

Η

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

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 20.12.2021 με ΓΑΚ 2337/21.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στο ... και κατέθεσε την από 03.02.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αρ.πρωτ. 63452/08-12-2021 απόφαση της Διευθύντριας της αναθέτουσας αρχής (και η ενσωματωθείσα 61126/29.11.2021 Απόφαση), καθ' ο μέρος, κατόπιν έγκρισης των Πρακτικών του διαγωνισμού, αποφασίστηκε η αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

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 τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €605,00.

2. Επειδή, με την υπ' αρ. πρωτ. ... διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό (με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...) για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων στέγασης των δέκα (10) Δ.Ο.Υ. νομού

Αριθμός απόφασης: 209/2022

... καθώς και των κτιρίων των υπό σύσταση 1ου και 2ου ..., με εκτιμώμενη αξία σύμβασης 150.000,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, συνολικής διάρκειας 12 μηνών.

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, των οποίων οι προσφορές έγιναν δεκτές σύμφωνα με το Πρακτικό 1 της Επιτροπής του Διαγωνισμού. Ακολούθως, η Επιτροπή του Διαγωνισμού με τα Πρακτικά 3 και 4, γνωμοδότησε ότι η υποβληθείσα οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας είναι η συμφερότερη καθότι προσφέρει την χαμηλότερη συνολικά τιμή και εισηγήθηκε ομόφωνα την ανακήρυξη της ως προσωρινής αναδόχου για την σύναψη της υπό κρίση σύμβασης. Τα ανωτέρω Πρακτικά επικυρώθηκαν με την με αρ.πρωτ. 63452/08-12- 2021 (και την ενσωματωθείσα 61126/29.11.2021) Απόφαση της Διευθύντριας της αναθέτουσας αρχής και αποφασίστηκε η αποδοχή της προσφοράς και των δύο εταιρειών και η ανάδειξη της προσφεύγουσας σε προσωρινή ανάδοχο του εν θέματι διαγωνισμού.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 10.12.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 20.12.2021, με κατάθεση μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος στην ΑΕΠΠ λόγω αναστολής λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, 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 άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον αναγνωρίζεται και στον προσωρινό ανάδοχο έννομο συμφέρον να ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αυτοτελή ένδικα βοηθήματα κατά της πράξης που ανέδειξε αυτόν προσωρινό ανάδοχο, κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές ανθυποψηφίων του, προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα τους. Τούτο διότι τυχόν ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής που θα ασκήσει κάποιος ανθυποψήφιος, κατά της πράξης της αναθέτουσας αρχής, ως προς το σκέλος της ανάδειξης του προσωρινού αναδόχου, θα έχει ως αποτέλεσμα η προσφορά του τελευταίου να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας και ο διαγωνισμός να συνεχιστεί μόνον με τον ανθυποψήφιο.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 24.12.2021 την υπό

Αριθμός απόφασης: 209/2022

εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 232/04.01.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκώς 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 παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 24.12.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 03.01.2022, 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 δεκτή η προσφορά της.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, 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 δε 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 μοναδικό λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, διότι συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ.4 περ.γ' του Ν. 4412/2016, το οποίο η παρεμβαίνουσα παρανόμως απέκρυψε από την αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα αναφέρει επί λέξει ότι «....*Η εταιρία «...» συστάθηκε αρχικώς υπό την επωνυμία «...», στις ... (ΦΕΚ../22-2-2010,*

