

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Απριλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03.03.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 265/04.03.2020 της ένωσης οικονομικών φορέων « .....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ..... ( .....) και της υπ'αριθ. 317/19.02.2020 απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου της ....., όπως αυτή εκδόθηκε στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας δημοπράτησης του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ .....».

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, με την με ΓΑΚ 265/04.03.2020 Προσφυγή, η προσφεύγουσα ένωση επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν (α) αποφασίσθηκε η έγκριση σχεδίου Απόφασης της ..... περί διαπίστωσης της επάρκειας των ληφθέντων από την «.....» επανορθωτικών μέτρων, εκδηλουμένης έτσι της, εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, άρνησης διαπίστωσης αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού και απορρίψεως

της Ένωσης Οικονομικών Φορέων «.....» λόγω ψευδούς δηλώσεως και απόκρυψης ουσιωδών πληροφοριών και πραγματικών περιστατικών εκ μέρους της «.....» που απαιτούντο προκειμένου να εξετασθεί και διαπιστωθεί η συνδρομή λόγου αποκλεισμού και (β) αποφασίσθηκε η ανάδειξη της ..... ως προσωρινού αναδόχου του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ .....», «υπό την προϋπόθεση της έκδοσης σύμφωνης γνώμης της ως άνω γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα «.....» επανορθωτικών μέτρων».

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα ένωση αιτείται την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν δεν διαπιστώνεται η συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του μέλους της ένωσης «.....» και αναδεικνύεται η ένωση « .....» ως προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης, υπό την προϋπόθεση της έκδοσης σύμφωνης γνώμης της ως άνω γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα ..... επανορθωτικών μέτρων.

3. Επειδή, η ..... (.....) με την με ΑΔΑΜ ..... Διακήρυξη προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου : «Κατασκευή Δικτύου Αποχέτευσης Ακαθάρτων Υδάτων του Δήμου .....» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 58.050.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 05.11.2018, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 07.11.2018 και τέλος η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.11.2018, όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό ..... Στο διαγωνισμό υπέβαλαν τις προσφορές τους επτά (7) εταιρίες κατά σειρά μειοδοσίας ως εξής : η «.....» με δ.τ. «.....» με ποσοστό έκπτωσης 54,63%, η « .....» με ποσοστό

**Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020**

έκπτωσης 53,98%, η «.....» με ποσοστό έκπτωσης 51,18%, η «.....» με ποσοστό έκπτωσης 50,83%, η «.....» με ποσοστό έκπτωσης 50,83%, η «.....» με ποσοστό έκπτωσης 41,00% και η «.....» με δ.τ. «.....» με ποσοστό έκπτωσης 31,36%. Κατά το στάδιο ελέγχου των ΕΕΕΣ προέκυψε ότι στο αντίστοιχο πεδίο περί ύπαρξης ή μη συμφωνίας με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού οι οικονομικοί φορείς «.....», μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων «.....», «.....», μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων «.....», «.....», μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων «.....», «.....», μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων «.....», «.....», μέλος της κοινοπραξίας «.....» και «.....» απάντησαν «ΝΑΙ» και εν συνεχεία, στην ερώτηση «Έχετε λάβει μέτρα για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»)» απάντησαν ομοίως «ΝΑΙ», περιγράφοντας τα μέτρα αυτά. Στις 2.1.2019 η «.....» μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων «.....», με το με αρ. πρωτ. .... /2.1.2019 Υπόμνημά της, επικαλούμενη την με αριθμό 642/2017 (ΦΕΚ 3104/8.9.2017) απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού σύμφωνα με την οποία, 15 εργοληπτικές επιχειρήσεις, μεταξύ των οποίων και οι συμμετέχοντες ....., ....., ....., ....., ....., και ..... υπέπεσαν σε παράπτωμα στρέβλωσης του ανταγωνισμού, έθεσε νομικό ζήτημα αναφορικά με την αξιολόγησή τους. Η Επιτροπή Διαγωνισμού με το με αρ.πρωτ. .../7.1.2019 έγγραφό της έθεσε σχετικό ερώτημα στη Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών, λαμβάνοντας υπόψιν ότι στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ όλοι οι εμπλεκόμενοι συμμετέχοντες, εκτός της εταιρίας «.....», είχαν απαντήσει θετικά σχετικά με την σύναψη συμφωνιών με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Εν τω μεταξύ έλαβε χώρα ξεχωριστή αλληλογραφία μεταξύ του αναθέτοντος φορέα (και της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών αυτού) και της εταιρίας «.....» σχετικά με την συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό της. Στις 22.2.2019 η «.....» με το με αρ. πρωτ. ..../22.2.2019 Υπόμνημά της γνωστοποίησε ότι η εταιρία «

## Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020

.....», μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων « .....» ελέγχεται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για σύναψη συμφωνίας στρέβλωσης του ανταγωνισμού για το έργο κατασκευής «5ο ..... (Τμ. Α1 και Β)». Η Επιτροπή Διαγωνισμού με το με αρ.πρωτ. .... έγγραφό της έθεσε ερώτημα στη Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών αναφορικά με το παραπάνω ζήτημα. Η Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών με το υπ. αρ. πρωτ. .... Υπηρεσιακό σημείωμά της, γνωμοδότησε αναφορικά με το από 22.2.2019 Υπόμνημα της « .....» για την εταιρία « .....» ότι στο παρόν στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών των συμμετεχόντων, δεν προκύπτει σε βάρος της άνω εταιρίας η συνδρομή κάποιου λόγου αποκλεισμού, και ορθώς επομένως ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν έκανε σχετική μνεία στο ΕΕΕΠ περί της ύπαρξης λόγου αποκλεισμού και μέτρων αυτοκάθαρσης. Η Επιτροπή Διαγωνισμού στις 27.2.2019 με έγγραφο που ανήρτησε μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ κάλεσε τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, οι οποίοι είχαν απαντήσει θετικά στο ερώτημα εάν υπέπεσαν σε παράπτωμα στρέβλωσης του ανταγωνισμού και έχουν λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης, να προσκομίσουν τα απαραίτητα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού απέστειλε με το με αριθ. πρωτ. .... έγγραφό της τα σχετικά έγγραφα στην Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών για αξιολόγηση. Περαιτέρω, η Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών με το υπ. αρ. πρωτ. .... Υπηρεσιακό σημείωμά της ανέφερε ότι ύστερα από την έρευνα και αξιολόγηση των προσκομιζόμενων εγγράφων των οικονομικών φορέων: «συμμετέχοντες ....., ....., ....., ....., και .....» κατά την κρίση της φαίνεται να αποδεικνύεται ότι έχουν προβεί στη λήψη επαρκών μέτρων αυτοκάθαρσης, με αποτέλεσμα την άρση του καταρχήν αποκλεισμού τους από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία λόγω συμμετοχής τους σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Στις 9.4.2019, ο οικονομικός φορέας « .....» υπέβαλλε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ συμπληρωματικά δύο αποσπάσματα του υπ' αριθ. ..../2019 Πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων επί της Επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων Οικονομικών Φορέων προς

απόδειξη της αξιοπιστίας τους επί σχεδίων απόφασης, σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 8 του Ν. 4412/16 όπως ισχύει, που εξεδόθησαν στο πλαίσιο διεθνών ηλεκτρονικών διαγωνισμών που προκήρυξε ο Ειδικός ..... ( .....) και η Διαδημοτική Επιχείρηση ..... ( .....). Εν τω μεταξύ, με την ανταλλαγή σχετικής αλληλογραφίας όπως και έγγραφου ερωτήματος προς την ΕΑΑΔΗΣΥ, η Επιτροπή Διαγωνισμού εξακολουθούσε να ερευνά το ζήτημα της συνδρομής ή όχι λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο της συμμετέχουσας εταιρίας «.....», η οποία είχε απαντήσει αρνητικά στο ερώτημα σχετικά με την συμμετοχή της σε συμφωνίες για την στρέβλωση του ανταγωνισμού, παρότι συμπεριλαμβανόταν στην σχετικά απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Επίσης, στο μεσοδιάστημα έληξε η ισχύς των προσφορών όλων των διαγωνιζομένων, οπότε ο αναθέτων φορέας με το υπ' αριθ. πρωτ. .... έγγραφό του ζήτησε από τους διαγωνιζόμενους την αποδοχή της παράτασής τους μέχρι τις 17.6.2020 και την αντίστοιχη κάλυψη του χρονικού αυτού διαστήματος με παράταση της ισχύος της εγγυητικής τους επιστολής. Στο αίτημα αυτό ανταποκρίθηκαν μόνο η εταιρία « .....», η « .....» και η « .....» ενώ οι υπόλοιποι διαγωνιζόμενοι δεν ανανέωσαν τις προσφορές τους. Η Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών με το υπ' αριθμό πρωτ. .... Υπηρεσιακό της Σημείωμα γνωστοποίησε ότι σε συνέχεια και της απόφασης της ΕΑΑΔΗΣΥ επί του ερωτήματος που της υποβλήθηκε, αναφορικά με την εταιρία « .....» δεν τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 310 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και η διάταξη του άρθρου 104 ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου δεν μπορεί να γίνει δεκτή η εξέταση των προβαλλόμενων μέτρων αυτοκάθαρσης, θα πρέπει δε να απορριφθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα « .....». Περαιτέρω, η Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών με το υπ' αρ. πρωτ. .... Υπηρεσιακό σημείωμά γνωστοποίησε μεταξύ άλλων σε συνέχεια τεθέντος ερωτήματος, ότι αποτελεί έργο της Επιτροπής Διαγωνισμού η υποβολή προς το Δ.Σ. εισήγησης, συνοδευόμενης από όλα τα σχετικά στοιχεία για την έγκριση σχεδίου απόφασης για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, εισήγηση δε για οριστική απόφαση, θα πρέπει να εκδοθεί μετά την χορήγηση σύμφωνης



## Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020

απόφασης για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων των οικονομικών φορέων « .....» και «.....», στην οποία γίνεται αναλυτική αναφορά στο είδος των μέτρων που έχουν ληφθεί και την αξιολόγηση της επάρκειας αυτών.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., ποσού 7.500,00 ευρώ από το μέλος της ένωσης « .....» και ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., ποσού 7.500,00 ευρώ από το μέλος της ένωσης «.....», ήτοι συνολικά παράβολο αξίας 15.000 ευρώ.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 58.050.000,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, κατ'εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, καθότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 21.02.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, και δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της Προσφυγής έληγε την Δευτέρα 02.03.2020, συμπίπτοντας όμως με μη εργάσιμη ημέρα έληγε την Τρίτη 03.03.2020, οπότε και ασκήθηκε η υπόψη Προσφυγή.

7. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας θεμελιώνεται στο γεγονός ότι υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της, και ακολούθως παρέτεινε την ισχύ αυτής, με συνέπεια να προσδοκά την ανάθεση

της δημοπρατούμενης σύμβασης, θιγόμενη ως εκ τούτου από την προσβαλλόμενη κατά το μέρος που αναδεικνύεται προσωρινή ανάδοχος αυτής η ένωση οικονομικών φορέων « .....», υπό τον όρο της σύμφωνης γνώμης της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που αφορούν στο μέλος της « .....».

8. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως αναδείχθηκε η ένωση οικονομικών φορέων «.....» ως προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης, χωρίς την προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής για την αξιολόγηση των μέτρων αποκατάστασης αξιοπιστίας του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 και χωρίς τη προηγούμενη έκδοση αυτοτελούς αποφάσεως περί της επάρκειας των μέτρων αυτών, με συνέπεια εν προκειμένω να θεμελιώνεται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Σε κάθε δε περίπτωση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμη η έκδοση αποφάσεως αναδείξεως προσωρινού αναδόχου «υπό όρο» ή «υπό προϋπόθεση». Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα, αναφερόμενη στη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 όπως και στις διατάξεις των άρθρων 22.Α.7 και 4 της Διακήρυξης, υποστηρίζει ότι εξ'αυτών προκύπτει η ανάγκη έκδοσης μίας απόφασης, κατόπιν ελέγχου των προϋποθέσεων συμμετοχής και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής-δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων και της σχετικής γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού προς τούτο, η οποία απόφαση θα αφορά στην έγκριση του πρακτικού ανάδειξης του μειοδότη με παραδεκτή προσφορά ως προσωρινού αναδόχου και δεν δύναται να εξαρτάται υπό όρο, αίρεση, προθεσμία ή προϋπόθεση. Εξάλλου, κατά την προσφεύγουσα, εκ των άνω διατάξεων της Διακήρυξης παρέπεται ότι προκειμένου να κριθεί το παραδεκτό της συμμετοχής των διαγωνιζομένων, πολύ περισσότερο προκειμένου να εκδοθεί απόφαση περί αναδείξεως προσωρινού αναδόχου, όταν μάλιστα ο υποψήφιος προσωρινός ανάδοχος έχει παραδεχθεί τη διάπραξη συμφωνιών νόθευσης του ανταγωνισμού απαντώντας θετικώς στη σχετική ερώτηση του ΕΕΕΣ, πρέπει να έχει προηγηθεί η σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παρ. 9



του άρθρου 73 ν. 4412/2016. Η προσφεύγουσα υπενθυμίζει ότι, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά στην νομολογία, σύμφωνη είναι η γνωμοδότηση που δεσμεύει το αποφασίζον όργανο με την έννοια ότι το τελευταίο δεν μπορεί να ενεργήσει κατά τρόπο διαφορετικό από αυτόν που του υποδεικνύεται με τη γνωμοδότηση (ΣτΕ 460/2001, 2271/1998), δηλαδή μπορεί είτε να εκδώσει πράξη σύμφωνα με τη γνωμοδότηση, είτε να απέχει από την έκδοση της πράξης εφόσον έχει διακριτική ευχέρεια που του το επιτρέπει και εφόσον αιτιολογεί ειδικά αυτήν του την επιλογή (ΣτΕ 3898/1986). Λαμβάνοντας δε υπόψιν ότι κατά την ρητή διατύπωση της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016, για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε ο οικονομικός φορέας προβλέπεται η έκδοση αυτοτελούς απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατόπιν σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής που συνίσταται με την παρ. 9 του άρθρου 73, απαρτιζομένης από εκπροσώπους Υπουργείων, η οποία σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα ημερών από την περιέλευση στην εν λόγω Επιτροπή του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής, συνοδευομένου από όλα τα σχετικά στοιχεία, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η λήψη της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής στον κατάλληλο χρόνο, δηλαδή πριν την έκδοση της απόφασης του αναθέτοντος φορέα, αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, η μη τήρηση του οποίου επάγεται την ακύρωση της εκτελεστής πράξης. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει αφενός μεν ότι δεν μπορεί να εκδοθεί απόφαση αναδείξεως διαγωνιζομένου ως προσωρινού αναδόχου, ενόσω ακόμη δεν έχει ληφθεί η σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 και δεν έχει εκδοθεί, κατόπιν αυτής, αυτοτελής σχετική απόφαση του αναθέτοντος φορέα, άλλως η απόφαση πάσχει λόγω μη τήρσεως ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, αφετέρου δε ότι δεν είναι επιτρεπτή η έκδοση μιας τέτοιας αποφάσεως υπό όρο, αίρεση, προϋπόθεση ή προθεσμία. Εν προκειμένω, λαμβάνοντας υπόψιν ότι είχε προκύψει το ζήτημα της επάρκειας ή μη των ληφθέντων από την εταιρία « .....» μέτρων για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, αφού η ίδια είχε παραδεχθεί στο υποβληθέν από μέρος της ΕΕΕΣ τη διάπραξη συμφωνιών νόθευσης του ανταγωνισμού (με αριθμ.

642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού) και την συμμετοχή της στην διαδικασία διευθετήσεως, είναι προφανές ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε να ακολουθήσει αυστηρώς τη προδιαγραφόμενη στο νόμο διαδικασία, και ως εκ τούτου να ζητήσει και να λάβει τη γνωμοδότηση της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73, να εκδώσει, κατόπιν της ως άνω γνωμοδοτήσεως, αυτοτελή απόφαση περί της επάρκειας ή μη των εν ληφθέντων μέτρων, ώστε η απόφαση αυτή να ελεγχθεί, εφόσον συντρέχει περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 345 επ ν. 4412/2016 και ακολούθως να προβεί στην ανάδειξη προσωρινού αναδόχου. Αντ' αυτού, ο αναθέτων φορέας, κατά παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, εξέδωσε τη προσβαλλόμενη απόφαση ανάδειξης της Ένωσης Οικονομικών Φορέων « .....» ως προσωρινού αναδόχου, χωρίς να έχει προηγουμένως λάβει την σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας κατά νόμο Επιτροπής για την διαπίστωση της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων στο πρόσωπο της «.....» και υπό την προϋπόθεση της χορήγησης αυτής. Μάλιστα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ανάδειξη της ένωσης « .....» ως προσωρινής αναδόχου «υπό την προϋπόθεση» της έκδοσης στο μέλλον της σύμφωνης γνώμης, προκαταλαμβάνει ανεπιτρέπτως το περιεχόμενο της εκδοθησόμενης γνώμης και καθιστά, στη περίπτωση που τελικώς τα δηλωθέντα μέτρα αποκατάστασης αξιοπιστίας της «.....» ήθελε κριθούν επαρκή, αδύνατη την εκ μέρους της ίδιας της προσφεύγουσας αποτελεσματικής άσκησης του δικαιώματος έννομης προστασίας της, σε σχέση με την αμφισβήτηση της επάρκειας των μέτρων συμμορφώσεως εν πλήρη γνώση της αιτιολογίας της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016. Η έκδοση αποφάσεως αναδείξεως προσωρινού αναδόχου υπό όρο, αίρεση, προθεσμία ή προϋπόθεση, είναι παράνομη αφού η τελούσα υπό όρο απόφαση δεν δύναται να προσβληθεί κατά το ουσιαστικό της περιεχόμενο, το οποίο εξαρτάται από την πλήρωση μελλοντικού όρου ή προϋποθέσεως, από τους έχοντες έννομο συμφέρον, ελλείψει πλήρους γνώσεως της πράξεως ενώ όταν θα πληρωθεί εν τέλει ο όρος, ισχυροποιείται η εκδοθείσα απόφαση, χωρίς να εκδοθεί νέα και χωρίς να παρέχεται έτσι η δυνατότητα παραδεκτής έγερσης των παραπόνων

που συναρτώνται με την επάρκεια των μέτρων αποκατάστασης αξιοπιστίας υπό καθεστώς πλήρους γνώσεως της προσβαλλομένης πράξεως και της αιτιολογίας αυτής. Εξάλλου, εκ των προεκτεθέντων προκύπτει εναργώς ότι οι αποφάσεις που εκδίδονται στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας είναι ασυμβίβαστες προς τη θέσπιση όρων, προϋποθέσεων, αιρέσεων και προθεσμιών, αφού απαιτείται σαφήνεια ως προς το ρυθμιστικό τους περιεχόμενο και την ισχύ τους, προκειμένου να καταστεί δυνατή η προσβολή τους και η άσκηση των δικαιωμάτων των λοιπών οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στο διαγωνισμό και θίγονται από το περιεχόμενο του υπό αίρεση ή προϋπόθεση εξαρτώμενου όρου. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμη η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της ένωσης οικονομικών φορέων « .....» διότι το μέλος της « .....» έπρεπε να αποκλεισθεί λόγω υποβολής ανακριβούς δήλωσης και απόκρυψης ουσιωδών πληροφοριών που άπτονται της αξιολόγησης συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό της. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη την διάταξη του άρθρου 22.Α.4. της διακήρυξης ότι : *«Εν προκειμένω, στο άρθρο 22.Α.4 προβλέπεται ότι «αποκλείεται από τη συμμετοχή στη παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης προσφέρων 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. [...] ζ. εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας. [...] (θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του»*, υποστηρίζει ότι η εταιρία « .....» γνώριζε ότι ερευνάται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για τη συμμετοχή της σε συμφωνίες νόθευσης ανταγωνισμού, είχε ήδη από ετών προ της υποβολής του ΕΕΕΣ στον παρόντα διαγωνισμό στις 14.12.2018

