμετέχει στον παρόντα διαγωνισμό. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα κι αν ήθελε γίνει δεκτή η ύπαρξη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, τούτη αφορά αποκλειστικά και μόνον τον κ. ..., ο οποίος συνιστά τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει στήριξη προς την προσφεύγουσα, και συνεπώς ο οιοσδήποτε υποτιθέμενος λόγος αποκλεισμού συντρέχει ευθέως σε βάρος του ιδίου και μόνον εξ αντανάκλασας σε βάρος της προσφεύγουσας, με συνέπεια, στην κριθείσα περίπτωση να έπρεπε να γίνει εφαρμογή των διατάξεων περί αντικατάστασης τρίτου, και πάντως όχι να επέλθει συλλήβδην ο αποκλεισμός της.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Το άρθρο 24 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα, κατά τις επόμενες παραγράφους, για: α) την αποτελεσματική πρόληψη, β) τον εντοπισμό και γ) την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων.

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

2. Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει ιδίως όταν τα πρόσωπα της επόμενης παραγράφου, έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παρ. 4, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης.

3. Η σύγκρουση συμφερόντων αφορά ιδίως τα ακόλουθα πρόσωπα: α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, υπό την έννοια του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221), ο οποίος ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλαμβανομένων των μελών των αποφαινόμενων ή/και γνωμοδοτικών οργάνων ή/και β) τα μέλη των οργάνων διοίκησης ή άλλων οργάνων της αναθέτουσας αρχής ή/και γ) τους συζύγους και συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τέταρτου βαθμού των προσώπων των περιπτώσεων α` και β`, τα οποία:

αα) εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης ή/και ββ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της.

4. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου ως «συμφέροντα» νοούνται προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα με τους υποψηφίους ή προσφέροντες ή με τους υπεργολάβους αυτών ή με οποιοδήποτε μέλος υποψήφιας/ προσφέρουσας ένωσης οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και αντικρουόμενων επαγγελματικών συμφερόντων, όπως ιδίως:

α) Η συμμετοχή προσώπου της παρ. 3 στα όργανα διοίκησης ή διαχείρισης ενός οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή. β) Η κατοχή από πρόσωπο των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, ποσοστού άνω του 0,5% των μετοχών, εταιρικών μεριδίων ή άλλης φύσης δικαιωμάτων επί του κεφαλαίου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον η κατοχή του ανωτέρω ποσοστού επιτρέπει τη συμμετοχή στη διαχείριση του φορέα αυτού.

γ) Η ύπαρξη, κατά τη χρονική περίοδο που έχει ως αφετηρία δώδεκα (12)

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

μήνες πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και λήξη την ημέρα σύναψης αυτής, συμβατικού δεσμού που αφορά είτε στην παροχή εξηρημένης εργασίας είτε στην εκτέλεση έργου ή παροχή υπηρεσιών ή προμήθεια αγαθών μεταξύ ενός προσώπου των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, με οικονομικό φορέα, που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης.»

Ο λόγος αποκλεισμού της προσφεύγουσας, σύμφωνα με την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, είναι ότι συντρέχει σύγκρουση συμφερόντων επειδή ο κ., έχει αφενός μεν την ιδιότητα του Γ' αντιπροέδρου και μέλους της Δ.Ε. της αναθέτουσας αρχής, εκ της οποίας συμμετείχε στην διαδικασία εγκρίσεως των τευχών δημοπράτησης του επίμαχου διαγωνισμού και αφετέρου δε την ιδιότητα του νόμιμου εκπροσώπου εταιρείας με την οποία κατά το παρελθόν και εντός 12μηνου από την υποβολή της προσφοράς της προσφεύγουσας στον παρόντα διαγωνισμό συνέπραξε η τελευταία ως ένωση προσώπων στο πλαίσιο έτερης διαγωνιστικής διαδικασίας. Επίσης, ότι ο κ. ..., ο οποίος μετέχει στην προτεινόμενη ομάδα έργου της προσφεύγουσας στον παρόντα διαγωνισμό, κατά το παρελθόν απασχολήθηκε στην εταιρεία «...», της οποίας μέλος είναι ο κ. Σύμφωνα τη με αριθμ. πρωτ. .../100/15 με ημερομηνία 29/3/2022 βεβαίωση καλής εκτέλεσης και συνεργασίας του ΕΟΠΥΥ, στην οποία αναφέρεται ότι η ένωση εταιρειών « (η προσφεύγουσα εν προκειμένω) –» ανέλαβε την υλοποίηση του έργου της υπ' αριθμ 92/2018 υπογραφείσας σύμβασης, με χρονικό διάστημα από 23.10.2018 έως 31.7.2021. Στην εταιρεία «... ...» νόμιμος εκπρόσωπος και διαχειριστής είναι ο Γ' αντιπρόεδρος της αναθέτουσας αρχής, ο οποίος συμμετείχε στη προετοιμασία και έγκριση του τεύχους της με αρ. διακ. .../2022 του της αναθέτουσας αρχής. Η συμμετοχή της εταιρείας συμφερόντων του Γ' Αντιπροέδρου «... ..» για την υλοποίηση έργου μαζί με τον οικονομικό φορέα «... ...» είχε χρόνο υλοποίησης έως την 31.7.2021, ήτοι εντός 12μήνου από την από την υποβολή προσφοράς για τον παρόντα διαγωνισμό (καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών 13/5/2022).