Αριθμός απόφασης: 209/2022

Καταστατικό ... της Συμβολαιογράφου ...), με έδρα το ..., με Πρόεδρο την ... και μέλη την ... και τον Ακολουθώντας, επήλθαν στην εταιρία οι εξής μεταβολές: Στις 24/10/2012- ΦΕΚ ..., ορίστηκαν μέλη του Δ.Σ. η ... και ..., ενώ Πρόεδρος παρέμεινε η ... Επίσης, στις 24/10/2012- ΦΕΚ ..., αποφασίστηκε τροποποίηση των σκοπών της εταιρίας. Στις 18/10/2012 με απόφαση της ΓΣ, αποφασίστηκε η αλλαγή της επωνυμίας της εταιρίας σε «...» (ΦΕΚ ... /8-11-2012). Στο από 8/1/2014 ΦΕΚ ..., ανακοινώθηκε ότι η εταιρία «...» κατέστη μοναδική μέτοχος της εταιρίας, κατόπιν αγοράς του 100% των μετοχών της. Στο από 30/1/2014 ΦΕΚ ... ανακοινώθηκε ότι η «...» θα παραχωρήσει την τεχνογνωσία-δάνεια εμπειρία της στη «...». Με το από 13/5/2016 καταστατικό η έδρα της εταιρίας μεταφέρθηκε από το ... στον Δήμο ..., οδός Με το από 23/09/2016 Πρακτικό Δ.Σ., η ... παρέμεινε Πρόεδρος του Δ.Σ. και ορίστηκαν μέλη αυτού η ... και ο 2. Η εταιρία «...» ιδρύθηκε στις 13-11-2007 (ΦΕΚ .../26-11-2007, Καταστατικό ... της Συμβολαιογράφου ...), με έδρα το ..., κατόπιν συγχώνευσης της προσωπικής εταιρίας με την ονομασία «...» που ιδρύθηκε το έτος 1994 και τις εταιρίας «...» με δτ., με Πρόεδρο την ... και μέλη Δ.Σ. τον ... και την Ακολουθώντας, επήλθαν στην εταιρία οι εξής μεταβολές: Στις 11/2/2013-ΦΕΚ ... ορίστηκε ο ... ως νόμιμος εκπρόσωπος. Στις 2/4/2013-ΦΕΚ ... εισήλθε στο Δ.Σ. της εταιρίας ο ... αντί του Στις 5/8/2014-ΦΕΚ ... ανέλαβε Πρόεδρος του Δ.Σ. η ..., ενώ παρέμειναν μέλη η ... και Στις 31/12/2014 με απόφαση της Γ.Σ. αποφασίστηκε αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου. Στις 30/9/2016 με απόφαση της Γ.Σ. αποφασίστηκε η μεταφορά της έδρας της εταιρίας στον Δήμο ..., οδός Από όλα τα παραπάνω, προκύπτει ότι μεταξύ των ανωτέρω εταιριών υπάρχει πρόδηλη και στενή σχέση, καθόσον στα Διοικητικά Συμβούλια τους εναλλάσσονται τα ίδια πρόσωπα ή συγγενικά αυτών. Ειδικότερα, παρατηρούνται τα εξής: 1. Η ... υπήρξε μέλος Δ.Σ. και των 2 εταιριών, και περαιτέρω στη Διοίκηση των 2 εταιριών εμπλέκεται και από 1 ακόμη μέλος της Οικογένειας ... (στη μεν ... ο ..., στη δε ... η ...). 2. Ο ... υπήρξε μέλος Δ.Σ. και των 2 εταιριών. 3. Στη ... Πρόεδρος Δ.Σ. είναι η ..., ενώ στη ... μέλος Δ.Σ. υπήρξε ο Επομένως, οι Διοικήσεις των δύο εταιριών ελέγχονται από τη σύστασή τους μέχρι και σήμερα από τα ίδια πρόσωπα ή μέλη των οικογενειών αυτών. Άλλωστε, η εταιρία «...» είναι μοναδική μέτοχος της εταιρίας «...». Β. Περαιτέρω, η άρρηκτη σύνδεση μεταξύ των δύο εταιριών επιβεβαιώνεται από την σχεδόν ίδια επωνυμία τους (διαφοροποιούνται κατά μία μόνο λέξη, δηλαδή τη λέξη ...).

