

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 5 Φεβρουαρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να συνεξετάσει α) την από 28.12.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2013/29.12.2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει ...ως νόμιμα εκπροσωπείται και β) την από 04.01.2021 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 37/05.01.2021 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., ομοίως νομίμως εκπροσωπούμενης, κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και της ίδιας προσβαλλομένης πράξης στο πλαίσιο της αυτής διαγωνιστικής διαδικασίας, συνεπώς προσήκει να συνεξετασθούν.

Κατά του ... και δη κατά της από 8.12.2020 απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής με θέμα «Έγκριση Δ' Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας Ηλεκτρονικών Δημοσίων και Διεθνών Διαγωνισμών για την «Παροχή Υπηρεσιών Φύλαξης Κτηρίων και Χώρων του ...», στο πλαίσιο διεθνή ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (με α/α ΕΣΗΔΗΣ: ...), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής για την ανάδειξη αναδόχου και τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης κτηρίων και χώρων του ..., που προκηρύχθηκε δυνάμει της με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξής του, για τους λόγους που αναφέρονται στις υπό εξέταση προσφυγές και

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

Της παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει ... και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία άσκησε τις από 07.01.2021 και 14.01.2021 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρεμβάσεις της κατά των ως άνω προσφυγών αντιστοίχως, επί τω τέλει διατήρησης της προσβαλλομένης και απόρριψης των εν λόγω προσφυγών.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την με αρ. ... διακήρυξη το ... (...) προκήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή ανοιχτό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων και χώρων του ... και ειδικότερα για τη φύλαξη των κτιρίων και χώρων: 1. Της Πανεπιστημιούπολης ... του ..., που βρίσκεται επί της οδού ..., 2. Της Πανεπιστημιούπολης ... του ..., που βρίσκεται επί της οδού ... και 3. Της Πανεπιστημιούπολης ... του ..., που βρίσκεται επί της οδού ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης ποσού 1.296.000,00€ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% ύψους 250.838,71€ και ποσού 1.045.161,29€ άνευ ΦΠΑ). Η διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης φύλαξης ορίσθηκε σε 24 μήνες (δύο έτη). Ως ημερομηνία για την έναρξη υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 2η.11.2019 και ώρα 11:00 π.μ. και ως καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή των προσφορών ορίσθηκε η 11η. 12.2019 και ώρα 11:00 π.μ.. Η υπόψη διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 01.11.2019, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 01.11.2019 και αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) στις 01.11.2019 με α/α συστήματος Στο διαγωνισμό συμμετείχαν συνολικά τρεις εταιρίες, ήτοι η εταιρία «...», η εταιρία «...» και η εταιρία «...». Κατά το στάδιο δε αξιολόγησης των φακέλων «Δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

Συμμετοχής - Τεχνικές Προσφορές» έγιναν αποδεκτές οι προσφορές και των τριών εταιριών, οι οποίες προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ κατόπιν αξιολόγησης και των οικονομικών προσφορών, με την προσβαλλόμενη απόφαση έγιναν αποδεκτές οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης η εταιρία Την ανωτέρω απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου του ..., δια της οποίας εγκρίθηκε το Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Ηλεκτρονικών Διεθνών και Δημόσιων Διαγωνισμών για την ανάδειξη αναδόχου για τη φύλαξη κτιρίων και χώρων του ... κατά το μέρος που έγιναν δεκτές οι προσφορές των δύο ως άνω συμμετεχουσών εταιριών και ώδε προσφευγουσών, ήτοι της προσωρινής αναδόχου εταιρείας ... και της εταιρείας ..., προσέβαλε η ώδε παρεμβαίνουσα εταιρεία ενώπιον της ΑΕΠΠ ασκώντας την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 319/17.3.2020 προδικαστική προσφυγή της. Παράλληλα κατά της ως άνω αποφάσεως έβαλε η εταιρεία ... ασκώντας την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 301/13.3.2020 προδικαστική προσφυγή της αιτούμενη την ακύρωσή της, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε αποδεκτή η οικονομική προσφορά της εταιρείας ..., και αναδείχθηκε η τελευταία προσωρινή ανάδοχος. Επ' αυτών των προδικαστικών προσφυγών οι οποίες και συνεξετάστηκαν, εκδόθηκε η με αριθμ. 502, 503/2020 απόφαση του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ η οποία έκανε δεκτή την ανωτέρω ασκηθείσα προσφυγή και, συνακολούθως ακυρώθηκε η εν λόγω απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου του ..., της 9ης Συνεδρίασης της 5.3.2020 καθ'ό μέρος ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την εταιρεία ... και καθ'ό μέρος έκανε δεκτή την προσφορά της Εν συνεχεία, κατά της με αριθμ. 502, 503/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ και δη κατά το μέρος με την οποία έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή της ... και κρίθηκε αποκλειστέα η προσφορά της από την εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία, ασκήθηκε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών από την εταιρεία ... αίτηση αναστολής. Η εν λόγω δε ασκηθείσα αίτηση αναστολής της εταιρείας ... απερρίφθη δυνάμει της με αριθμ. 229/2020 απόφασης του ΙΒ' Ακυρωτικού Τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Παράλληλα, κατά της ως άνω με αριθμ. 502, 503/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

η εταιρεία ... άσκησε αίτηση αναστολής της, βάλλοντας κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή της εδώ παρεμβαίνουσας ενώπιον της ΑΕΠΠ και αποκλείστηκε η προσφορά της. Επ' αυτής εκδόθηκε η με αριθμ. 228/2020 απόφαση του ΙΒ' Ακυρωτικού Τμήματος του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία απέρριψε την ασκηθείσα αίτηση αναστολής της εταιρείας Κατόπιν των ανωτέρω, η εταιρεία ... άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την από 23.09.2020 αίτηση ακύρωσης κατά της ως άνω 502, 503/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, της οποίας και εκκρεμεί η έκδοση απόφασης μέχρι και σήμερα, ομοίως δε, η εταιρεία ... άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την με αριθμ. καταχ. ΑΚ1541/2020 αίτηση ακύρωσης κατά της ως άνω 502, 503/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, της οποίας, ομοίως, εκκρεμεί η εκδίκαση μέχρι και σήμερα. Κατόπιν των ανωτέρω, η εταιρεία ..., με την ιδιότητα της προσωρινής αναδόχου, έλαβε πρόσκληση από την αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να προσκομίσει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης και εν συνεχεία η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, με το με αριθμ. 99348/04.12.2020 Πρακτικό της, έκρινε σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που τέθηκαν υπόψη της από τον ως άνω οικονομικό φορέα, εισηγήθηκε δε στο Πρυτανικό Συμβούλιο του ... να αναθέσει στην εταιρεία ... την επίμαχη σύμβαση και πράγματι την 23.12.2020 αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ η προσβαλλόμενη -ακυρωτέα κατά τις προσφεύγουσες- με αριθ. 31/08.12.2020 (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου του ..., δυνάμει της οποίας εγκρίνεται το ως άνω Δ' Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Ηλεκτρονικών Διεθνών και Δημοσίων Διαγωνισμών και ανατίθεται στην εταιρεία ... το έργο «Παροχής Υπηρεσιών Φύλαξης Κτιρίων και Χώρων του ...», έναντι του ποσού των 644.530,92€ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%) κατ' έτος, ήτοι μηνιαίως 43.315,25€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%) και 53.710,91€ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%).