κληθεί να παράσχει διευκρινίσεις και εξηγήσεις και επιπλέον, μήνες προ της συμμετοχής της στον παρόντα διαγωνισμό είχε συνταχθεί η από 26.3.2018 Εισήγηση ενώ έξι μήνες πριν από την υποβολή της προσφοράς της είχε καθορισθεί η ημερομηνία συζητήσεως της υποθέσεως αυτής στην Επιτροπή Ανταγωνισμού. Ομοίως η « .....» γνώριζε ότι έχει συνταχθεί σε βάρος της εισήγηση η οποία, βάσει των αναφερομένων στο Δελτίο τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διαπίστωνε τη συμμετοχή της, όπως και των λοιπών αναφερομένων εργοληπτικών επιχειρήσεων (13 συνολικώς), σε συμφωνία και σε εναρμονισμένη πρακτική με στόχο τη χειραγώγηση του διαγωνισμού που αφορούσε στην κατασκευή του έργου «5<sup>ο</sup> Ενιαίο Λύκειο .....» της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης ..... Επομένως, ανεξαρτήτως του ότι κατά το χρόνο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ δεν είχε εκδοθεί απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, είχε συλλεγεί από την τελευταία το αποδεικτικό υλικό της εξεταζόμενης παραβάσεως και είχε συνταχθεί σε βάρος της εταιρίας « .....» εισήγηση με το άνω περιεχόμενο, διαπιστώνοντας κατ' αρχήν ότι συντρέχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις περί της κατάρτισης συμφωνιών νόθευσης του ανταγωνισμού. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, ακόμα κι αν η « .....» δεν είχε υπαχθεί σε διαδικασία διευθέτησης και κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της εκκρεμούσε η έκδοση απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού που να διαπιστώνει την απαιτούμενη παράβαση, δεν απαλλασσόταν από την υποχρέωση να δηλώσει στο ΕΕΕΣ την πραγματική της κατάσταση, ότι δηλαδή έχει κινηθεί σε βάρος της διαδικασία από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, στο πλαίσιο της οποίας έχει κληθεί να εκθέσει τις απόψεις της, ότι έχει συνταχθεί Εισήγηση, βάσει του αυτεπαγγέλτως συγκεντρωθέντος υλικού, με την οποία διαπιστώνεται ότι συμμετείχε σε συμφωνίες νόθευσης του ανταγωνισμού. Κατά την προσφεύγουσα, η « .....» όφειλε να θέσει υπόψη του αναθέτοντος φορέα όλα τα ανωτέρω στοιχεία, καταγράφοντας τη δική της θέση και άποψη, ώστε να μπορέσει ο αναθέτων φορέας να τα αξιολογήσει και να διαπιστώσει εάν συντρέχει ή όχι σε βάρος της ο σχετικός λόγος αποκλεισμού και εάν, εν πάση περιπτώσει, κρίνεται φερέγγυα και αξιόπιστη να ανταποκριθεί με επάρκεια στη σχέση εμπιστοσύνης στην

εδραίωση της οποίας κατατείνουν οι προαιρετικοί λόγοι αποκλεισμού. Προς ενίσχυση των προβαλλόμενων με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της ισχυρισμών η προσφεύγουσα αναφέρεται αναλυτικά στην ισχύουσα νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του ΣΤΕ. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα επικαλείται την ΕΑ ΣΤΕ 40/2019 όπου έχει κριθεί ότι : «η απάντηση του οικονομικού φορέα στο σχετικό ερώτημα αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον, συγκεκριμένα δε, αν αυτός συνήψε ή όχι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνίες που αποσκοπούσαν στη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος αυτού η εκ μέρους του διαγωνιζόμενου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τα ανωτέρω στάδια, εφόσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από τη τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία», υποστηρίζοντας ότι με την απόφαση αυτή το ΣΤΕ έκρινε αποκλειστέο διαγωνιζόμενο που είχε παράσχει αρνητική απάντηση στη σχετική περί συμμετοχής του σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού ερώτηση του ΕΕΕΣ παρά το γεγονός ότι είχε συμμετάσχει σε τέτοιες συμφωνίες. Στο ίδιο πλαίσιο η προσφεύγουσα επικαλείται και την ΕΑ ΣΤΕ 279/2019 με την οποία επιβεβαιώνεται η παραπάνω νομολογία. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται την απόφαση C-41/18 του ΔΕΕ, όπου κρίθηκε ότι η εκκρεμής δικαστική διαδικασία για τη διάγνωση της νομιμότητας της λύσεως προηγούμενης δημόσιας σύμβασης λόγω πλημμελειών που επεδείχθησαν από οικονομικό φορέα κατά την εκτέλεσή της δεν εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα στον οποίο αφορά η ως άνω λύση, υποστηρίζοντας ότι εκ της νομολογίας αυτής προκύπτει αβίαστα ο κυρίαρχος ρόλος της αναθέτουσας

## Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020

αρχής στην αξιολόγηση των πραγματικών περιστατικών και δεδομένων προκειμένου να εκτιμήσει την αξιοπιστία των οικονομικών φορέων που μετέχουν στη διαδικασία ανάθεσης. Στο ίδιο πλαίσιο η προσφεύγουσα επικαλείται και την C-267/18 απόφαση του ΔΕΕ. Ενόψει όλων των παραπάνω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο διαγωνιζόμενος οφείλει να δηλώνει όλες τις κρίσιμες πληροφορίες αναφορικός με την κατάστασή του, χωρίς να σημαίνει ότι πρέπει να παραδεχθεί παραπτωματική συμπεριφορά ή τη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγου αποκλεισμού, αφού μπορεί στο ΕΕΕΣ παράλληλα με τα πραγματικά περιστατικά να εκθέσει την άποψή του περί της αποδιδόμενης παραπτωματικής συμπεριφοράς του, χωρίς να χρειάζεται να αυτοενοχοποιηθεί ενώ η αναθέτουσα αρχή είναι η μόνη αρμόδια να αξιολογήσει την συμπεριφορά των οικονομικών φορέων και τα δηλούμενα πραγματικά περιστατικά σε σχέση με το συγκροτούν τους λόγους αποκλεισμού που τίθενται για τη διαπίστωση της φερεγγυότητας και της αξιοπιστίας των οικονομικών φορέων. Με αυτό το σκεπτικό και για τους ως άνω λόγους η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που με αυτήν (α) αποφασίσθηκε η έγκριση σχεδίου Απόφασης της ..... περί διαπίστωσης της επάρκειας των ληφθέντων από την ..... επανορθωτικών μέτρων, εκδηλούμενης έτσι της εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, άρνησης διαπίστωσης αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού και απορρίψεως της Ένωσης Οικονομικών Φορέων « .....» λόγω ψευδούς δηλώσεως και απόκρυψης ουσιωδών πληροφοριών και πραγματικών περιστατικών εκ μέρους της « .....» που απαιτούντο προκειμένου να εξετασθεί και διαπιστωθεί η συνδρομή λόγου αποκλεισμού και (β) αποφασίσθηκε η ανάδειξη της ένωσης οικονομικών φορέων « .....» ως προσωρινού αναδόχου του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ .....», υπό την προϋπόθεση της έκδοσης σύμφωνης γνώμης της ως άνω γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα « .....» επανορθωτικών μέτρων.

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ το από 10.03.2020 έγγραφο με τις απόψεις του επί

της Προσφυγής, όπου τάσσεται υπέρ της απόρριψης της υπόψη Προσφυγής για τους εξής λόγους : Κατ'αρχήν ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη συνιστά κατά το μέρος που αφορά στην ανάδειξη της ένωσης οικονομικών φορέων « .....» ως προσωρινής αναδόχου υπό την προϋπόθεση της σύμφωνης γνώμης της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016 μη εκτελεστή πράξη και συνεπώς απαραδέκτως προσβληθείσα με την παρούσα προσφυγή. Προς θεμελίωση του ισχυρισμού του, ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει ότι η διάταξη του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016 θεσπίζει νομική υποχρέωση προηγούμενης λήψης θετικής σύμφωνης γνώμης προ της έκδοσης απόφασης επί της επάρκειας επανορθωτικών μέτρων, χορηγηθείσόμενης (της σύμφωνης γνώμης) εντός αποκλειστικής προθεσμίας 30 ημερών από την υποβολή στην γνωμοδοτούσα Επιτροπή, σχεδίου σχετικής απόφασης του αναθέτοντος φορέα ενώ η άπρακτη πάροδος της 30ήμερης προθεσμίας καθιστά την σύμφωνη γνώμη αρνητική, εμποδίζοντας την έκδοση θετικής, άλλως, υποχρεώνοντας τον αποφαινόμενο αναθέτοντα φορέα σε έκδοση αρνητικής πράξης (αποκλεισμός του οικονομικού φορέα από την διαδικασία σύναψης σύμβασης), αποκτώντας η ίδια η αρνητική γνωμοδότηση εκτελεστό χαρακτήρα μόνο εάν δεν εκδοθεί σχετικά απόφαση, και, ενσωματούμενη άλλως, ως μη εκτελεστή μη αυτοτελής πράξη σε θετική ή αρνητική εκτελεστή πράξη του αποφασίζοντος οργάνου (ΣΤΕ 1851/2013, 2274/2011). Εξάλλου, η τήρηση της γνωμοδοτικής διαδικασίας αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας που προηγείται της έκδοσης της εκτελεστής πράξης, η οποία αποκτά τον εκτελεστό της χαρακτήρα μόνο μετά την ενσωμάτωση της κατά νόμο απαιτούμενης σύμφωνης γνώμης. Λαμβάνοντας μάλιστα μέριμνα ο νομοθέτης ρητά διατύπωσε στην παρ. 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ότι η απόφαση (εκτελεστή) για την διαπίστωση της επάρκειας η μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται μετά την την παροχή σύμφωνης γνώμης η οποία εκδίδεται επί σχεδίου απόφασης, μη αυτοτελούς, μη εκτελεστού και μη οριστικού. Από τις παραπάνω νομικές παραδοχές προκύπτουν τα εξής: Η προσβαλλόμενη πράξη ...../19.2.2020 Διευθύνοντος Συμβούλου ..... κατά το σκέλος με το οποίο εγκρίνει σχέδιο απόφασης για την