Αριθμός απόφασης: 209/2022

Επίσης, αμφότερες οι εταιρίες διαθέτουν το ίδιο διακριτικό σήμα. Γ. Στα site των εταιριών ρητώς αναφέρεται ότι ανήκουν αμφότερες στον κοινό όμιλο ... Δ. Επίσης, οι δύο εταιρίες διαθέτουν κοινό ασφαλιστήριο συμβόλαιο της εταιρίας «...». Ε. Η επιχειρησιακή συλλογική σύμβαση της ... υπογράφεται από τον εκπρόσωπο εργαζομένων κ. ..., και η επιχειρησιακή συλλογική σύμβαση της ... υπογράφεται από τον εκπρόσωπο εργαζομένων κ. ..., που έχει συγγενική σχέση (πιθανόν αδελφός) με τον πρώτο. ΣΤ. Τέλος, οι δύο εταιρίες διαθέτουν κοινή άδεια εκμετάλλευσης δικαιωμάτων χρήσης ραδιοσυχνοτήτων. Εν όψει των ανωτέρω, είναι πασιφανής η άμεση σύνδεση των 2 εταιριών, καθώς η μία κατέχει όλες τις μετοχές της άλλης και διοικούνται διαχρονικά από τα ίδια πρόσωπα. Επομένως, με βάση τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ 1668/2012, ΔΕφΑΘ 1252/2020), η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους των εταίρων της μίας εταιρίας αποτελεί λόγιο αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς και για την άλλη εταιρία. Έτσι, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της, και των προσώπων που διοικούν αυτή, όπως είναι η σύναψη συμφωνιών στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, συνιστά λόγο αποκλεισμού και για την εταιρία που μετέχει στον προκείμενο διαγωνισμό. (δ) Ειδικότερα, εν προκειμένω για την εταιρία, ισχύουν τα εξής: Την 3-7-2020 κοινοποιήθηκε στην εταιρία ... η από 30-06-2020 Κλήτευση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δυνάμει της οποίας καλείτο στην συνεδρίαση της Ολομέλειας της Επιτροπής. Συγκοινοποιήθηκε δε η σχετική Εισήγηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού σύμφωνα με την οποία αποδόθηκε στην εταιρία η παράβαση των άρθρων 1 του ν. 3959/2011 και 1 του ν. 703/1977 κατά το αναφερόμενα σε αυτήν σκεπτικό για το χρονικό διάστημα από 13-12-2011 έως 2-2-2012 καθώς και για το χρονικό διάστημα από 11-11-2010 έως 12-4-2011. Ακολούθως, την 30-11-2020 εκδόθηκε η αρ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού σε Ολομέλεια, με την οποία διαπιστώθηκε ότι η εταιρία «...» παραβίασε, όπως άλλωστε αποδέχθηκε οριστικά ήδη από τον Οκτώβριο, τα άρθρα 1 Ν. 3959/2011 και 1 Ν. 703/1977, και τής επιβλήθηκε πρόστιμο ύψους διακοσίων πενήντα χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ και πενήντα λεπτών (€256.750,57). Η εν λόγω απόφαση δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ .../31-12-2020 Τεύχος Β'(ΣΧΕΤ.10). Επισημαίνεται ότι η παραπάνω απόφαση εκδόθηκε με βάση τη διαδικασία διευθέτησης διαφοράς του άρθρου 25α ν. 3959/2011, στο οποίο προβλέπεται ότι «Με απόφαση της Επιτροπής

Αριθμός απόφασης: 209/2022

Ανταγωνισμού, η οποία λαμβάνεται σε Ολομέλεια, μπορεί να θεσπιστεί διαδικασία διευθέτησης διαφορών για τις επιχειρήσεις που παραδέχονται τη συμμετοχή στην αποδιδόμενη σε αυτούς οριζόντια σύμπραξη κατά παράβαση του άρθρου 1 του παρόντος νόμου ή/και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.».Επομένως, η ίδια η εταιρία, υπαγόμενη στη συγκεκριμένη διαδικασία, αποδέχθηκε και ομολόγησε την εμπλοκή της σε πράξεις που παραβιάζουν τη νομοθεσία περί ανταγωνισμού, και η τελευταία ως πραγματικό γεγονός είναι αδιαμφισβήτητη (ΔΕΦΑΘ σε συμβ. 341/2019). Συνακόλουθα, εφόσον κατά τα παγίωςκριθέντα το ερώτημα του ΕΕΕΣ «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» αφορά στη δήλωση πραγματικού γεγονότος (βλ. απόφαση ΣτΕ 753/2020, ΕΑ 93/2020, 279/2019, 40/2019), η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία όφειλε στην πραγματικότητα να απαντήσει θετικά στο ερώτημα αν έχει συνάψει συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού, ήδη κατά την υποβολή του αρχικού ΕΕΕΣ της, οπότε προφανώς και γνώριζε την ύπαρξη αυτών των συμφωνιών, που εν τέλει αναγκάστηκε να παραδεχθεί μετά τη σχετική έρευνα που εκκίνησε η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Ωστόσο, η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ περί σύναψης συμφωνιών στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, μολονότι προφανώς τελούσε σε γνώση των παράνομων συμφωνιών της εταιρίας ... και των (κοινών) προσώπων που τη διοικούν. Σε κάθε περίπτωση, δυνάμει της διάταξης του άρθρου 104 ν. 4412/2016, όφειλε να ενημερώσει «αμελλητί» την αναθέτουσα αρχή αμέσως μετά την έκδοση ή έστω τη δημοσίευση της απόφασης 721/2020 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, δηλαδή στις 31-12-2020 (ΦΕΚ απόφασης ../31-12-2020 Τεύχος Β'). Αντίθετα, εν προκειμένω, παρήλθε ήδη χρονικό διάστημα 3,5 μηνών, κατά το οποίο η εταιρία ... παρέλειψε να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή για το επίμαχο γεγονός, αποκρύπτοντας έτσι κρίσιμη πληροφορία που σχετίζεται με λόγο αποκλεισμού και που εν όψει της διάταξης του άρθρου 104 όφειλε να δηλώσει «αμελλητί» στην αναθέτουσα αρχή, ήτοι το αργότερο λίγες μέρες μετά την 31-12-2020, που δημοσιεύθηκε η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού.... Με βάση όλα τα παραπάνω, δοθείσας της αδιαμφισβήτητης άρρηκτης σύνδεσης της εταιρίας ... με τη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία, ιδίως δε της διοίκησης τους από τα ίδια πρόσωπα, το γεγονός της επιβολής προστίμου της Επιτροπής Ανταγωνισμού για σύναψη συμφωνιών στρεβλωτικών του ανταγωνισμού,