2. Επειδή, οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές έχουν ασκηθεί τύποις παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις των

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

άρθρων 361 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του Π.Δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, καταβλήθηκαν δε, δεσμεύτηκαν και πληρώθηκαν τα νόμιμα παράβολα. Ειδικότερα, για τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2013/29.12.2020 προσφυγή το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 5.225,81€ και για τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 37/05.01.2021 Προσφυγή το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ομοίως ποσού 5.225,81€, που αποτελεί και το αναλογούν ποσό παραβόλου για την προκείμενη υπό ανάθεση σύμβαση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 του Π.Δ.39/2017. Συνακόλουθα, πρέπει να εξεταστούν κατ' ουσίαν. Περαιτέρω, υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, παρεμβαίνει η εταιρεία Οι υπό εξέταση παρεμβάσεις της είναι εμπρόθεσμες, δεδομένου ότι αναρτήθηκαν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 07.02.2021 και 14.01.2021 προς αντίκρουση της πρώτης και της δεύτερης ως άνω προσφυγής αντιστοίχως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την από 29.12.2020 και 05.01.2021 κοινοποίηση αυτών από την αναθέτουσα αρχή, έχουν δε ασκηθεί με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και οι εν λόγω Παρεμβάσεις πρέπει να εξεταστούν κατ' ουσίαν. Επέκεινα, ως εμφανίζεται από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί στον σύνδεσμο «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε τις απόψεις της, ως όφειλε, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, κατά τις οποίες: «1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) ..., και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. [...] Η παράλειψη κοινοποίησης σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους σε ενδιαφερόμενο τρίτο και η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων. Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής.» Κατά τις προρρηθείσες διατάξεις, εξάλλου, υπομνήματα υποβάλλονται επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής και συνεπεία τούτου, τα συμπληρωματικά υπομνήματα αμφοτέρων των προσφευγουσών, που ως διαπιστώνεται αναρτήθηκαν στις 05.01.2021 και στις 13.01.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ από την πρώτη προσφεύγουσα επί της ασκηθείσας στην προσφυγή της παρέμβασης και στις 29.01.2021 από την δεύτερη ως άνω προσφεύγουσα, ασκούνται απαραδέκτως και για αυτό παρέλκει η κατ'ουσίαν εξέτασή τους.

3. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ώδε παρεμβαίνουσα εταιρεία με την επωνυμία ..., εσφαλμένως και παρανόμως αναδείχθηκε ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης δυνάμει της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, αφού στο πρόσωπο της συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού, για τον οποίο είχε αποφανθεί αρνητικά στο υποβληθέν από αυτή ΕΕΕΣ, αλλά και ουδέν δήλωσε διαφορετικό στα υποβληθέντα από αυτή δικαιολογητικά κατακύρωσης. Πιο συγκεκριμένα, στις

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

07.08.2020 η εταιρεία ... υπέβαλε, ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕΑ), τη με αριθμ. πρωτ. Γραμματείας ΕΑ 417/07.08.2020 έγγραφη δήλωση ενδιαφέροντος υπαγωγής της, αναφορικά με εις βάρος της υπόθεση περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού, στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών και στις 12.10.2020 η ανωτέρω εταιρεία υπέβαλε, ενώπιον της ΕΑ, τη με αριθμ. πρωτ. Γραμματείας ΕΑ 519/12.10.2020 πρόταση διευθέτησης της ως άνω εις βάρος της υπόθεσης περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού και, τέλος, την 25.11.2020 υπέβαλε, ενώπιον της ΕΑ, τη με αριθμ. πρωτ. Γραμματείας ΕΑ 594/25.11.2020 Δήλωση_Διευθέτησης της εις βάρος της υπόθεσης περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Τα ανωτέρω, άλλωστε, συνάγονται από την εκδοθείσα απόφαση με αριθμ. 721/2020 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, για την οποία η ώδε προσφεύγουσα ενημερώθηκε δυνάμει δημοσιευθέντος την 18.12.2020 Δελτίου Τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σε βάρος της ..., στην οποία επιβλήθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, στο πλαίσιο της ως άνω διαδικασίας διευθέτησης, πρόστιμο 256.750,57€ για παράβαση της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού και ειδικότερα εξαιτίας της συμμετοχής της σε παραβάσεις του άρθρου 1 του Ν. 703/1977 και 1 του Ν. 3959/2011, ήτοι σε πρακτικές στρέβλωσης του ανταγωνισμού και δη σε πρακτικές νόθευσης διαγωνιστικών διαδικασιών κατά τα έτη 2010, 2011 και 2012, όπως αυτές ειδικότερα περιγράφονται στην εν λόγω απόφαση της ΕΑ. Ενόψει των ανωτέρω, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι παρανόμως και αναληθώς, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας η ... υπέβαλε ψηφιακά υπογεγραμμένο την 10.12.2019 το ΕΕΕΣ της, απαντώντας «ΟΧΙ» στο ερώτημα «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους φορείς με σκοπό της στρέβλωση του ανταγωνισμού;». Και τούτο διότι, ούτως παραβίασε το κανονιστικό πλαίσιο της οικείας διακήρυξης, αλλά και τη συναφή Ευρωπαϊκή και εσωτερική νομοθεσία, δηλώνοντας ανακριβώς στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε για τη συμμετοχή της το διαγωνισμό ότι δεν είχε μετάσχει σε συμφωνίες με άλλες επιχειρήσεις με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και μάλιστα έχοντας πλήρη επίγνωση της ανακρίβειας της εν λόγω δηλώσεως της, λαμβανομένου υπόψη ότι λίγους μήνες αργότερα