Επειδή, σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο του Ν.4412/2016 και υπό το πρίσμα της νομολογίας του Ευρωπαϊκού και των Εθνικών Δικαστηρίων, τυχόν υφισταμένη σύγκρουση συμφερόντων ενέχει τον κίνδυνο καθορισμού της στάσης της αναθέτουσας αρχής με βάση εκτιμήσεις άσχετες με την επίμαχη

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

σύμβαση και, εκ του λόγου αυτού και μόνο, να προτιμηθεί συγκεκριμένος διαγωνιζόμενος. Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι αν ο μη επιλεγείς διαγωνιζόμενος προσκομίσει αντικειμενικά στοιχεία που δημιουργούν αμφιβολίες ως προς την αμεροληψία οργάνου της αναθέτουσας αρχής, ακόμη και ορισθέντα από αυτήν πραγματοποιώμενα, εναπόκειται στην αναθέτουσα αυτήν αρχή να εξετάσει όλες τις κρίσιμες περιστάσεις, υπό τις οποίες ελήφθη η εκάστοτε κρίσιμη απόφαση, ώστε να προληφθεί, να εντοπισθεί ή ν' αντιμετωπισθεί η σύγκρουση συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένης, εφόσον κριθεί αναγκαίο, της δυνατότητας να ζητηθεί από τους εμπλεκόμενους να προσκομίσουν ορισμένα πληροφοριακά και αποδεικτικά στοιχεία [βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της 12.3.2015, επί της υποθέσεως C-538/13 («eVigilo Ltd»)]. Από την γενική αρχή της διαφάνειας, έχει κριθεί, επιπλέον, ότι δεν απορρέει απόλυτη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής ν' αποκλείει συστηματικά τους διαγωνιζομένους που βρίσκονται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, εφόσον ο αποκλεισμός αυτός δεν δικαιολογείται στις περιπτώσεις που δεν είναι δυνατόν ν' αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή άσκησε επιρροή στη συμπεριφορά τους, στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαδικασίας και δεν υπάρχει πραγματικός κίνδυνος να εμφανισθούν πρακτικές, ικανές να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό μεταξύ των διαγωνιζομένων [βλ. συναφώς απόφαση του Δικαστηρίου της 3.3.2005 στην υπόθεση C-21/03 («Fabricom»), σκέψη 114 και σκέψεις 33 έως 36· βλ. ομοίως αποφάσεις της 19.5.2009, C-538/07 («Assitur»), σκέψεις 26 έως 30, καθώς και της 23.12.2009, C-376/08 («Serrantoni και Consorzio stabile edili»), σκέψεις 39 και 40]. Απεναντίας, αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο ν' αποκλείεται εξ αυτού και μόνο του λόγου μία τέτοια επιχείρηση από τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να παρέχεται στο εν λόγω πρόσωπο ή επιχείρηση η δυνατότητα ν' αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις δεν επήλθε νόθευση του ανταγωνισμού (βλ. συναφώς σκέψεις 114 και 41-46 της αποφάσεως «Fabricom»). Κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν αποκλείεται διαγωνιζόμενος, και αν ακόμη στο πρόσωπό του συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, αν δεν αποδεικνύεται ότι η κατάσταση αυτή πράγματι νόθευσε τον ανταγωνισμό. Εξάλλου, έχει κριθεί ότι οι ιδιότητες και οι σχέσεις που συντρέχουν για ορισμένο νομικό πρόσωπο, το οποίο δεν συμμετέχει σε συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, δεν επιτρέπεται να αποδίδονται σε συνδεδεμένη εταιρεία ενόψει της αυτοτέλει των νομικών