Αριθμός απόφασης: 209/2022

συνιστά εξίσου λόγο αποκλεισμού και για την τελευταία εταιρία «...» (ΣΤΕ 1668/2012). Συνεπώς, η προσφορά της εταιρίας ...είναι αποκλειστέα από τη διαγωνιστική διαδικασία, διότι α) αποδείχθηκε, μετά από δική της παραδοχή και επιβολή προστίμου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ότι η άμεση συνδεδεμένη με αυτήν ... και τα πρόσωπα που τη διοικούν έχουν συνάψει κατά το παρελθόν συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού, και άρα συνέτρεχε ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ.4γ ν. 4412/2016 και β) απέκρυψε από την αναθέτουσα αρχή το ανωτέρω γεγονός, που σχετίζεται με λόγο αποκλεισμού, και ούτε φρόντισε να υποβάλει σχετική δήλωση οφигενούς μεταβολής, έστω μετά τη δημοσίευση της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, το οποίο συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, λόγω απόκρυψης πληροφοριών και υποβολής ψευδούς δήλωσης (ΣΤΕ 753/2020).

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η στην παρούσα παρεμβαίνουσα και συμμετέχουσα εταιρεία είναι η εταιρεία ..., που εδρεύει στ.. ..., οδός ... αρ. ... με ΑΦΜ .../ Δ.Ο.Υ. ... και με αριθμό Γ.Ε.ΜΗ ... Το Διοικητικό Συμβούλιο της εν λόγω εταιρείας απαρτίζεται από τους ... υπό την ιδιότητα της Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου του κυρίου ..., Μέλος Δ.Σ. και την ... Μέλος Δ.Σ. με θητεία έως την 23-09-2021, σύμφωνα με το από 23-09-2016 πρακτικό του Δ.Σ. της εταιρείας με κωδικό καταχώρισης στο Γ.Ε.ΜΗ ... και την από 23-09-2016 απόφαση της Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της με κωδικό καταχώρισης ... Η ανωτέρω εταιρεία αποτελεί αυτοτελές και διακριτό νομικό πρόσωπο με διαφορετική νόμιμη εκπροσώπηση και σύνθεση του Δ.Σ. αυτής από την εταιρεία «...», η οποία αφορά έτερη διακριτή νομική οντότητα, με ξεχωριστή νομική προσωπικότητα και διάφορο ΑΦΜ (...), διάφορη έδρα (οδός ... αρ. ...) και το ΔΣ αυτής απαρτίζεται από διαφορετικά μέλη, ενώ Πρόεδρος και Διευθύνουσα Σύμβουλος είναι η κυρία Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η νυν διαγωνιζόμενη παρεμβαίνουσα εταιρεία όφειλε να απαντήσει θετικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ περί συμφωνιών στρέβλωσης ανταγωνισμού και σε κάθε περίπτωση να ενημερώσει αμελλητί την αναθέτουσα αμέσως μετά την έκδοση ή δημοσίευση της ως άνω απόφασης Επιτροπής Ανταγωνισμού την 31-12-2020 στο ΦΕΚ Β 5992/31-12-2020. Πλην όμως, βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 1005/2021 (επικυρωθείσα με την υπ'αριθμ 298/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών) και 1570/2021 ακριβώς