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού και στο πλαίσιο διαδικασίας διευθέτησης, που η ίδια εκδήλωσε το ενδιαφέρον να εκκινήσει, αναγνώρισε και αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα, με σαφείς όρους που δεν επιδέχονται παρερμηνείας, τη συμμετοχή της σε παραβάσεις του άρθρου 1 του Ν. 703/1977 και 1 του Ν. 3959/2011, ήτοι σε πρακτικές στρέβλωσης του ανταγωνισμού και δη σε πρακτικές νόθευσης διαγωνιστικών διαδικασιών κατά τα έτη 2010, 2011 και 2012, όπως αυτές ειδικότερα περιγράφονται στην ως άνω με αριθμ. 721/2020 Απόφαση της ΕΑ. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη καθ' ο μέρος εγκρίνει το με αριθμ. 99348/2020 Δ' Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και αναθέτει οριστικά την επίδικη σύμβαση υπηρεσιών φύλαξης στη ... τυγχάνει μη νόμιμη και ως εκ τούτου ακυρωτέα. Σημειωτέον δε πως ουδεμία επιρροή ασκεί το γεγονός, κατά την προσφεύγουσα, ότι η με αριθμ. 721/2020 απόφαση της ΕΑ εκδόθηκε μετά την υποβολή του ως άνω ΕΕΕΣ από τη ..., διότι, όπως έγινε δεκτό και νομολογιακά (ΣτΕ 753/2020 απόφαση), το σχετικό ερώτημα στο ΕΕΕΣ του διαγωνισμού αφορούσε στη δήλωση πραγματικού γεγονότος (σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού), το οποίο (πραγματικό γεγονός), συνέτρεχε κατά τον κρίσιμο χρόνο ελέγχου συνδρομής του σχετικού λόγου αποκλεισμού, δηλαδή κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, και του οποίου (πραγματικού γεγονότος) η ως άνω εταιρεία είχε πλήρη και σαφή επίγνωση και παρόλα αυτά ενσυνείδητα επέλεξε να αποσιωπήσει. Σε κάθε περίπτωση, ισχυρίζεται περαιτέρω η προσφεύγουσα ότι η εν λόγω εταιρεία και ήδη παρεμβαίνουσα επιβάλλεται να αποκλειστεί από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και της συναφούς Ευρωπαϊκής και εσωτερικής νομοθεσίας, δεδομένου ότι η εν λόγω εταιρεία όχι μονάχα προέβη ενσυνείδητα στην ως άνω ανακριβή δήλωση στο πλαίσιο του ΕΕΕΣ που υπέβαλε για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, αλλά και περαιτέρω, μήτε έως την έγγραφη ειδοποίηση της για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης μήτε καν κατά το στάδιο εξέτασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ενημέρωσε, αμελλητί ως όφειλε, περί της κατάστασης της ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, παραβιάζοντας έτσι τις προβλέψεις

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

των άρθρων 103 και 104 του Ν. 4412/2016 και των συναφών όρων της οικείας διακήρυξης. Τουναντίον, μάλιστα, η εν λόγω εταιρεία ενέμεινε στην αρχική, ανακριβή δήλωση - απάντηση της στο ΕΕΕΣ περί μη συμμετοχής της σε δραστηριότητες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η εταιρεία ..., τρεις (3) ημέρες μόλις προτού υποβάλει ενώπιον της ΕΑ, τη με αριθμ. πρωτ. Γραμματείας ΕΑ 417/07.08.2020 έγγραφη δήλωση ενδιαφέροντος υπαγωγής της ως άνω εις βάρος της υπόθεσης περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού, στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών, ήτοι την 04.08.2020, υπέβαλε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής την από 04.08.2020 «Δήλωση Οψιγενούς Μεταβολής», η οποία αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στο πλαίσιο της οποίας γνωστοποίησε μεν την επίδοση της κλήτευσης που της απευθύνθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για την ανωτέρω υπόθεση, ωστόσο, κατά τα λοιπά, αρνήθηκε τη συμμετοχή της σε οποιαδήποτε έκνομη δραστηριότητα στρέβλωσης του ελεύθερου ανταγωνισμού. Ωστόσο, μόλις τρεις (3) ημέρες αργότερα, contra στις ως άνω διαβεβαιώσεις της περί ατεκμηρίωτων παραβάσεων και πρόθεσης της να αντικρούσει τα εις βάρος της διερευνώμενα, η εν λόγω εταιρεία υπέβαλε ενώπιον της ΕΑ έγγραφη δήλωση ενδιαφέροντος υπαγωγής της στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών και ακολούθως, την 12.10.2020 υπέβαλλε ενώπιον της ΕΑ πρόταση διευθέτησης και εντέλει την 25.11.2020 υπέβαλλε ενώπιον της ΕΑ Δήλωση Διευθέτησης, ώστε να εκδοθεί την 30.11.2020 η με αριθμ. 721/2020 Απόφαση της ΕΑ, στο πλαίσιο της οποίας διαπιστώνεται ότι η εν λόγω εταιρεία αναγνώρισε και αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα, με σαφείς όρους που δεν επιδέχονται παρερμηνείας, τη συμμετοχή της σε παραβάσεις του άρθρου 1 του Ν.703/1977 και 1 του Ν.3959/2011, ήτοι σε πρακτικές στρέβλωσης του ανταγωνισμού και δη σε πρακτικές νόθευσης διαγωνιστικών διαδικασιών κατά τα έτη 2010, 2011 και 2012, όπως αυτές ειδικότερα περιγράφονται στην ως άνω με αριθμ. 721/2020 Απόφαση της ΕΑ. Τονιστέον δε πως, ενώ η ... είχε ήδη υποβάλει ενώπιον της ΕΑ την έγγραφη δήλωση ενδιαφέροντος υπαγωγής της ως άνω εις βάρος της υπόθεσης περί στρέβλωσης του

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

ανταγωνισμού, στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών, την 08.09.2020 υπέβαλε Υπόμνημα προς την αναθέτουσα αρχή το οποίο και αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, με το οποίο γνωστοποιούσε την έκδοση των με αρ. 228/2020 και 229/2020 απορριπτικών αποφάσεων του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, επί αιτήσεων αναστολής των εδώ προσφευγουσών και καλούσε την αναθέτουσα αρχή να επισπεύσει τη διαγωνιστική διαδικασία, δίχως να γίνεται οποιαδήποτε νύξη περί της κατάστασης της ενώπιον της ΕΑ. Κατά συνέπεια, και για τους ανωτέρω λόγους, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι η προσβαλλόμενη καθ' ο μέρος εγκρίνει το με αριθμ. 99348/2020 Δ' Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και αναθέτει οριστικά την επίδικη προμήθεια υπηρεσιών φύλαξης στην εταιρεία ... τυγχάνει μη νόμιμη και ως εκ τούτου ακυρωτέα, δεδομένου ότι σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά της, να αποκλείσει την εν λόγω εταιρεία από τη διαγωνιστική διαδικασία και να δρομολογήσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της. Τέλος, και η δεύτερη ως άνω προσφεύγουσα διά της προσφυγής της προβάλλει τις ίδιες αιτιάσεις με την πρώτη ως άνω προσφεύγουσα κατά της αποδοχής της προσφοράς της ώδε παρεμβαίνουσας και αιτείται την ακύρωση της προσβαλλομένης απόφασης περί κατακύρωσης της υπό ανάθεση σύμβασης στην εταιρεία