διαπίστωση της επάρκειας η μη των επανορθωτικών μέτρων, δεν παράγει εκτελεστές συνέπειες στην έννομη τάξη, ακυρωτικά προσβλητέες. Απόφαση, εκτελεστή, θα εκδοθεί, μόνο μετά την έκδοση της κατά νόμο απαιτούμενης και ζητηθείσας σύμφωνης γνώμης ότε και θα εκκινήσει η κατά το άρθρο 360 ν. 4412/2016 προθεσμία ακυρωτικού ελέγχου της αναφορικά με την εικαζόμενη πρόκληση ζημίας σε ενδιαφερόμενο, συνθήκη που ακόμα δεν έχει συντρέξει. Για την ταυτότητα του λόγου, ομοίως μη εκτελεστή είναι και η υπό (ε) διάταξη της προσβαλλομένης απόφασης σχετικά με την ανάδειξη της ένωσης « .....» ως προσωρινής αναδόχου της σύμβασης, υπό την προϋπόθεση της έκδοσης σύμφωνης γνώμης επί της επάρκειας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα « .....» επανορθωτικών μέτρων. Πράγματι, μόνο μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας έκδοσης σύμφωνης γνώμης και ανάλογα με το αποτέλεσμα αυτής (χορήγηση ή άρνηση χορήγησης της ρητή ή σιωπηρή) θα εκδοθεί, η κατά νόμο προβλεπόμενη εκτελεστή πράξη του αναθέτοντος φορέα περί την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων του μειοδότη και την έντευθεν ανάδειξη του ως προσωρινού αναδόχου, ή περί την μη επάρκεια των μέτρων και την έντευθεν εξακολούθηση της διαδικασίας ανάλογα με το περιεχόμενο της σύμφωνης γνώμης και ως προς τους λοιπούς συμμετέχοντες στον διαγωνισμό. Σε κάθε δε περίπτωση, ακόμα κι αν η προσβαλλόμενη δεν είναι εκτελεστή, τούτο δεν την συνιστά παράνομη. Ακόμα δε και υπό την υποθετική εκδοχή κατά την οποία, κατά παράβαση νόμου, δεν θα εκδιδόταν νέα, ρητή, εκτελεστή απόφαση, σε συνέχεια της χορηγούμενης σύμφωνης γνώμης αλλά θα «ισχυροποιούνταν» (κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας) το εγκριθέν σχέδιο απόφασης χωρίς να εκδοθεί νέα απόφαση, είναι και πάλι προφανές ότι την έννομη συνέπεια της εκτελεστότητας, θα παρήγαγε το «ισχυροποιηθέν» σχέδιο από τον χρόνο πλήρωσης του όρου εγκυρότητας για την ισχυροποίηση του και δη από την έκδοση της γνώμης και μετά, ότε και θα εκκινούσε η προθεσμία άσκησης προσφυγής, και κατά τούτο ουδέν δικονομικό δικαίωμα θα είχε απωλέσει η προσφεύγουσα. Ενόψει των ανωτέρω, ο αναθέτων φορέας προβάλλει περαιτέρω ότι η υπόψη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και ελλείψει εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας καθότι μόνον η μη εισέτι



## Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020

εκδοθείσα ως εκ της παραδεκτής και επιβεβλημένης εξάρτησής της από προηγούμενη διατύπωση γνώμης, απόφαση του αναθέτοντος φορέα, θα συνιστά και την μόνη παραδεκτά προσβαλλόμενη κατ'άρθρο 360 ν. 4412/2016 εκτελεστή πράξη, και ως εκ τούτου δύνατο να προκαλέσει βλάβη στα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας. Αναφορικά δε με τις αιτιάσεις που προβάλλονται με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, ήτοι αναφορικά με την συνδρομή λόγου αποκλεισμού σε βάρος της εταιρίας « .....», λόγω απόκρυψης εκ μέρους της τελευταίας της συμμετοχής της σε συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού, ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει ότι δεν διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις για την συμμετοχή της εν λόγω εταιρίας σε τέτοιους είδους συμφωνίες, αναφέροντας ειδικότερα τα εξής : Κατόπιν υπομνήματος της « .....», γνωστοποιήθηκε στον αναθέτοντα φορέα το από 12-04-2018 δελτίο της Επιτροπής Ανταγωνισμού βάσει του οποίου προκύπτει η διεξαγωγή έρευνας περί της παράβασης ή μη του άρθρου 1 του ν. 703/1977 (ήδη άρθρο 1 του ν. 3959/2011) εις βάρος της εταιρείας « .....». Από την εξέταση του συμπληρωθέντος ΕΕΕΣ της προέκυψε ότι η τελευταία είχε δηλώσει ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό της κάποιος λόγος αποκλεισμού και ότι συνακόλουθα δεν χρειάζεται να προσκομίσει σχετικά μέτρα αυτοκάθαρσης. Παράλληλα, από την υπ' αριθμ. 674/2018 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εκδόθηκε επί της υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. .... εισήγησης επί των προτάσεων διευθέτησης κατ'άρθρο 25Α του ν. 3959/2011 πέντε (5) ελεγχόμενων εταιρειών προέκυψαν τα εξής: Σε συνέχεια ανυπόγραφης καταγγελίας που στάλθηκε ηλεκτρονικά στην Επιτροπή Ανταγωνισμού και είχε ως αντικείμενο τη συνάντηση εργοληπτικών εταιριών και συμφωνία μεταξύ τους για χειραγώγηση του διαγωνισμού δημοπράτησης του έργου κατασκευής «5ο Λύκειο ..... (Τμ. Α1 και Β)», η οποία επρόκειτο να λάβει χώρα την επομένη ημέρα (14-03-2011), η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού ξεκίνησε αυτεπάγγελτη έρευνα σε διαγωνισμούς δημοπράτησης δημόσιων έργων του νομού ..... και ειδικότερα του έργου «5ο Λύκειο ..... (Τμ. Α1 και Β)» για πιθανή παράβαση των διατάξεων του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 (ή /και άρθρου 1 του ν. 703/1977) περί «Προστασίας του

## Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020

Ελεύθερου Ανταγωνισμού», όπως ισχύει, και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Μετά την ολοκλήρωση της έρευνας και την κλήρωση της υπόθεσης σε εισηγητή, κατατέθηκε από τον τελευταίο, η υπ' αριθμ. πρωτ. ..../26.3.2018 Εισήγηση με πρόταση: Α) Να διαπιστωθεί η περιγραφείσα παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977, τουλάχιστον, για το χρονικό διάστημα από 1.3.2011 μέχρι 14.3.2011 Β) Να επιβληθεί πρόστιμο στις εμπλεκόμενες δεκατρείς (13) επιχειρήσεις για την παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977, για τη διάρκεια συμμετοχής εκάστης στην παράβαση κατά το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα και Γ) Να απειληθούν οι ανωτέρω επιχειρήσεις με πρόστιμο και χρηματική ποινή, αν με απόφαση της Επιτροπής βεβαιώνεται η συνέχιση ή η επανάληψη των διαπιστωθεισών παραβάσεων. Στις παραπάνω επιχειρήσεις περιλαμβάνεται (βάσει και του από 12-04-2018 δελτίου τύπου της ΕΑ) και η εταιρεία «.....», ωστόσο, όπως αναφέρεται και στο από 12-04-2018 δελτίο τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η εισήγηση αυτή δεν είναι δεσμευτική για την Επιτροπή Ανταγωνισμού, η οποία καλείται να αποφασίσει συνεκτιμώντας τα δεδομένα της διαδικασίας και τις απόψεις των μερών. Μετά την κοινοποίηση της εισήγησης την 12η Απριλίου 2018 και τον ορισμό ημερομηνίας συζήτησης την 7-6-2018, οι εταιρίες ....., ....., ....., ....., και ..... εκδήλωσαν εγγράφως το ενδιαφέρον τους και στη συνέχεια κατέθεσαν σχετικό αίτημα για διευθέτηση της διαφοράς σύμφωνα με το άρθρο 25Α του ν. 3959/2011 και όσα προβλέπονται στην παρ. 30 της απόφασης 628/2016 της ΕΑ με θέμα: «Όροι, προϋποθέσεις και διαδικασία για τη διευθέτηση διαφορών σε υποθέσεις οριζοντίων συμπράξεων κατά παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 ή/και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ». Μεταξύ των εταιριών αυτών δεν βρίσκεται η εταιρεία «.....», η οποία δεν αποδέχθηκε, όπως συνάγεται, την συμμετοχή της σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Αν προέβαινε σε διαδικασία διευθέτησης της διαφοράς αυτό θα αποτελούσε εκ μέρους της, σύμφωνα με την σκέψη 27 της απόφασης 628/2016 της ΕΑ, ανεπιφύλακτη παραδοχή, με σαφείς όρους που δεν επιδέχονται παρερμηνείας, της συμμετοχής της σε παραβιάσεις του άρθρου 1 του Ν. 3959/2011 ή/και 101

ΣΛΕΕ, καθώς και της ευθύνης που συνεπάγεται η συμμετοχή αυτή. Επισημαίνεται ότι από κανένα σημείο της υπ' αριθμ. 674/2018 Απόφασης της ΕΑ δεν προκύπτει κάποια κρίση περί του αν πράγματι συντρέχει εις βάρος της εν λόγω εταιρείας περίπτωση καρτελικής συμπεριφοράς. Κατόπιν τούτων επεβλήθη πρόστιμο για καρτελική συμπεριφορά (όπως αυτή περιγράφεται στην παραπάνω απόφαση) στις παραπάνω πέντε (5) εταιρείες όπως και σύσταση για υποχρέωση παράλειψης στο μέλλον τέτοιας συμπεριφοράς ενώ επί της φερόμενης εμπλοκής της « .....» σε παραβιάσεις του άρθρου 1 του Ν. 3959/2011 ή/και 101 ΣΛΕΕ, την οποία πάντως η ίδια αρνείται, ο αναθέτων φορέας δεν έλαβε κανένα περαιτέρω στοιχείο. Από τα παραπάνω συνάγεται αφενός ότι δεν υπήρξε ομολογία εκ μέρους της εταιρείας με την επωνυμία « .....» για την συμμετοχή της σε συμφωνίες στρέβλωσης του ελεύθερου ανταγωνισμού και αφετέρου ότι μέχρι στιγμής δεν υπάρχει απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού βάσει της οποίας να επιβάλλεται κύρωση στην εν λόγω εταιρεία για στρέβλωση του ανταγωνισμού επ' αφορμή την παραπάνω ή άλλη αιτία. Επομένως, κατόπιν των ανωτέρω, ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει ότι ορθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήγαγε ότι δεν υφίστανται εύλογες ενδείξεις περί της συμμετοχής της εταιρείας « .....» σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού και ορθώς ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν έκανε σχετική μνεία στο ΕΕΕΣ περί της ύπαρξης λόγου αποκλεισμού και μέτρων αυτοκάθαρσης.