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

προσώπων (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 781/2007 σκ. 5, πρβλ. ΓενΔ Τ-457/10 – *Enropaïki Dynamiki* κατά Επιτροπής σκ. 54, ΔΕΕ C-538/07 – *Assitur* σκ. 30). Κατά συνέπεια, κοινό συμφέρον κατά την έννοια του άρθρου 35 παρ. 4 του ν. 4413/2016, πρέπει να συντρέχει με υποψήφιο ή προσφέροντα οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην επίμαχη διαδικασία ανάθεσης και όχι με θυγατρική του εταιρεία ή με εταιρεία με την οποία ο υποψήφιος συνδέεται με άλλον τρόπο. Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι δυνατότητα επηρεασμού συντρέχει όταν το πρόσωπο που συμπλέκεται με την αναθέτουσα αρχή είτε είναι μέλος του συλλογικού οργάνου της αναθέτουσας που λαμβάνει αποφάσεις σε μια διαδικασία ανάθεσης σύμβασης είτε υπάλληλος αρμόδιος για θέματα ανάθεσης της σύμβασης είτε όχι, πρέπει να είναι σε θέση να ασκήσει αποφασιστική επιρροή στις εκτιμήσεις της αναθέτουσας αρχής. Τούτο, δεν συντρέχει στις περιπτώσεις που το πόρισμα των οργάνων της αναθέτουσας είναι το αποτέλεσμα συλλογικής εργασίας και στηρίζεται σε μια σειρά διαπιστώσεων παρά στις υποκειμενικές κρίσεις ενός και μόνο μέλους (βλ. ΓενΔ Τ-198/17 - *ΕΚΕΤΑ* κατά Επιτροπής σκ. 57, ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 σκ. 12). Τέλος, η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων και όταν συντρέχει στο πρόσωπο διαγωνιζόμενου και δεν μπορεί να θεραπευτεί με άλλα πιο ήπια μέσα, δεν συνιστά άνευ ετέρου λόγο αποκλεισμού του προσώπου αυτού. Επιβάλλεται, προηγουμένως, να του δοθεί η δυνατότητα να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του (πρβλ. Απόφαση ΔΕΕ της 3^{ης} Οκτωβρίου 2019 στη υπόθεση C-267/2018 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA*). Κατ' εφαρμογή, μάλιστα, της αρχής της αναλογικότητας, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να εξετάσει τα μέτρα αυτά και, στην περίπτωση που τα κρίνει επαρκή, δεν μπορεί να αποκλείσει το διαγωνιζόμενο για το λόγο αυτό και μόνο (πρβλ. ΔΕΕ υπόθεση C-41/18 *Meca Srl*, ΕΑ 274/2018, ΑΕΠΠ 1278/2019, σκ. 16).

Εν προκειμένω, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή στην προσβαλλόμενη πράξη της αλλά και στις κατατεθείσες απόψεις της ενώπιον του κρίνοντος Κλιμακίου δεν επικαλείται ειδικά και συγκεκριμένα τεκμήρια στα οποία στήριξε την απόφαση αποκλεισμού, στοιχειοθετώντας επί συγκεκριμένων γεγονότων κατά ποίον τρόπο η προσφεύγουσα ευνοήθηκε και απέκτησε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