4. Επειδή, η παρεμβαίνουσα εταιρεία ισχυρίζεται καταρχάς ότι απαραδέκτως και άνευ εννόμου συμφέροντος στρέφονται οι προσφεύγουσες κατά της προσβαλλομένης, καθόσον ακόμη και ενδεχόμενη αποδοχή των υπό κρίση προδικαστικών προσφυγών τους και δη ενδεχόμενος αποκλεισμός της δεν οδηγεί σε ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, με δεδομένο ότι δεν βάλλουν και κατά της έτερης μη οριστικώς αποκλεισθείσας εταιρείας και συνεπώς, ουδόλως θεμελιώνεται ενεστώς έννομο συμφέρον, συνακολούθως οι προσφυγές πρέπει να απορριφθούν, προεχόντως ως απαραδέκτως ασκηθείσες. Περαιτέρω ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι η επίμαχη απόφαση της ΕΑ εκδόθηκε στο πλαίσιο της απλοποιημένης διαδικασίας κατά τα προβλεπόμενα στις παρ. 39 επ. της Ανακοίνωσης της Επιτροπής

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

Ανταγωνισμού για τη Διαδικασία Διευθέτησης Διαφοράς, στο οποίο υπήχθησαν οι εμπλεκόμενες εταιρείες, μεταξύ των οποίων και η ίδια. Η εν λόγω απόφαση αποτελεί οριστική απόφαση για τη διευθέτηση της διαφοράς, η οποία εντούτοις δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, ως προβλέπεται ούτε και έχει βεβαιωθεί το επιβληθέν δι' αυτής πρόστιμο στην αρμόδια Δ.Ο.Υ., προκειμένου για την εκ μέρους της καταβολή του. Περαιτέρω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 και δη σύμφωνα με την παράγραφο 4 αυτού περίπτωση γ) όπου και οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού: «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,». Κατά τα ανωτέρω, η παράγραφος 3β του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011 εξαιρείται ρητώς πλέον από την στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης γ) της παραγράφου 73 του Ν. 4412/2016 και συνεπώς υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι η τροποποίηση του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση γ' ως άνω παρατέθηκε και συμπληρώθηκε συντελέστηκε με τη διάταξη της παρ.5 του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019, η οποία έχει εφαρμογή σε διαγωνισμούς των οποίων οι διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης, είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της διάταξης της παρ.5 του άρθρου 235 του νόμου αυτού (ήτοι από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως την 30.10.2019 -ΦΕΚ Α'167- άρθρο 241 του νόμου), είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί το ΕΕΕΣ. Εν προκειμένω, ωστόσο, η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία και δη η οικεία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1.11.2020 και δη μετά την τροποποίηση του ως άνω άρθρου, ενώ το ΕΕΕΣ της ίδιας υποβλήθηκε την 10.12.2019. Συνεπώς, τυγχάνουν εφαρμογής οι τροποποιηθείσες διατάξεις δυνάμει του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019 στην

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Το επίμαχο δε άρθρο του Ν. 4635/2020 τροποποίησε και το άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 προσθέτοντας τα κάτωθι: «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 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.» Ενόψει των ανωτέρω, κατά την παρεμβαίνουσα δεν προκύπτει υποχρέωση δήλωσης εκ μέρους της του πραγματικού γεγονότος της επιβολής του προστίμου για την αναφερόμενη σε αυτήν παράβαση και της υποχρέωσής της δήλωσης των ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης. Αντίθετα, νομίμως και εμπροθέσμως, ως υποστηρίζει ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή περί της διενέργειας έρευνας και περί της κοινοποίησης σε αυτήν της σχετικής Εισήγησης της Επιτροπής Ανταγωνισμού την 4-08-2020. Συνεπώς, με βάση τα ανωτέρω και τα ήδη νομολογιακώς κριθέντα, υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι δεν συνέτρεχε στο πρόσωπό της λόγος αποκλεισμού κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ της στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία και δη αυτός του άρθρου 73 παρ. 4 περίπτωση ζ' της οικείας διακήρυξης. Και τούτο ειδικότερα διότι κατά το χρονικό διάστημα της υποβολής του ΕΕΕΣ της ουδόλως της είχε κοινοποιηθεί η επίμαχη Εισήγηση

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σε κάθε περίπτωση, η προσβαλλόμενη εκ μέρους των προσφευγουσών απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής ελήφθη την 8.12.2020, οπότε και πάλι ουδόλως της είχε κοινοποιηθεί η σχετική απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού που συντελέστηκε περίπου δέκα ημέρες μετά, ήτοι την 17.12.2020. Συνεπεία τούτων, υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι οι αιτιάσεις που προβάλλονται διά των ασκηθεισών προσφυγών περί αποκλεισμού της προσφοράς της πρέπει να απορριφθούν ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβληθείσες, ως αβάσιμες και αλυσιτελώς προβαλλόμενες.

5. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού, που συνιστά το κανονιστικό του πλαίσιο, προβλέπει, μεταξύ άλλων και σχετικά με την επίλυση της υπό κρίση διαφοράς, ότι: «2.2.3 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, [...] 2.2.3.6. Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις. 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

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

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 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. 2.2.3.9. Οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης. [...] 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 ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1. [...] 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

δικαιολογητικών της παρούσας παραγράφου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. [...] Β.1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: [...] δ) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3.4, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι στην παράγραφο λόγοι αποκλεισμού [...] 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. [...] Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας, Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, ότι πληροί, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του.» Στο αρχείο ΕΕΕΣ, εξάλλου, που είχε αναρτηθεί στα έγγραφα του διαγωνισμού στην κεντρική σελίδα στον ηλεκτρονικό τόπο αυτού (με α/α συστήματος: ...), το οποίο οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν να συμπληρώσουν, στο Μέρος ΙΙΙ με τίτλο Λόγοι Αποκλεισμού, στο κεφάλαιο Γ με τίτλο Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα, στη σελίδα 15 υπήρχε ερώτημα στο οποίο οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν να απαντήσουν με Ναι ή όχι που είχε ως εξής: «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;». Εφόσον η απάντηση ήταν θετική αμέσως κατωτέρω άνοιγε πεδίο υπό τον τίτλο «Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες», στο οποίο οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν ελεύθερα να περιγράψουν τις συμφωνίες αυτές. Κατόπιν, έπρεπε να απαντήσουν με ένα Ναι ή όχι στην ερώτηση και να συμπληρώσουν «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού («αυτοκάθαρση»);» Τέλος, εφόσον η απάντηση ήταν θετική αμέσως κατωτέρω άνοιγε πεδίο υπό τον τίτλο «Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν», στο οποίο οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν να περιγράψουν τα μέτρα αυτά.