10. Επειδή, επί της Προσφυγής παρεμβαίνει η ένωση οικονομικών φορέων « .....» με την από 16.03.2020 Παρέμβασή της, η οποία ασκήθηκε εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, καθότι η υπόψη Προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 04.03.2020 και η προθεσμία για την άσκησή της έληγε στις 14.03.2020, συμπίπτοντας όμως με μη εργάσιμη ημέρα (Σάββατο), έληγε την Δευτέρα 16.03.2020, οπότε και ασκήθηκε αυτή. Η δε παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον να παρέμβει, ζητώντας την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν αφενός μεν δεν

διαπιστώνεται η συνδρομή λόγου αποκλεισμού για το μέλος της ένωσης « .....» και αφετέρου δε αναδεικνύεται η παρεμβαίνουσα ένωση προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης, υπό την προϋπόθεση της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016 για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων του μέλους της « .....». Συγκεκριμένα, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας διότι, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 317/19.2.2020 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της « .....», η συμμετοχή της εν λόγω εταιρίας στον επίμαχο διαγωνισμό τελεί υπό την αίρεση της διατυπώσεως θετικής σύμφωνης γνώμης περί της επάρκειας των υπ' αυτής ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων και της διαπιστώσεως της επάρκειας των μέτρων αυτών από την αναθέτουσα αρχή και, συνεπώς, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας εξαρτάται από την προηγούμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί της επαρκείας των υπ' αυτής ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη ελλείψει εκτελεστότητας της προσβαλλόμενης απόφασης. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η εν λόγω απόφαση είναι εκτελεστή μόνον κατά το μέρος που (α) εγκρίνει το υπ' αριθ. 1/23.1.2020 πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, (β) αποκλείει πέντε (5) διαγωνιζομένους λόγω μη αποδοχής απ' αυτούς του αιτήματος περί παρατάσεως της ισχύος των προσφορών τους και (γ) αποκλείει την εταιρία « .....» λόγω ανακριβών απαντήσεων στο ΕΕΕΣ. Η εν λόγω απόφαση δεν είναι εκτελεστή κατά το μέρος που εγκρίνει το σχέδιο της απόφασης του αναθέτοντος φορέα περί διαπιστώσεως της επάρκειας των ληφθέντων από τους οικονομικούς φορείς « .....» και « .....» επανορθωτικών μέτρων και αποστέλλει το σχέδιο αυτό στην Γνωμοδοτική Επιτροπή του Υπουργείου ....., για να εκφέρει ή μη τη σχετική σύμφωνη γνώμη, διότι η έγκριση του σχεδίου της απόφασης της αναθετούσης αρχής περί διαπιστώσεως της επαρκείας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων και η αποστολή του στην εν λόγω Γνωμοδοτική Επιτροπή ασκούνται κατά δέσμια αρμοδιότητα της

αρχής και αποτελούν διαδικασία επιβαλλομένη από το άρθρο 73 παρ. 8 του Ν. 4412/2016, η οποία είναι απολύτως δεσμευτική για την αναθέτουσα αρχή. Η εν λόγω απόφαση δεν είναι εκτελεστή, επίσης, κατά το μέρος που ανέδειξε την ένωση οικονομικών φορέων « .....» και « .....» ως προσωρινό ανάδοχο του έργου, διότι η εν λόγω απόφαση τελεί υπό την ανατρεπτική αίρεση της διατυπώσεως σύμφωνης γνώμης από την ανωτέρω Γνωμοδοτική Επιτροπή περί της επαρκείας των ληφθέντων από την εταιρία « .....», επανορθωτικών μέτρων και συνεπώς, η απόφαση αυτή θα αποκτήσει εκτελεστότητα από της πληρώσεως της ανωτέρω αιρέσεως, κατά τα προεκτεθέντα. Ενόψει των παραπάνω, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι πρόωρα ζητείται η δικαστική προστασία δίχως να έχει εκδοθεί η απόφαση επί της σύμφωνης γνώμης, ο δε αναθέτων φορέας δεν έχει αποφανθεί οριστικώς, καθώς η απόφαση περί ανάδειξης προσωρινού αναδόχου τελεί υπό την αίρεση της έκδοσης θετικής σύμφωνης γνώμης, επομένως δεν είναι εκτελεστή (Πρβλ. ΔΕφΑΘ 137/2019). Σε κάθε περίπτωση, η βασιμότητα του προβαλλόμενου ισχυρισμού δεν οδηγεί στην αναστολή της διαδικασίας, διότι στην περίπτωση αυτή η εδώ προσβαλλόμενη απόφαση καθό μέρος ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την παρεμβαίνουσα υπό τον όρο της παροχής της σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας Γνωμοδοτικής Επιτροπής περί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης, θα μπορούσε να εκληφθεί μόνο ως προπαρασκευαστική πράξη. Στην περίπτωση αυτή, η μόνη παραδεκτώς προσβαλλόμενη πράξη θα είναι η μέλλουσα να εκδοθεί απόφαση ολοκλήρωσης του σταδίου ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και άρα η προσφυγή κατά σκέλος αυτό είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, ως στρεφόμενη κατά μη εκτελεστής διοικητικής πράξης. Εν συνεχεία, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη ως ερειδόμενη επί εσφαλμένης προϋπόθεσης διότι η σύμφωνη γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της απόφασης της αναθετούσης αρχής περί διαπιστώσεως της επαρκείας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων, δυνάμενη άλλωστε να ζητηθεί σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας χωρίς να υπάρχει κάποιος ειδικός κανόνας ως προς το χρόνο έκδοσής της

(ΔΕΦΑΘ 229/2019), και όχι της αποφάσεως περί αναδείξεως προσωρινού αναδόχου και, συνεπώς η κρινομένη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη. Ακόμα, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι πρέπει να απορριφθούν ως αόριστες και αβάσιμες οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί του ότι η εταιρία « .....» δεν έχει λάβει επανορθωτικά μέτρα και συνεπώς μη νομίμως ο αναθέτων φορέας ενέκρινε και απέστειλε στην αρμόδιο γνωμοδοτική επιτροπή σχέδιο απόφασης περί επάρκειας αυτών. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα αναφέρεται αναλυτικά στα επανορθωτικά μέτρα που η εταιρία « .....» έλαβε, όπως αυτά εκτίθενται στο υπ' αριθ. πρωτ. .... έγγραφο της εταιρίας « .....», στο υπ' αριθ. πρωτ. .... έγγραφο της Διευθύνσεως Νομικών Υπηρεσιών της « .....» και στις δώδεκα (12) γνωμοδοτήσεις της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 9 του Ν. 4412/2016 περί της επαρκείας των εν λόγω επανορθωτικών μέτρων, που συντάχθηκαν με αφορμή δώδεκα (12) διαφορετικούς διαγωνισμούς. Κατά την κρίση της παρεμβαίνουσας παρήλκε κανονικά η εκ νέου αποστολή των μέτρων αυτοκάθαρσης στην ως άνω αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή, όπως ενημέρωσε προς τούτο την Επιτροπή Διαγωνισμού με την από 9/4/2019 επιστολή της και για την επιτάχυνση της διαγωνιστικής διαδικασίας η οικεία απόφασή της για τη διαπίστωση της επάρκειας των -κατ' επανάληψη κριθέντων ως επαρκών- επανορθωτικών μέτρων, εδύνατο να εκδοθεί δίχως την εκ νέου αποστολή των μέτρων αυτοκάθαρσης στην ως άνω Γνωμοδοτική Επιτροπή, καθώς αρκούσαν τα ήδη εκδοθέντα Πρακτικά αυτής που επέχουν θέση σύμφωνης γνώμης, κατά τα αναφερόμενα στο άρθρο 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016. Σε κάθε δε περίπτωση, η έγκριση σχεδίου απόφασης του αναθέτοντος φορέα επί της επαρκείας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων γίνεται κατά ρητή πρόβλεψη του νόμου και συνεπώς δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι «προκαταλαμβάνεται» η Γνωμοδοτική Επιτροπή, η οποία, ούτως ή άλλως, δεν δεσμεύεται από το σχέδιο του αναθέτοντος φορέα και υποχρεούται να διατυπώσει την δική της ανεξάρτητη γνώμη. Τέλος, ως προς τους ισχυρισμούς που αφορούν στον αποκλεισμό του μέλους της ένωσης « .....» λόγω απόκρυψης σημαντικών στοιχείων που συνέχονται με την εκτίμηση περί συμμετοχής της τελευταίας σε

συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι αυτοί οι ισχυρισμοί πρέπει να απορριφθούν ως απολύτως αβάσιμοι καθότι αντίκεινται στο τεκμήριο αθωότητας της εταιρίας « .....», σε κάθε δε περίπτωση διότι δεν υφίστανται επαρκείς ενδείξεις για την στοιχειοθέτηση της συμμετοχής της τελευταίας σε συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού της Επιτροπής Ανταγωνισμού προέβη σε αυτεπάγγελτη έρευνα επί του δημοσίου διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «5<sup>ο</sup> Ενιαίο Λύκειο .....» που διεξήχθη στις 14.3.2011, στον οποίο είχε συμμετάσχει η « .....». Η Επιτροπή Ανταγωνισμού, ενεργώντας παρανόμως και κατά παραβίαση του τεκμηρίου αθωότητας της εταιρίας « .....» εξέδωσε δελτίο τύπου στο οποίο κατονόμασε τις φερόμενες ως εμπλεκόμενες εταιρίες, αναφέροντας ταυτοχρόνως στο ίδιο δελτίο «ότι η σχετική εισήγηση δεν είναι δεσμευτική για την Επιτροπή Ανταγωνισμού, η οποία θα αποφασίσει συνεκτιμώντας τα δεδομένα της διαδικασίας». Η εταιρία « .....» διαμαρτυρήθηκε αμέσως για το εν λόγω δελτίο τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού δηλώνοντας ταυτοχρόνως ότι δεν έχει καμία σχέση με την υπόθεση αυτή. Οι πράγματι εμπλεκόμενες στην υπόθεση αυτή εργοληπτικές επιχειρήσεις, στις οποίες δεν συμπεριλαμβάνεται η « .....» εχώρησαν σε διευθέτηση της διαφοράς, για την οποία εκδόθηκε η υπ' αριθ. 674/2019 απόφαση διευθέτησης της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Τέλος, η εταιρία «.....» και άλλες εργοληπτικές επιχειρήσεις δεν συμμετείχαν στην διαδικασία διευθέτησης της διαφοράς και η εταιρία « .....» στη σχετική συνεδρίαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατηγορηματικώς δήλωσε ότι δεν έχει καμία σχέση με την υπόθεση, εξ ου και η υπόθεση εκκρεμεί, όπως προκύπτει από την υπ' αρ. πρωτ. .... βεβαίωση της. Τέλος, η παρεμβαίνουσα, αναφερόμενη μια προς μια στις αποφάσεις του ΣΤΕ και του ΔΕΕ -όπως τις επικαλείται η προσφεύγουσα- ισχυρίζεται ότι καμία από τις αποτυπωθείσες σε αυτές κρίσεις δεν αναλογεί στην κριθείσα περίπτωση, καθότι τα πραγματικά περιστατικά αυτών διαφοροποιούνται ουσιαστικά από τα κριθέντα.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ το από 02.04.2020 Υπόμνημά της, προς αντίκρουση των απόψεων του αναθέτοντος φορέα και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Όμως, κατά την διάταξη του άρθρου 365 παρ. 1, τελευταίο εδάφιο του ν. 4412/2016, η υποβολή υπομνήματος προβλέπεται μόνον επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια, το από 20.03.2020 υπόμνημα της παρεμβαίνουσας υποβλήθηκε απαραδέκτως κατά το μέρος που αφορά στην αντίκρουση των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Αναφορικά δε με τους ισχυρισμούς του αναθέτοντος φορέα, η προσφεύγουσα αντιτάσσει ότι ο αναθέτων φορέας ήδη με τις απόψεις του ομολογεί πλήρως την παρανομία της προσβαλλόμενης, ότι δηλαδή η απόφαση (εκτελεστή) για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται μετά την παροχή σύμφωνης γνώμης, η οποία εκδίδεται επί σχεδίου απόφασης, μη αυτοτελούς, μη εκτελεστού και μη οριστικού» και μάλιστα δεσμεύεται να εκδώσει απόφαση εκτελεστή μόνο μετά την έκδοση της κατά νόμο απαιτούμενης και ζητηθείσας σύμφωνης γνώμης. Αντί, όμως, ο αναθέτων φορέας να ανακαλέσει την προσβαλλόμενη απόφαση και να εκδώσει νέα συνολική απόφαση, ώστε να δυνηθούν οι ενδιαφερόμενοι να ασκήσουν σε ένα στάδιο και συνολικώς τις προσφυγές τους, τελώντας, όπως πρέπει, σε πλήρη γνώση των αιτιολογιών όλων των πτυχών της αποφάσεως, προβάλλει ότι τάχα η απόφαση κατά το επίμαχο σκέλος της ανάδειξης της Ενώσεως Οικονομικών Φορέων « .....» ως προσωρινής αναδόχου «δεν είναι εκτελεστή». Ισχυρίζεται δε ότι επειδή η απόφαση, κατά το σκέλος που εγκρίνει σχέδιο απόφασης για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, είναι μη εκτελεστή «για τη ταυτότητα του νομικού λόγου ομοίως είναι μη εκτελεστή και η διάταξη περί την ανάδειξη της ένωσης εταιρειών που υπέβαλε τη μειοδότηρια προσφορά ως προσωρινής αναδόχου». Ο ισχυρισμός όμως αυτός είναι ατυχής. Πρώτον διότι εάν ένα σκέλος αποφάσεως περιλαμβάνει μη εκτελεστή διάταξη (όπως -κατά τους ισχυρισμούς του αναθέτοντος φορέα- το σκέλος που αφορά την έγκριση σχεδίου αποφάσεως), δεν σημαίνει ότι άλλο σκέλος της ίδιας αποφάσεως (εν