Αριθμός απόφασης: 209/2022

επί ταυτόσημων ισχυρισμών της ίδιας προσφεύγουσας, σύμφωνα με σχετικό έγγραφο υπογραφέν από τον Πρόεδρο της Επιτροπής Ανταγωνισμού με αρ. πρωτ. .../04.08.2020, που τελεί σε γνώση της ΑΕΠΠ, στο πλαίσιο και προηγούμενης ενώπιον της χειρισθείσας υπόθεσης, ρητά αναφέρεται ότι « στην Εισήγηση διαπιστώνεται μεταξύ άλλων παράβαση των άρθρωναπό την εταιρεία ...» «Περαιτέρω ως προς την έτερη αναφερόμενη εταιρεία ...» δεν αποτελεί εμπλεκόμενο μέλος των παραβάσεων που εντοπίζονταιούτε εκκρεμεί σε βάρος της καταγγελία ενώπιον της Υπηρεσίας.....». Επιπλέον των ανωτέρω, όπως βασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, τέτοια υποχρέωση, ως η εκ της προσφεύγουσας επικαλούμενη, δεν υφίσταται, όπως έχει σχετικώς νομολογιακώς κριθεί δυνάμει της με αριθμ. 1819/2020 αποφάσεως της Ολομέλειας του ΣτΕ: «(...) έπεται ότι τότε μόνον συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο συμμετέχοντος, αν ο ίδιος ή μέλος του, αν πρόκειται για ένωση προσώπων, έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού και όχι άλλοι, τρίτοι φορείς, με τους οποίους μπορεί να συνδέεται με οιονδήποτε τρόπο, όπως π.χ. οι θυγατρικές του. Τούτο δε, διότι σε σχέση με τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού που αφορούν επαγγελματικά παραπτώματα, στα οποία συστηματικά εντάσσονται και οι παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού, έχει κριθεί ότι «δεν είναι νόμιμη η διεύρυνσή τους, αφού οι οικείες διατάξεις απαριθμούν κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους, βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού φορέα από την συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους απτόμενους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων.» Εν προκειμένω, κατά τα ανωτέρω, στην μνημονευόμενη απόφαση 721/2020 της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν περιέχεται ρητή κρίση με την οποία να αποδίδεται στην εταιρεία ευθύνη για τις παραβάσεις της Συνεπώς, δεν δύναται να συναχθεί από την επικαλούμενη εκ μέρους της προσφεύγουσας απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της συμμετέχουσας εταιρείας ή/και στρέβλωση των κανόνων του ανταγωνισμού. Ούτε άλλωστε θα δύνατο η αναθέτουσα αρχή να προβεί στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ερμηνεία της με αριθμ. 721/2020 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή σε διερεύνηση του ζητήματος της σύνδεσης και της νομικής διαδοχής με βάση τους κανόνες που έθεσε η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Και τούτο, διότι η διαγωνιστική διαδικασία δεν