6. Επειδή, κατά την έννοια των προπαρατεθέντων όρων της διακήρυξης συνάγεται ότι, κάθε διαγωνιζόμενος κατά την υποβολή προσφοράς, με το ΕΕΕΣ, και ο προσωρινός ανάδοχος κατά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, με επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση, έπρεπε, μεταξύ των άλλων, να δηλώσει ότι στο πρόσωπό του δεν συντρέχει ο

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

προβλεπόμενος στο άρθρο 2.2.3.4 γ λόγος αποκλεισμού, ότι δηλαδή δεν έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Εφόσον δήλωσε ότι έχει συνάψει τέτοιες συμφωνίες, επιπλέον έπρεπε να περιγράψει τις συμφωνίες αυτές και να αναφέρει τα μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του που τυχόν έχει λάβει. Και τούτο, διότι ακόμα και αν συντρέχει ο οικείος λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του δεν θα μπορούσε να αποκλειστεί, αν όπως ορίζουν οι διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 προηγουμένως δεν εξεταστούν και κριθούν ανεπαρκή τα μέτρα που ο διαγωνιζόμενος δύναται να δηλώσει ότι έχει λάβει για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. Στην περίπτωση, όμως που, ενώ έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, προ της υποβολής της προσφοράς του, είτε δεν το δήλωσε καθόλου, είτε, και αν ακόμη το δήλωσε, δεν έχει λάβει καθόλου ή δεν περιέγραψε μέτρα που έχει λάβει για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του, εφόσον οι ως άνω παραλείψεις διαπιστωθούν, κατά το στάδιο της κατακύρωσης, δεν θα ήταν νόμιμη η κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε αυτόν. Και τούτο, διότι αν δεν το δήλωσε καθόλου στο ΕΕΕΣ, τα στοιχεία που δήλωσε θα είναι ψευδή ή ανακριβή, σε κάθε περίπτωση και, εφόσον οι παραλείψεις αυτές επαναλαμβάνονται και στην επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση που υποβάλλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν θα έχει αποδειχθεί ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο προβλεπόμενος στο άρθρο 2.2.3.4 γ λόγος αποκλεισμού. Εξάλλου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 104 του Ν. 4412/2016 οι οποίες ισχύουν και στην προκείμενη διαδικασία, οι προϋποθέσεις συμμετοχής, η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και η μη συνδρομή στο πρόσωπο κάθε διαγωνιζόμενου των προβλεπόμενων στα έγγραφα της σύμβασης λόγων αποκλεισμού, πρέπει να συντρέχουν τόσο κατά την υποβολή προσφοράς όσο και την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά και κατά την σύναψη της σύμβασης.

7. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τίτλο «Λόγοι Αποκλεισμού» προβλέπεται ότι: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (γ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του· (δ) εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού· ... 5. ... Ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μια από τις περιπτώσεις της παραγράφου 4. 6. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 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 αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία προμήθειας. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Σε περίπτωση που τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. [...]

7. Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

ενωσιακού δικαίου. Καθορίζουν, ιδίως, τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην πρώτη παράγραφο και τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 4.».

8. Επειδή, συναφώς το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», που θεσπίστηκε για την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και δη το άρθρο 57 αυτής, προβλέπει τα εξής: «1.[...]. 2. [...]. 3.[...]. 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 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, ... θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. ... 6. ... Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν,

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

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

9. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του Ν. 4412/2016, που αποτελεί κατά λέξη μεταφορά της διάταξης του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στο εσωτερικό δίκαιο, καθιερώνεται, μεταξύ άλλων, η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ οι παραβιάσεις των κανόνων του ανταγωνισμού εντάσσονταν συστηματικά στα σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13, Generali-Providencia, με την οποία κρίθηκε ότι η παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στην έννοια του «σοβαρού

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

επαγγελματικού παραπτώματος» του άρθρου 45 παρ. 2 στοιχ. δ' της Οδηγίας 2004/18/EK (σκέψεις 34 έως 39)}. Με τις διατάξεις, όμως, του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συναφώς με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ' του Ν. 4412/2016, με τον οποίο ενσωματώθηκε η ελληνική νομοθεσία στην Οδηγία αυτή, καθιερώθηκε, επιπλέον, ειδικός λόγος προαιρετικού αποκλεισμού από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης οικονομικού φορέα που συνήψε συμφωνίες με άλλους φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Στην Απόφαση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ένωσης μάλιστα της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, στις σκέψεις 38 και 42 της οποίας γίνεται δεκτό ότι συμφωνίες που οικονομικός φορέας είχε συνάψει με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού έως το έτος 2011 εμπίπτουν στο σχετικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τον οποίο είχε ενσωματώσει αναθέτουσα αρχή σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης κατά το έτος 2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένης υπόψη της κρίσης που διαλαμβάνει το Δικαστήριο στην Απόφασή του της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH (σκ. 38), για τη συμπεριφορά που εμπίπτει στον σχετικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4γ της διακήρυξης, που επαναλαμβάνουν το λεκτικό της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ του Ν. 4412/2016, η οποία δεν διαφοροποιείται από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, για την οποία επιβλήθηκε κύρωση με απόφαση της αρμόδιας αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 και συναφώς του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως αυτής. Τα αντίθετα δε υποστηριζόμενα από την παρεμβαίνουσα είναι αβάσιμα.

10. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 2/2019 (επταμελούς σύνθεσης) ότι υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι οικονομικός φορέας

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ' του Ν. 4412/2016, όταν η παράβαση, είτε έχει διαπιστωθεί από την αρμόδια αρχή, είτε έχει συνομολογηθεί από τον οικονομικό φορέα. Τούτο, δε, διότι α) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 1, 14 και 25 του Ν. 3959/2011, κύρωση επιβάλλεται στον οικονομικό φορέα, όταν η αρμόδια προς τούτο αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1, 2 και 11 του νόμου αυτού ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, β) σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25^α του ίδιου ως άνω νόμου, απόφαση οριστικής διευθέτησης της υπόθεσης λαμβάνεται από την ίδια αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για έναν οικονομικό φορέα, όταν αυτός παραδέχεται τη συμμετοχή του στην διαπιστούμενη οριζόντια σύμπραξη, κατά παράβαση του άρθρου 1 του νόμου αυτού ή/και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 δεν προβλέπουν την οριστική αποδοχή διευθέτησης μιας υπόθεσης ενώπιον της αρμόδιας αρχής ως μέτρο αυτοκάθαρσης, ούτε από την γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 25^α του Ν.3959/2011 για την οριστική διευθέτηση μιας υπόθεσης προκύπτει ότι προϋπόθεση για να υπαχθεί ο φορέας στη διαδικασία αυτή αποτελεί να έχει διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες η παράβαση έλαβε χώρα. Απεναντίας, ο οικονομικός φορέας οφείλει να προβάλει και να αποδείξει με στοιχεία 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-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκέψη 33). Από τη γραμματική διατύπωση των πιο πάνω διατάξεων της Οδηγίας και του Νόμου, εξάλλου, συνάγεται ότι οικονομικός φορέας που έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και έχει διευθετήσει

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

την υπόθεση με την αρμόδια αρχή, θα πρέπει, ενώπιον της αναθέτουσας αρχής σε μια διαγωνιστική διαδικασία, επιπλέον, να προσκομίσει στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλα για την αποφυγή επανάληψης της παράβασης, στην οποία υπέπεσε.