έναντι των λοιπών διαγωνιζομένων εκ της συμμετοχής του κ. ... στη Δ.Ε., χωρίς φυσικά να επαρκεί ο ισχυρισμός ότι επειδή ο κ. ... συμμετείχε στις συνεδριάσεις της 28/2, 24/3 και 4/4/2022 της Δ.Ε. της αναθέτουσας αρχής, με τις παρεμβάσεις του διαμόρφωσε τους όρους της διακήρυξης και γνώριζε το τελικό περιεχόμενο αυτής πριν την δημοσίευσή της, αφού από μόνο του αυτό το γεγονός δεν αποδεικνύει ότι υπήρξε εύνοια προς όφελος της προσφεύγουσας. Επίσης, σε κάθε περίπτωση αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο να αποκλείεται εξ αυτού και μόνο του λόγου μία επιχείρηση από την συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να παρέχεται σ' αυτήν η δυνατότητα ν' αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, δεν επήλθε νόθευση του ανταγωνισμού και ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή είχε την υποχρέωση προτού προχωρήσει στον αποκλεισμό της προσφεύγουσας να την καλέσει να αποδείξει ότι δεν υπήρξε νόθευση του ανταγωνισμού εκ μέρους της.

Περαιτέρω, όσον αφορά τον κ., επίσης δεν τεκμηριώνεται σύγκρουση συμφερόντων διότι ο τελευταίος δεν αποτελεί μόνιμο στέλεχος της προσφεύγουσας και σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί τυχόν σχέση του προαναφερθέντος με τον κ. ... που πιθανώς δικαιολογεί σύγκρουση συμφερόντων να εκτείνεται στις σχέσεις της προσφεύγουσας με τον κ. ..., ως τρίτο πρόσωπο μέλος της ομάδας έργου της στον παρόντα διαγωνισμό. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

Επειδή, σε συνέχεια της ανωτέρω σκέψης η εξέταση των λοιπών αιτιάσεων της προσφεύγουσας περί ελλειπούς αιτιολόγησης και μη εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας της προσβαλλόμενης πράξης, παρέλκει ως αλυσιτελής.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι οι επικαλούμενες από αυτή συμβάσεις δεν καλύπτουν το αντικείμενο της εκπόνησης μελετών για την εγκατάσταση ή/και λειτουργία κέντρων ή/και δομών στήριξης επιχειρηματικότητας, το οποίο ρητώς απαιτείται κατά τον όρο της παραγράφου 2.2.6 της διακήρυξης να καταλαμβάνεται σωρευτικά με τα λοιπά αναφερόμενα εκεί αντικείμενα από τις συμβάσεις που επικαλείται ο εκάστοτε υποψήφιος προς τεκμηρίωση της προηγούμενης εμπειρίας του.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο κατά της παρεμβαίνουσας: Σχετικά με τα επικαλούμενα από την προσφεύγουσα έργα και της βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης αυτών της παρεμβαίνουσας, η αναθέτουσα αρχή εφαρμόζοντας το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 είχε απευθύνει το με αριθ. πρωτ.1463/ 14/06/2022 ερώτημα - διευκρίνιση προς την τελευταία, όπου της ζήτησε διευκρίνιση σχετικά με την αναλυτική περιγραφή και το περιεχόμενο του παραδοτέου των έργων αυτών. Επί του ερωτήματος αυτού η παρεμβαίνουσα υπέβαλε το με αρ.πρωτ.1743/16.6.2022 έγγραφο της, στο οποίο τεκμηριώθηκε επαρκώς πως καλύπτεται η απαίτηση της παρ. 2.2.6α περίπτωση γ' της διακήρυξης, ήτοι «η εκπόνηση μελετών για την εγκατάσταση ή/και λειτουργία κέντρων ή/και δομών στήριξης επιχειρηματικότητας», αφού προέκυψε ότι εκπόνησε μελέτες και δημιούργησε δομή υποστήριξης για την υποστήριξη αριθμού παραγωγών για τη συγκρότηση, την ίδρυση, τη διαχείριση και την παρακολούθηση του επιχειρηματικού σχεδίου. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της με την επιπλέον αιτιολογία ότι το μέλος της ομάδας έργου με το επώνυμο ... δεν διαθέτει το ζητούμενο προσόν μεταπτυχιακού/διδακτορικού τίτλου. Όμως, ο λόγος αυτός πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, διότι η ως άνω εταιρεία έχει ήδη κριθεί αποκλειστέα από την αναθέτουσα αρχή και δεν προχώρησε σε άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της αιτιολογίας απόρριψής της με αποτέλεσμα ο αποκλεισμός της να καταστεί οριστικός.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και η ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτές.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το τμήμα που απέρριψε την

Αριθμός απόφασης: 1721 /2022

προσφορά της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 5 Δεκεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