προκειμένω αυτό που αφορά στην ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου) δεν συνιστά εκτελεστή διάταξη. Δεύτερον διότι, κατά το σκέλος της ανάδειξης διαγωνιζομένου ως προσωρινού αναδόχου υπό αίρεση ή προϋπόθεση εκδηλώνεται η βούληση του αναθέτοντος φορέα να αναθέσει σε αυτόν τον διαγωνιζόμενο τη σύμβαση, εφόσον λάβει τη σύμφωνη γνώμη της οικείας Επιτροπής. Επομένως, στην απόφαση αυτή, περί αναδείξεως διαγωνιζομένου ως προσωρινού αναδόχου, υπό προϋπόθεση, εμπεριέχεται η κρίση ότι απουσιάζουν άλλοι λόγοι που θα επέφεραν τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου και δεν συνεχονται με την τεθείσα προϋπόθεση, κρίση η οποία ασφαλώς και επάγεται έννομες συνέπειες για τους λοιπούς διαγωνιζομένους που θεωρούν ότι συντρέχουν λόγοι για τους οποίους ο εν λόγω διαγωνιζόμενος θα όφειλε να αποκλεισθεί. Επομένως, η προσβαλλόμενη πράξη τυγχάνει παράνομη, καθώς προηγείται της εκδόσεως γνωμοδοτήσεως και αποστερεί το δικαίωμα στο δικαιούμενο προσφυγής (εν προκειμένω στη νυν προσφεύγουσα) να ασκήσει λυσιτελώς με πληρότητα και συνολικώς, άπαξ την προσφυγή του. Τέλος, ως προς τους ισχυρισμούς του αναθέτοντος φορέα σχετικά με τη μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο της «.....», η προσφεύγουσα αντιτάσσει πρώτον ότι ο λόγος αποκλεισμού που αφορά στη σύναψη συμφωνιών νόθευσης του ανταγωνισμού δεν απαιτεί την ύπαρξη αποδεδειγμένης παραβίασης του νόμου περί ανταγωνισμού διά της εκδόσεως αποφάσεως της αρμόδιας αρχής ανταγωνισμού, αλλά αρκείται στη συνδρομή επαρκώς εύλογων ενδείξεων περί της σύναψης των άνω συμφωνιών. Ως επαρκώς εύλογες ενδείξεις είναι ένα σύνολο συγκροτημένων ενδείξεων που, ελλείψει άλλης εύλογης ερμηνείας, κατατείνουν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες νόθευσης του ανταγωνισμού. Δηλαδή, για τη κατάφαση της συνδρομής του υπόψη λόγου αποκλεισμού δεν απαιτούνται αποδείξεις, πολύ περισσότερο δεν απαιτούνται «τελεσίδικες αποφάσεις» δικαστηρίων ή ανεξαρτήτων αρχών, όπως αβασίμως και contra στο γράμμα του λόγου αποκλεισμού προβάλλει η παρεμβαίνουσα. Δεύτερον, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι, σύμφωνα με τη πάγια νομολογία του ΣΤΕ (ΕΑ 40/2019, 204/2019, 279/2019) οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν στη σχετική ερώτηση

του ΕΕΕΣ περί του εάν έχουν συνάψει συμφωνίες νόθευσης του ανταγωνισμού να αναφέρουν τα πραγματικά γεγονότα που οφείλει να γνωρίζει η αναθέτουσα αρχή και τα οποία συναρτώνται με τη διαπίστωση της συνδρομής στο πρόσωπό τους του σχετικού λόγου αποκλεισμού. Επομένως, στην απάντηση αυτή οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να αναγράφουν άπαντα τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά και όχι μόνον τις χαρακτηρισμένες από την Επιτροπή Ανταγωνισμού ως παραβιάζουσες τον ανταγωνισμό συμπεριφορές (ΕΑ 279/2019). Τρίτον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, όπως κρίθηκε από το ΔΕΕ στις εξόχως σημαντικές και πρόσφατες αποφάσεις του στις υποθέσεις ..... (C-41/18) και .....(C-267/18), οι οποίες αναπτύσσονται στην υπό εξέταση προσφυγή, η αρμοδιότητα αξιολογήσεως και έκδοσης αποφάσεως περί του εάν συντρέχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις για τη σύναψη συμφωνιών νόθευσης του ανταγωνισμού όπως και περί του εάν συντρέχει οιοσδήποτε εκ των λόγων αποκλεισμού, επαφίεται αποκλειστικώς στην κυριαρχική κρίση της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα. Υπό την έννοια αυτή, η αποστέρηση της αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα από την εξουσία πρωτογενούς αξιολογήσεως των πραγματικών περιστατικών για τη διαπίστωση εάν συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο συμμετέχοντος ή όχι (είτε με πράξη τρίτου οργάνου είτε με απεμπόλιση της εξουσίας αυτής από την ίδια την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα) απαγορεύεται καθώς οδηγεί, όπως χαρακτηριστικά επισημάνθηκε στη πρώτη εκ των προαναφερθεισών αποφάσεων, σε αναίρεση της πρακτικής αποτελεσματικότητας των διατάξεων της Οδηγίας, που σκοπό έχουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε φορείς αξιόπιστους τους οποίους η αναθέτουσα αρχή μπορεί ευλόγως να εμπιστευτεί ή σε φορείς που έχουν ήδη θεραπεύσει τους λόγους και τις αιτίες που τους κατέστησαν αναξιόπιστους. Επιπλέον, ο τυχόν αποκλεισμός της αρμοδιότητας και της εξουσίας της αναθέτουσας αρχής να αξιολογεί η ίδια τα πραγματικά περιστατικά προς διαπίστωση της συνδρομής ή μη λόγου αποκλεισμού άγει σε στρεβλώσεις και σε ουσιώδη καταστρατήγηση των διατάξεων της Οδηγίας και των εθνικών διατάξεων, τόσο αυτών που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, όσο και αυτών που σκοπούν στην διασφάλιση υγιούς και

ανόθευτου ανταγωνισμού, όπως ο ν. 703/77. Τούτο διότι διά του αποκλεισμού της εξουσίας και αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να αξιολογήσει η ίδια τα πραγματικά γεγονότα για τη διαπίστωση της αξιοπιστίας του διαγωνιζόμενου, επιβραβεύεται ο οικονομικός φορέας που αντί να παραδεχθεί τη παραπτωματική συμπεριφορά του αρνείται αυτήν και έως την ολοκλήρωση των διαδικασιών έκδοσης αποφάσεως από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, συνεχίζει να μετέχει στις διαγωνιστικές διαδικασίες κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως. Ενόψει των ανωτέρω, είναι μη νόμιμοι και αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα ότι το μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης « .....» δεν υποχρεούτο να δηλώσει στο ΕΕΕΣ τα πραγματικά περιστατικά που σχετίζονται με τη σε βάρος του διεξαγόμενη έρευνα για τη συμμετοχή σε συμφωνίες νόθευσης του ανταγωνισμού επειδή ο εν λόγω οικονομικός φορέας ούτε σε διαδικασία διευθετήσεως έχει υπαχθεί, ούτε έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και άρα δεν συντρέχει σε βάρος του λόγος αποκλεισμού.

12. Επειδή, κατόπιν παραπομπής από την διάταξη του άρθρου 305 παρ. 1 του ν. 4412/2016, με την διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 (άρθρο 57 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ) προβλέπονται ως δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού από την διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης οι εξής : «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις : α) ....., β) ....., 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, δ) ....., ε) ....., στ) ....., ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) ....., θ) ....». Περαιτέρω, με το

άρθρο 73 παρ. 7-9 προβλέπονται τα εξής : «7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπíπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ'αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των

παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού ....., του ..... και ....., καθώς και του Υπουργού ..... και ..... Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού ..... και ..... η οποία εκδίδεται εντός μηνάς από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου .....και .....