11. Επειδή, τέλος, έχει κριθεί, (ΑΕΠΠ 2/2019 (επταμελούς σύνθεσης) ότι η διαδικασία διευθέτησης που καθιερώνεται στο άρθρο 25^α του Ν. 3959/2011 δεν επάγεται άλλα οφέλη για τον φορέα που δέχεται να υπαχθεί σε αυτήν, εκτός από τη μείωση του προστίμου που θα επιβαλλόταν για την διαπιστούμενη παράβαση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 25^α του Ν. 3959/2011, την άρση του αξιοποιήσιμου, για το αδίκημα για το οποίο θα κατηγορούνταν οι νόμιμοι εκπρόσωποί του και την απαλλαγή του από άλλες διοικητικές κυρώσεις, κατά τις διατάξεις του άρθρου 44 του ίδιου Νόμου. Στο βαθμό που, στο πλαίσιο κίνησης διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, επιπλέον των λοιπών κυρώσεων που ο νόμος 3959/2011 απειλεί σε βάρος του, στον ελεγχόμενο οικονομικό φορέα δεν έχει επιβληθεί και ο προβλεπόμενος στις διατάξεις του άρθρου 74 διοικητικός αποκλεισμός από τη συμμετοχή του σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης, από τον οποίο κατά τα άνω θα απαλλασσόταν, νομίμως και υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπουν οι διατάξεις των άρθρων 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, μπορεί να αποκλειστεί από μία κατ' ιδίαν διαγωνιστική διαδικασία φορέας που υπήχθη σε διαδικασία διευθέτησης με την αρμόδια αρχή για συμφωνίες που συνήψε με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, αλλά δεν έλαβε ή δεν δήλωσε ότι έλαβε άλλα μέτρα αυτοκάθαρσης. Τούτο δε διότι, η πράξη αποκλεισμού από αναθέτουσα αρχή από διαγωνισμό, αν έχει προβλέψει σχετικό όρο στη διακήρυξη αποτελεί μέτρο λαμβανόμενο στο πλαίσιο της δέσμιας αρμοδιότητάς της να διαπιστώσει την πλήρωση ή μη των κριτηρίων του συμμετέχοντος - εν προκειμένω της αξιοπιστίας του για τη σύναψη σύμβασης- ως έννομη συνέπεια εκλείψεως των προϋποθέσεων υπό τις οποίες η συμμετοχή του γίνεται αποδεκτή. Η υποχρέωση τήρησης των

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

κανόνων του ανταγωνισμού βαρύνει την αναθέτουσα αρχή κατά τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, τόσο στο ενωσιακό όσο και στο εθνικό δίκαιο, ώστε να επιτυγχάνεται κυρίως η εγγύηση της ελεύθερης πρόσβασης των επιχειρήσεων στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων και ακολούθως η προστασία αγοραστών και εγγύηση ποιότητας επιλογής (Α. Σπυρίδωνος Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού στις δημόσιες συμβάσεις Νομική Βιβλιοθήκη ΘΠΔΔ, Τεύχος 6/2017 σελ. 537). Σκοπός είναι η επικράτηση και η διασφάλιση συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών μελών, αντιμετωπιζόμενων ως μία ενιαία αγορά και συγκεκριμένα μία ενιαία αγορά δημοσίων συμβάσεων (ΔΕΚ της 142-2008, υποθ. C-450/06, Varec, σκ. 34) και ως εκ τούτου η επιλογή της βέλτιστης επιλογής σύναψης σύμβασης για την αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς η πράξη αποκλεισμού από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία δεν αποτελεί κύρωση, διότι δεν επιβάλλεται στο συμμετέχοντα υποχρέωση, ούτε συντρέχει το κυρωτικό στοιχείο της επιβαλλόμενης πράξης (Βλ. ΣΤΕ 2445/2000 και 615/2008 για πράξεις αποκλεισμού ή ανάκλησης αδειών που δεν συντρέχει το κυρωτικό στοιχείο). Εκδίδεται δε στο πλαίσιο της συνήθους δράσης της Διοίκησης και όχι στο πεδίο της κυρωτικής της αρμοδιότητας (Βλ. Λύτρα, Έννοια και βασική διάκριση των κυρώσεων στο ελληνικό θετικό δίκαιο, σελ. 33 επ.).

12. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, συνακόλουθα, προσωρινός ανάδοχος στον υπό εξέταση διαγωνισμό, που υπήχθη σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25^α του Ν. 3959/2011 για συμφωνίες που είχε συνάψει κατά το παρελθόν που σκοπό είχαν τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, εφόσον η υπαγωγή στη διευθέτηση και η επιβολή της κύρωσης έχει λάβει χώρα εντός τριετίας από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, όφειλε να δηλώσει ότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του και ότι έχει αποκαταστήσει την αξιοπιστία του, διαφορετικά η αναθέτουσα αρχή έχει δεσμία αρμοδιότητα να τον αποκλείσει. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου σε βάρος της εταιρείας ..., εκδόθηκε η με αριθμό 721/2020 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σύμφωνα με την οποία «...

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

Διαπιστώνει ότι οι εταιρίες ..., ..., ... και ..., παραβίασαν, όπως αποδέχθηκαν και σύμφωνα με τα όσα εκτίθενται στο σκεπτικό, τα άρθρα 1 Ν. 3959/2011 και 1 Ν. 703/1977 ως ακολούθως: 1) ... για το χρονικό διάστημα από 13.12.2011 μέχρι 2.2.2012 ως προς τη παράβαση των εταιριών ..., ... και ... και από 11.11.2010 μέχρι 15.7.2011 ως προς την παράβαση των εταιριών ... και Επιβάλλει πρόστιμο στις προαναφερόμενες εταιρίες για τη συμμετοχή τους στη διαπιστωθείσα στο σκεπτικό παράβαση του άρθρου 1 Ν. 3959/2011 και 1 Ν. 703/1977, για τη διάρκεια συμμετοχής εκάστης στην παράβαση κατά το ανωτέρω χρονικό διάστημα, ως ακολούθως: 1) ... πρόστιμο ύψους διακοσίων πενήντα χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ και πενήντα λεπτών (€256.750,57).» Παρά ταύτα, ως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα η ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, ούτε εξάλλου είχε ξεκινήσει η διαδικασία ένταξης της στην απλοποιημένη διαδικασία της διευθέτησης, για αυτό άλλωστε και όταν υπέβαλε στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), μεταξύ των λοιπών εγγράφων και στοιχείων κατά την υποβολή της προσφοράς της στο διαγωνισμό, σε αυτό, υπό τον τίτλο «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» ερώτημα που είχε ως εξής: «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» δεν απάντησε θετικά, ούτε δήλωσε μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει. Κατόπιν, και πριν την κλήση της από την αναθέτουσα αρχή προς προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της, ως αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχος, μετά την απόρριψη των αιτήσεων αναστολής κατά της με αρ. 502, 503 απόφασης της ΑΕΠΠ (βλ. σκ. 1 της παρούσας) των εδώ προσφευγουσών, την 4.8.2020, υπέβαλε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής δήλωση οφισγενούς μεταβολής, στην οποία δήλωσε υπευθύνως, μεταξύ άλλων ότι «Την 3-07-2020 κοινοποιήθηκε στην εταιρεία μας η από 30-06-2020 Κλήτευση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δυνάμει της οποίας η εταιρεία μας καλείτο στην συνεδρίαση της Ολομέλειας της Επιτροπής που θα διεξαχθεί την 24 Σεπτεμβρίου 2020. Επίσης,