Αριθμός απόφασης: 209/2022

συνιστά συνέχεια της διαδικασίας ενώπιον της Επ.Αντ., καθόσον δεν έχει ως στόχο την διακρίβωση παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού, αλλά της εξασφάλισης της συναλλαγής της αναθέτουσας αρχής με αξιόπιστους οικονομικούς φορείς. Επομένως, εφόσον η Επ.Αντ. δεν διαπίστωσε ρητώς, κατά τον λόγο της αρμοδιότητάς της, ότι η ... συμμετείχε, δια της ..., σε παράνομη σύμπραξη με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, δημιουργείται μαχητό τεκμήριο ως προς την αξιοπιστία της 1ης εταιρείας και - κατά συνεκδοχή- ως προς την ανυπαρξία επαρκώς ευλόγων ενδείξεων για συμμετοχή της σε συμφωνίες με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Διάφορο, τέλος, είναι το ζήτημα εάν το τεκμήριο αυτό θα μπορούσε να ανατραπεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής (εν προκειμένω της αρχής που διενεργεί τον διαγωνισμό) με νέα στοιχεία ικανά να κλονίσουν τις διαπιστώσεις της Επ.Αντ., πλην όμως η προσφεύγουσα δεν επικαλείται τίποτα επιπλέον, παρά ισχυρισμούς περί σύνδεσης των 2 επιχειρήσεων και επομένως, ευθύνη του νυν παρεμβαίνοντος ή προσώπου της διοίκησης του παρεμβαίνοντος κατά τον χρόνο της νυν προσφοράς του και έως τώρα λόγω ευθύνης της ως άνω τρίτης επιχείρησης (ΔΕΦΑΘΑκυρ. 298/2021). Τούτο πέραν του ότι η νυν παρεμβαίνουσα δεν συνιστά ήδη από το 2016 θυγατρική επιχείρηση ή καθ' οιονδήποτε τρόπο και μερίδιο κατεχόμενη εκ της παραπάνω τρίτης που αφορά η απόφαση της Επ.Αν. ούτε προκύπτει κάποιο παράπτωμα αποδιδόμενο στα πρόσωπα που νυν στελεχώνουν τη διοίκηση της και δη, κατά τον χρόνο της νυν προσφοράς ή και ως τώρα ούτε αποδεικνύει οτιδήποτε τέτοιο ο φέρων το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης των ισχυρισμών του, κατ'άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προσφεύγων και όλα τα ανωτέρω, ενώ κάποιο τεκμήριο σχετικής ενοχής ή σύνδεσης με τον οικείο νυν λόγο αποκλεισμού, δεν προκύπτει ούτε καν αν πρόκειται όντως για συνδεδεμένες μεταξύ τους επιχειρήσεις, ακόμη και θυγατρικές, έννοια ειδικότερη, που υποδηλώνει πολύ στενότερη σύνδεση και εξάρτηση σε σχέση με την κατά το Ν. 4172/2013 έννοια των συνδεδεμένων επιχειρήσεων. Τέλος, Τέλος, αναφορικά με την επίκληση της εκ μέρους της προσφεύγουσας της με αριθμ. πρωτ. .../24-06-2021 απόφασης του Γενικού Γραμματέα Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή, με την οποία μεταξύ άλλων αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας από διαγωνιστική διαδικασία που διεξάγεται από το Υπουργείο ...με αριθμό διακήρυξης ..., ότι η υπό κρίση απόφαση αφορά αυτοτελή διαγωνιστική

Αριθμός απόφασης: 209/2022

διαδικασία, συνιστά μία καταρχήν απόφαση άλλης αναθέτουσας αρχής. Επίσης, κατόπιν της τεκμαιρόμενης σιωπηρής απόρριψης της ασκηθείσας με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1323/2-7-2021 προδικαστικής προσφυγής της εδώ παρεμβαίνουσας «...» και εκδόσεως της με αριθμ. 440/2021 απόφασης του ΙΓ΄ Τμήματος του αρμόδιου Διοικητικού Δικαστηρίου που ανέπεμψε στην ΑΕΠΠ για να κρίνει τους προβληθέντες ισχυρισμούς, η ΑΕΠΠ δυνάμει της με αριθμ. 3025/2021 Πράξης Προέδρου 2^{ου} Κλιμακίου της, όρισε ημερομηνία συμμόρφωσης και συζήτησης της προσφυγής την 30-12-2021, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ'αριθμ. 25/2022 απόφαση του 2^{ου} Κλιμακίου και έκανε δεκτές τις αιτιάσεις της «....», ακυρώνοντας την προσβαλλόμενη απόφαση και κρίνοντας επίσης ότι η τελευταία δεν είχε οιαδήποτε υποχρέωση περί καταφατικής απάντησης στο σχετικό με την στρέβλωση ανταγωνισμού πεδίο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της .Συνεπώς, η παρεμβαίνουσα εταιρεία «....», δεν είχε οιαδήποτε υποχρέωση είτε δήλωσης στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της και στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία της στρέβλωσης του ανταγωνισμού ή της διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και επακολούθως της υποβολής δήλωσης οφειγενούς μεταβολής κατ' άρθρο 104 του ν.4412/2016, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 14 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ

α/α ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