13. Επειδή, με τους όρους της με ΑΔΑΜ ..... Διακήρυξης, οι ως άνω κατά νόμο δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού ενσωματώνονται στο κανονιστικό κείμενο αυτής και ως εκ τούτου καθίστανται υποχρεωτικοί ως εξής : « 22.Α.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων 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, [...] (ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας, [...] (θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του. [...]». Ακολούθως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 22.Α.7 της Διακήρυξης, «Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.Α.1, 22.Α.2α και 22.Α.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 της 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. [...]. Εν συνεχεία, στο άρθρο 22.Α.8 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι : «Η απόφαση για τη 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 ν. 4412.2016». Επίσης, στο άρθρο 22 της Διακήρυξης ορίζεται ότι : «Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η πλήρωση των απαιτήσεων των άρθρων 22 Α και Β πρέπει να ικανοποιείται από κάθε μέλος της ένωσης». Τέλος, στο άρθρο 4 της Διακήρυξης προβλέπεται η διαδικασία διεξαγωγής του διαγωνισμού ως εξής : «4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού α) Μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, όπως ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, και πριν την ηλεκτρονική αποσφράγιση, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί στους προσφέροντες τον σχετικό κατάλογο συμμετεχόντων, όπως αυτός παράγεται από το υποσύστημα. β) Στη συνέχεια, τα μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, προβαίνουν σε ηλεκτρονική αποσφράγιση του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και του υποφακέλου “Οικονομική Προσφορά”. γ) Στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού», αναρτάται από την Επιτροπή Διαγωνισμού ο σχετικός κατάλογος μειοδοσίας, προκειμένου να λάβουν γνώση οι προσφέροντες. δ) Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει της παραγωγής σχετικού ψηφιακού αρχείου, μέσα από το υποσύστημα. Για την εφαρμογή του ελέγχου ομαλότητας, χρησιμοποιείται από την Επιτροπή Διαγωνισμού η μέση έκπτωση προσφοράς (Εμ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 95 και 98 του ν. 4412/2016. ε) Όλες οι οικονομικές προσφορές, μετά τις τυχόν αναγκαίες διορθώσεις, καταχωρίζονται, κατά τη σειρά μειοδοσίας, στο πρακτικό της επιτροπής, το οποίο και υπογράφεται από τα μέλη της. στ) Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, την ίδια ημέρα, ελέγχει τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της παρούσας, κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Αν η ολοκλήρωση του

## Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020

ελέγχου αυτού δεν είναι δυνατή την ίδια μέρα, λόγω του μεγάλου αριθμού των προσφορών, ελέγχονται τουλάχιστον οι δέκα (10) πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας. Στην περίπτωση αυτή η διαδικασία συνεχίζεται τις επόμενες εργάσιμες ημέρες. ζ) Η Επιτροπή Διαγωνισμού, πριν την ολοκλήρωση της σύνταξης του πρακτικού της, επικοινωνεί με τους εκδότες που αναγράφονται στις υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. Αν διαπιστωθεί πλαστότητα εγγυητικής επιστολής, ο υποψήφιος αποκλείεται από τον διαγωνισμό, υποβάλλεται μηνυτήρια αναφορά στον αρμόδιο εισαγγελέα και κινείται διαδικασία πειθαρχικής δίωξης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 82 και επόμενα του ν. 3669/2008. η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημά του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και το υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, προς έγκριση. θ) Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα στοιχεία των λοιπών συμμετεχόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί προδικαστική προσφυγή, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης. ι) Επισημαίνεται ότι, σε περίπτωση που οι προσφορές έχουν την ίδια ακριβώς τιμή (ισότιμες), η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τον (προσωρινό) ανάδοχο με κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν ισότιμες προσφορές. Η κλήρωση γίνεται ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού και παρουσία των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισότιμες προσφορές, σε ημέρα και ώρα που θα τους γνωστοποιηθεί μέσω της λειτουργικότητας “επικοινωνία” του υποσυστήματος».

14. Επειδή, σύμφωνα με τις μνημονευθείσες διατάξεις του άρθρου 22 παρ. Α.4. περ. γ` και ζ` της διακήρυξης (οι οποίες αποδίδουν το περιεχόμενο των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ` και ζ` του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό

με το άρθρο 305 παρ. 1 του ίδιου νόμου) αποτελούν αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού του προσφέροντος : (α) η περίπτωση στην οποία αυτός έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές. Επίκληση του λόγου αυτού μπορεί να λαμβάνει χώρα από συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, όταν σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης συντρέχει κάποιος από τους λοιπούς λόγους αποκλεισμού για έναν άλλον οικονομικό φορέα, που κατά παράλειψη του τελευταίου δεν δηλώθηκε στο σχετικό πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. Στην περίπτωση αυτή ο φορέας, στο πρόσωπο του οποίου (εκ των υστέρων) διαπιστώνεται ότι συντρέχει ο εν λόγω λόγος αποκλεισμού, έπρεπε, προκειμένου να αποφύγει τον σχετικό κίνδυνο του αποκλεισμού εκ του λόγου αυτού, να δηλώσει όλα τα κρίσιμα στοιχεία, επικαλούμενος και αποδεικνύοντας την αξιοπιστία του για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης. Προϋπόθεση ωστόσο αποτελεί η οριστική κρίση της αναθέτουσας αρχής επ' αυτού του λόγου αποκλεισμού, (β) η περίπτωση στην οποία υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Στην περίπτωση αυτή παρέχεται στον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα η δυνατότητα να αποδεικνύει ότι μπορεί με αξιοπιστία να εκτελέσει την δημοπρατούμενη σύμβαση, παρά το γεγονός ότι συντρέχει στο πρόσωπό του ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού, τηρώντας τα μέτρα αυτοκάθαρσης που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 (self cleaning). Για τον σκοπό αυτό, ο οικονομικός φορέας προσκομίζει όλα τα κρίσιμα στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Και ναι μεν ο οικονομικός φορέας στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι καταστάσεις αυτές 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, όμως η δυνατότητα αυτή τελεί υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι, στο πλαίσιο της αναγκαίας προς τούτο συνεργασίας του με την αναθέτουσα



αρχή (ή τον αναθέτοντα φορέα), ο οικονομικός φορέας εκπλήρωσε νόμιμα την υποχρέωσή του να δηλώσει με τα υποβαλλόμενα έγγραφα και δικαιολογητικά τα περιστατικά που μπορούν να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, επικαλούμενος ταυτόχρονα και τη λήψη των σχετικών επανορθωτικών μέτρων, ειδάλλως εκπληρώνεται η περίπτωση του πρώτου λόγου αποκλεισμού. Ακολούθως, εάν τα στοιχεία αυτά κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση, κατά την σαφή διατύπωση του νόμου, την επάρκεια ή μη των συγκεκριμένων μέτρων διαπιστώνει η αναθέτουσα αρχή. Η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής εκδίδεται, επίσης, κατά ρητή απαίτηση του νομοθέτη, μετά από την σύμφωνη γνώμη της ειδικής επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση σε αυτήν σχετικού σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα.

15. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής και συγκεκριμένα αναφορικά με τους ισχυρισμούς περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας για τον λόγο ότι με την προσβαλλόμενη αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η ένωση οικονομικών φορέων «.....» χωρίς να έχει προηγουμένως ληφθεί η σύμφωνη γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 σχετικά με την επάρκεια των ληφθέντων εκ μέρους του μέλους της ένωσης « .....» επανορθωτικών μέτρων, και επομένως χωρίς να έχει προηγουμένως εκδοθεί η απόφαση του αναθέτοντος φορέα για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των εν λόγω μέτρων στο πρόσωπο του ως άνω μέλους της ένωσης, όπως και αναφορικά με τους ισχυρισμούς περί του μη νόμιμου χαρακτήρα της απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου υπό την προϋπόθεση της έκδοσης της επίμαχης σύμφωνης γνώμης, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής κρίσιμα πραγματικά περιστατικά : Η εταιρία «.....» ως μέλος της διαγωνιζόμενης ένωσης οικονομικών φορέων « .....» απάντησε καταφατικά στο ερώτημα του υποβληθέντος ΕΕΕΣ

εάν «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» και περαιτέρω στα επόμενα πεδία του ΕΕΕΣ παρείχε στοιχεία σε σχέση με τα πραγματικά γεγονότα συμμετοχής της σε τέτοιου είδους συμφωνίες και περιέγραψε τα ληφθέντα εκ μέρους της μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, ενώ, σε συνέχεια αιτήματος της Επιτροπής Διαγωνισμού προσκόμισε σχετικά αποδεικτικά έγγραφα, τα οποία η Επιτροπή Διαγωνισμού διαβίβασε στην Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών του αναθέτοντος φορέα για αξιολόγηση. Κατά την κρίση που διατυπώνεται στο με αριθ. πρωτ. .... έγγραφο, η Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών διαπίστωσε ότι τα μέτρα που έλαβαν κάποιοι εκ των διαγωνιζομένων, μεταξύ των οποίων και η εταιρία « .....», αποδεικνύονται επαρκή και εν συνεχεία με το υπ'αριθ. πρωτ. 106693/08.01.2020 έγγραφό της συνέστησε στην Επιτροπή Διαγωνισμού την υποβολή προς τον αναθέτοντα φορέα εισήγησης, συνοδευόμενης από όλα τα σχετικά έγγραφα, για την έγκριση σχεδίου απόφασης για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, σημειώνοντας δε ότι εισήγηση για την οριστική απόφαση θα πρέπει να εκδοθεί μετά την χορήγηση σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των τριάντα ημερών, άλλως από την άπρακτη πάροδο αυτής. Κατόπιν αυτών, και σε συνέχεια του Πρακτικού .../23.01.2020 της Επιτροπής Διαγωνισμού, ο αναθέτων φορέας εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία μεταξύ άλλων, εγκρίνεται το σχέδιο απόφασης της ..... περί διαπίστωσης της επάρκειας των ληφθέντων από τους οικονομικούς φορείς « .....» και « .....» επανορθωτικών μέτρων και η αποστολή του στην αρμόδια γνωμοδοτική επιτροπή του Υπουργείου ..... και αποφασίζεται η ανάδειξη της ένωσης οικονομικών φορέων «.....» ως προσωρινής αναδόχου του δημοπρατούμενου έργου, υπό την προϋπόθεση της έκδοσης σύμφωνης γνώμης της ως άνω γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα «.....» επανορθωτικών μέτρων. Μάλιστα, σημειώνεται ότι, με το υπ'αριθ. πρωτ. .... από 19.02.2020 έγγραφό του ο αναθέτων φορέας απέστειλε

προς την Γνωμοδοτική Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 σχέδιο απόφασης για την παροχή της σύμφωνης επί αυτού γνώμης της ως προς την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων των οικονομικών φορέων «.....» και « .....