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

συγκοινοποιήθηκε η σχετική Εισήγηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού σύμφωνα με την οποία μεταξύ άλλων αποδίδεται στην εταιρεία μας η παράβαση των άρθρων 1 του ν.3959/2011 και 1 του ν.703/1977 κατά το αναφερόμενο 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.».

13. Επειδή, όπως συνάγεται από τις παρατεθείσες στη σκέψη 5 διατάξεις της διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από τη διακήρυξη και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα, οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (ΕΑ 40/2019). Η υποχρέωση αυτή υφίσταται τόσο κατά τον χρόνο συμπλήρωσης και υποβολής του ΕΕΕΣ, όσο και μεταγενεστέρως, στην περίπτωση μεταβολών επί των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ στοιχείων -οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες ο οικονομικός φορέας έλαβε γνώση ότι επήλθαν- κατά τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού μέχρι και την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, και για τις οποίες, κατά τη ρητή διάταξη της διακήρυξης σε συνδυασμό και με τη διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (κατά την οποία η συνδρομή ή μη λόγων αποκλεισμού κρίνεται και κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης), οφείλει να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή εγκαίρως και προσηκόντως. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής εκ μέρους του οικονομικού φορέα επάγεται αυτοδικαίως την απόρριψη της προσφοράς του. Εξάλλου, σύμφωνα με τις προρρηθείσες διατάξεις «Σε περίπτωση έγκαιρης και προσηκόνουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

για οψιγενείς μεταβολές ... που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72». Συνεπεία τούτων διά της υποβληθείσας, εν προκειμένω, δήλωσης οψιγενούς μεταβολής της ώδε παρεμβαίνουσας, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Η υποχρέωση προσκόμισης των δικαιολογητικών και αποδεικτικών εγγράφων εντούτοις παραμένει, πλην μετατίθεται χρονικά στο στάδιο μετά την ανακήρυξη του προσωρινού αναδόχου, ο οποίος υποχρεούται να προσκομίσει όλα τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την ακρίβεια των στοιχείων που έχουν δηλωθεί (βλ. ΕΑ 114, 115/2019). Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την παράγραφο 3.2 της υπόψη διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος καλείται να υποβάλει εντός ορισμένης προθεσμίας τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων, και τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού, και, εν προκειμένω (σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4 της διακήρυξης), υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι στην ως άνω παράγραφο λόγοι αποκλεισμού.». Περαιτέρω, με την ίδια ως άνω διάταξη της διακήρυξης προβλέπεται ότι σε περίπτωση που i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου. Συνεπώς,

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

βασίμως ισχυρίζονται αμφότερες οι προσφεύγουσες ότι εφόσον εν προκειμένω και κατά το στάδιο της προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν αποδεικνύεται από την αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχο και ώδε παρεμβαίνουσα η μη συνδρομή στο πρόσωπο της του κατά τα ως άνω λόγου αποκλεισμού, που άλλωστε έχει καταστεί υποχρεωτικός διά του κανονιστικού πλαισίου της οικείας διακήρυξης ή περαιτέρω ακόμη και στην περίπτωση που συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού της, έχει λάβει τα απαιτούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης, ώστε να δύναται να παραμείνει στη διαγωνιστική διαδικασία (άρθρο 2.2.3.7 της διακήρυξης), τότε η προσφορά της είναι απορριπτέα και η προσβαλλομένη απόφαση που την έκανε εσφαλμένως και πλημμελώς δεκτή, πρέπει να ακυρωθεί. Και τούτο ειδικότερα διότι δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την διακριτική ευχέρεια να κάνει αποδεκτή προσφορά συμμετέχοντος που δεν διαθέτει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη επί ποινή απαραδέκτου στοιχεία, με αποτέλεσμα να καταστεί επιγενομένως αυτή παραδεκτή (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 204/2019). Διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή θα προσέκρουε στην αρχή της τυπικότητας, αλλά και στις αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της υποχρέωσης διαφάνειας, η τήρηση των οποίων αποτελεί ζήτημα θεμελιώδους σημασίας για την εφαρμογή της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. ΕΑ 58/2019, 30/2019, 346/2017, 219/2017 κ.ά). Προσέτι, ακόμη και στη περίπτωση που γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, ότι δηλαδή ορθώς συμπλήρωσε το ΕΕΕΣ της κατά τον (οφειλόμενο) χρόνο υποβολής του, παρότι είχε απαντήσει αρνητικά στο επίμαχο ερώτημα της σύναψης συμφωνιών για τη νόθευση του ανταγωνισμού και παρόλο που το εν λόγω ερώτημα αφορά σε πραγματικό γεγονός και όχι σε κρίση περί του εάν συντρέχει ή όχι στο πρόσωπό της λόγος αποκλεισμού από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΕΑ 40/2019), κατά το οικείο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο, ως προελέχθη, η μη συνδρομή στο πρόσωπο κάθε διαγωνιζόμενου των προβλεπομένων στα έγγραφα της σύμβασης λόγων αποκλεισμού, πρέπει να συντρέχει τόσο κατά την υποβολή προσφοράς όσο και την υποβολή δικαιολογητικών

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

κατακύρωσης, αλλά και κατά την σύναψη της σύμβασης, και εφόσον η αναθέτουσα αρχή είχε, ήδη κατά τον χρόνο της υποβληθείσας από την παρεμβαίνουσα δήλωσης περί οψιγενούς μεταβολής, επαρκείς ενδείξεις για τον ως άνω λόγο αποκλεισμού, ήτοι για συμφωνίες που συνήψε με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα και προσήλωση στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης που την δεσμεύει, κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης να εξετάσει εάν η προσφορά της θα έπρεπε να απορριφθεί κατά τις διατάξεις του άρθρου 3.2 της διακήρυξης εφόσον τα στοιχεία που δηλώθηκαν είναι ψευδή ή ανακριβή ή εάν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) της διακήρυξης. Όπως, άλλωστε, συνομολογεί και η ίδια η παρεμβαίνουσα «μόνο στην περίπτωση που διαπιστωθεί με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού η στρέβλωση του ανταγωνισμού από εμπλεκόμενες επιχειρήσεις θεμελιώνεται μαχητά ο οικείος λόγος αποκλεισμού και υπέχει υποχρέωση ο εκάστοτε οικονομικός φορέας είτε να το δηλώσει στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του είτε να προβεί σε δήλωση οψιγενούς μεταβολής προς την αναθέτουσα αρχή (πρβλ. την με αριθμ. 753/2020 απόφαση του ΣτΕ που επικύρωσε την με αριθμ. 204/2019 απόφαση της ΕΑ του ΣτΕ)», ωστόσο ακόμη και αν δεν ενείχε την υποχρέωση να το δηλώσει στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, κατά το στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης, από τα πραγματικά και νομικά γεγονότα που έλαβαν χώρα μετά από το στάδιο αυτό του διαγωνισμού (κλήτευση της παρεμβαίνουσας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, σχετική Εισήγηση της εις βάρος της περί παραβάσεων για νόθευση του ανταγωνισμού, συνεδρίαση της Ολομέλειας κοκ), για τα οποία (και) η αναθέτουσα αρχή ήταν ενήμερη, θα έπρεπε να εξετάσει τη μη συνδρομή των λόγων αυτών αποκλεισμού στο πρόσωπο του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα κατά το στάδιο της προσκόμισης των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, από την εξέλιξη της υποθέσεως δε συνάγεται ότι ο λόγος αποκλεισμού που συντρέχει στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας, θα συντρέχει σε κάθε περίπτωση κατά το τελευταίο στάδιο της διαγωνιστικής

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

διαδικασίας, ήτοι αυτό της σύναψης της επίμαχης σύμβασης. Δεδομένων των ανωτέρω, η προσωρινός ανάδοχος εταιρεία όφειλε κατά το στάδιο αυτό, της προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης να υποβάλει (επικαιροποιημένη) υπεύθυνη δήλωση, στην οποία να δηλώνει το σχετικό γεγονός, για το οποίο με τη με αριθμό 721/2020 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της επιβλήθηκε εντέλει πρόστιμο, πολλώ δε μάλλον που κατά το προηγηθέντα χρόνο της διαδικασίας διευθέτησης, ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αναγνώρισε και αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα, τη συμμετοχή της σε παραβάσεις του άρθρου 1 του Ν. 703/1977 και 1 του Ν. 3959/2011, ήτοι σε πρακτικές στρέβλωσης του ανταγωνισμού και δη σε πρακτικές νόθευσης διαγωνιστικών διαδικασιών κατά τα έτη 2010, 2011 και 2012. Συνακόλουθα, η προσβαλλόμενη απόφαση που έκρινε ότι τα υποβληθέντα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου υποβλήθηκαν προσηκόντως, εμπροθέσμως και είναι άρτια, παραλείποντας τον απαιτούμενο εν προκειμένω έλεγχο εάν δηλαδή στο πρόσωπο της ανωτέρω εταιρείας συντρέχει ο προβλεπόμενος στο άρθρο 2.2.3.4 της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί.

14. Επειδή, εξάλλου, σε ό,τι αφορά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας ότι άνευ εννόμου συμφέροντος οι προσφεύγουσες προβάλλουν εναντίον της τις ανωτέρω αιτιάσεις, έχοντας απορριφθεί οι σχετικές αιτήσεις αναστολής τους και συνεπώς ευρίσκονται εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας, προβάλλονται αβασίμως. Και τούτο διότι, έχοντας ασκήσει οι ώδε προσφεύγουσες τις αιτήσεις ακυρώσεως, για τις οποίες δεν έχει εισέτι εκδοθεί απόφαση, δεν θεωρούνται «οριστικώς αποκλεισθείσες» και νομίμως στρέφονται κατά της προσβαλλομένης, που αποτελεί εκτελεστή πράξη της Διοίκησης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου της επίμαχης σύμβασης. Νομολογιακώς δε γίνεται δεκτό ότι «[...] Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξάλλου, να αναννωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διανωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιανωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διανωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία. Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξης του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζομένης απόψεως, είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση. Επιχείρημα υπέρ της απόψεως αυτής συνάγεται άλλωστε και από την απόφαση BTG&CO του ΔΕΕ, με την σκέψη 34 της οποίας έγινε δεκτό, κατά τα προαναφερθέντα, ότι η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης παρέχει σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα την δυνατότητα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, «αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του», συμπεριλαμβανομένων, αναγκαίως, και των βλαπτικών αποφάσεων του αναθέτοντος φορέα που εκδίδονται σε επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ούτε μπορεί να αποκρουσθεί η άποψη αυτή κατ'επίκληση εθνικών δικονομικών κανόνων ή πρακτικών, στα πλαίσια της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών της Ένωσης, εν όψει των γενομένων δεκτών με την απόφαση Lombardi του ΔΕΕ. Προϋπόθεση, ωστόσο, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος.[....]»Επέκεινα, αβασίμως η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι απαραδέκτως η δεύτερη ως άνω προσφεύγουσα και άνευ εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της προσβαλλομένης που την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο, διότι και η ασκηθείσα από αυτήν αίτηση ακυρώσεως έχει ασκηθεί απαραδέκτως, προκαταβάλλοντας ούτως την κρίση του Δικαστηρίου. Συνακολούθως κατά τον χρόνο άσκησης των κρινόμενων προσφυγών, παραδεκτώς και μετ'εννόμου συμφέροντος, προέβησαν οι εδώ προσφεύγουσες στην άσκηση των προσφυγών τους.

15. Επειδή, κατ'ακολουθία των ανωτέρω, οι προδικαστικές προσφυγές παραδεκτώς εξετάστηκαν και πρέπει να γίνουν δεκτές, οι δε παρεμβάσεις να απορριφθούν, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Αριθμός απόφασης: 361,362 / 2021

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, τα παράβολα που κατέθεσαν οι προσφεύγουσες, πρέπει να επιστραφούν, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τις Προδικαστικές Προσφυγές.

Ακυρώνει τη με αριθμό 31/8.12.2020 απόφαση του ..., στο πλαίσιο διεθνή ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (με α/α ΕΣΗΔΗΣ: ...), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής για την ανάδειξη αναδόχου και τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης κτηρίων και χώρων του ..., που προκηρύχθηκε δυνάμει της με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξής του, κατά το σκέλος που κατακύρωσε τη σύμβαση, στην εταιρία με την επωνυμία «...», σύμφωνα με το σκεπτικό.

Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων, που κατέθεσαν οι προσφεύγουσες.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 5 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 22 Φεβρουαρίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου

και α/α Μαρία Κατσαρού