16. Επειδή, όπως ήδη εκτέθηκε στη σκέψη 14 της παρούσας, κατά τη ρητή και σαφή διατύπωση της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016, ο νομοθέτης απαιτεί από την αρμόδια επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 να εκφέρει τη σύμφωνη γνώμη της επί του διαβιβασθέντος σε αυτήν σχεδίου απόφασης του αναθέτοντος φορέα σχετικά με την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων από τον διαγωνιζόμενο. Δοθέντος δε ότι, κατά το νόμο, η εν λόγω γνώμη απαιτείται να είναι σύμφωνη, ο αναθέτων φορέας δεσμεύεται να αποφασίσει κατά τον τρόπο που υποδεικνύεται από αυτήν, ειδάλλως να απέχει από την έκδοση πράξης, εφόσον αιτιολογεί τούτο ειδικώς. Συνεπώς, αυτονοήτως προκύπτει ότι η απόφαση του αναθέτοντος φορέα για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των σχετικών επανορθωτικών μέτρων έπεται της σύμφωνης γνώμης της ως άνω επιτροπής. Ακόμα, λαμβάνοντας υπόψιν ότι κατά τη συνήθη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου λαμβάνει χώρα αφότου έχει ολοκληρωθεί η διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών των διαγωνιζομένων και έχει αποτυπωθεί στα πρακτικά του αρμόδιου οργάνου του διαγωνισμού η κρίση σχετικά με το εάν στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού και πληρούνται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, γίνεται αντιληπτό ότι, στην κριθείσα περίπτωση η απόφαση του αναθέτοντος φορέα για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων του διαγωνιζόμενου μέλους « .....

οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας απορρίπτεται ως αβάσιμος διότι, αν και πράγματι ως έχει κριθεί, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων δύναται να εκφέρεται διακριτώς από τα επιμέρους στάδια ελέγχου των προσφορών, δεδομένου ότι η απόφαση αυτή δύναται να εκδίδεται σε οποιοδήποτε στάδιο του διαγωνισμού ανακύψει σχετικό ζήτημα, τούτο δεν σημαίνει ότι αποκόπτεται από την σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού (ΔΕΦΑθ 229/2019). Συνεπώς, λαμβάνοντας υπόψιν ότι, εν προκειμένω, το ζήτημα της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων ανέκυψε κατά το παρόν στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής τους, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής επί αυτού, στο πλαίσιο της σύνθετης διοικητικής ενέργειας του παρόντος διαγωνισμού, προηγείται της απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου. Παρόλα αυτά, από τα ως άνω πραγματικά περιστατικά σαφώς συνάγεται ότι, κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης στις 19.02.2020 δεν είχε ακόμα εκδοθεί η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας κατ'άρθρο 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 επιτροπής σχετικά με την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων από την ..... , ούτε βεβαίως είχε εκδοθεί η επακόλουθη κατά νόμο απόφαση του αναθέτοντος φορέα για την διαπίστωση της επάρκειας αυτών, κρίσεις οι οποίες, όπως αναδείχθηκε παραπάνω, συνδέονται αιτιωδώς με τον αποκλεισμό ή μη του διαγωνιζόμενου από την διαδικασία ανάθεσης όπως και με την περαιτέρω ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου της δημοπρατούμενης σύμβασης. Άλλωστε, από τα στοιχεία του φακέλου ουδόλως προκύπτει η έκδοση της ως άνω σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας επιτροπής κατά το χρόνο εξέτασης της παρούσας. Αντιθέτως, κατά το προσβαλλόμενο μέρος της η οικεία απόφαση ορίζει ότι αναδεικνύεται η ένωση οικονομικών φορέων « .....» ως προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης «υπό την προϋπόθεση της έκδοσης σύμφωνης γνώμης της ως άνω γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα «.....» επανορθωτικών μέτρων». Με άλλα λόγια, ενσωματώνεται στην προσβαλλόμενη απόφαση αναβλητική αίρεση, κατά την οποία εξαρτάται η πλήρωση του αποτελέσματος της ανάδειξης ως προσωρινής

αναδόχου της ένωσης « .....» από το μελλοντικό γεγονός της έκδοσης της σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας επιτροπής για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων στο πρόσωπο του μέλους της «.....». Όμως, όπως παγίως ισχύει στο διοικητικό δίκαιο, η διοίκηση πρέπει κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων της να στηρίζεται στην πραγματική κατάσταση του χρόνου έκδοσης της διοικητικής πράξης, με συνέπεια, ιδίως όταν δρα κατά δέσμια αρμοδιότητα, ως εν προκειμένω, οι αναβλητικές αιρέσεις να μην είναι επιτρεπτές (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 2015, Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Ι, 2017, ΣτΕ 351/1959, 1125/1981). Περαιτέρω, λαμβάνοντας υπόψιν το γράμμα της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016, ευχερώς διαπιστώνεται ότι η τεθείσα με την προσβαλλόμενη ως «αναβλητική αίρεση» συνίσταται κατ'ουσίαν στην απλή αναγραφή των διατάξεων και περιορισμών του νόμου υπό τον τύπο αιρέσεως, καθότι, αυτό που ο νόμος απαιτεί να έχει προηγηθεί για να επέλθει η κρίση του αναθέτοντος φορέα σχετικά με την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων και παραπέρα την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου, με το επίμαχο μέρος της προσβαλλόμενης μετουσιώνεται σε προϋπόθεση για την πλήρωση των αποτελεσμάτων της απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου. Υπό αυτήν την έννοια, απλώς και μόνον η επανάληψη της απαίτησης του νόμου στο διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης υπό την μορφή αιρέσεως δεν ενέχει γνήσια αίρεση, αλλά υφίσταται ως καταχρηστική αίρεση (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 2015), η οποία δεν δύναται να θεραπεύσει την παρανομία της μη έκδοσης της προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας επιτροπής για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων στο πρόσωπο της « .....», κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, η δε ακυρότητα της επίμαχης αίρεσης συμπαρασύρει σε ακυρότητα την προσβαλλόμενη καθό μέρος αφορά στην ανάδειξη της ένωσης « .....» ως προσωρινής αναδόχου «υπό την προϋπόθεση της έκδοσης σύμφωνης γνώμης της ως άνω γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα «.....» επανορθωτικών μέτρων», γενομένου δεκτού του πρώτου λόγου προσφυγής. Τα όσα δε ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, όπως και ο αναθέτων

φορέας, περί του μη εκτελεστού χαρακτήρα της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που αναδεικνύεται η ένωση οικονομικών φορέων « .....» ως προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης, υπό την προϋπόθεση της έκδοσης σύμφωνης γνώμης της ως άνω γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα «.....» επανορθωτικών μέτρων, απορρίπτονται ως αβάσιμα, για τον λόγο ότι δια του επίμαχου μέρους της προσβαλλόμενης επέρχεται άμεση μεταβολή στον εξωτερικό νομικό κόσμο, η οποία συνίσταται ακριβώς στην κρίση του αναθέτοντος φορέα σχετικά με την ανάδειξη της ένωσης «.....» ως προσωρινής αναδόχου της δημοπρατούμενης σύμβασης. Το γεγονός δε ότι η δήλωση βούλησης του αναθέτοντος φορέα που εκφράζεται με την προσβαλλόμενη θα παράγει τα έννομα αποτελέσματά της άμα τη πληρώσει της αιρέσεως δεν αρκεί για να αναιρέσει τον εκτελεστό χαρακτήρα αυτής κατά το επίμαχο μέρος, διότι τούτο σε κάθε περίπτωση αφορά στην ισχύ και όχι στην εκτελεστότητά της, η οποία (ισχύς) έχει, ούτως ή άλλως κατά τα ανωτέρω κριθέντα, παρανόμως εξαρτηθεί από αναβλητική αίρεση. Εξάλλου, ως έχει κριθεί, η εκτελεστότητα συμπίπτει κατ'αρχήν με την τυπική ισχύ της πράξης, δηλαδή το χρόνο έκδοσής της, και δεν επηρεάζεται από την πρόβλεψη στην ίδια την πράξη της ουσιαστικής ισχύος της σε μεταγενέστερο χρόνο (ΣΤΕ 1717/1988). Έτσι, στην κριθείσα περίπτωση, ακόμα κι όταν επέλθει η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας επιτροπής και ως εκ τούτου πληρωθούν οι απαιτήσεις του νόμου σχετικά με την διαπίστωση της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων, η εκφρασθείσα δια της προσβαλλόμενης βούληση του αναθέτοντος φορέα για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου είναι που θα αποκτήσει και ουσιαστική ισχύ. Για αυτούς τους λόγους, η προσβαλλόμενη συνιστά κατά το επίμαχο μέρος της εκτελεστή πράξη και ως τέτοια παραδεκτώς προσβάλλεται με την παρούσα.

17. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής θίγεται η προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που με αυτήν εκδηλώνεται, έστω και εμμέσως, η κρίση του αναθέτοντος φορέα σχετικά με μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού σε βάρος της εταιρίας « .....», μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων «.....», και ειδικότερα δεν τίθεται ζήτημα υπαγωγής της στον λόγο αποκλεισμού του

άρθρου 22.Α.4. περ. ζ) λόγω ψευδούς δήλωσής της σχετικά με τη συμμετοχή της σε συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τη μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού σε βάρος της εταιρίας «.....» κατ'αρχήν διαπίστωσε η Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών του αναθέτοντος φορέα με το υπ'αριθ. πρωτ. ....../1.3.2019 έγγραφό της, γνωμοδοτώντας αναφορικά με το από 22.2.2019 υπόμνημα της συνδιαγωνιζόμενης «.....», με το οποίο η τελευταία γνωστοποίησε στην Επιτροπή του Διαγωνισμού ότι η εταιρία «.....» ελέγχεται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για σύναψη συμφωνίας στρέβλωσης του ανταγωνισμού για το έργο κατασκευής του 5<sup>ου</sup> Λυκείου ..... και εν συνεχεία υιοθέτησε τόσο η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά την έκδοση του Πρακτικού .../23.01.2020 όσο και ο αναθέτων φορέας κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης.

18. Επειδή, όπως έχει κριθεί από την νομολογία, τόσο η Οδηγία 2014/24 ΕΕ (σκέψεις 101 και 102 του προοιμίου της) όσο και ο ν. 4412/2016 και οι προαναφερθείσες διατάξεις της επίμαχης διακήρυξης αποσκοπούν να αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας. Η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του οικονομικού φορέα προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με την σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού. Για αυτόν το λόγο, άλλωστε, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η εξουσία να στηριχθεί όχι μόνο σε διαπιστώσεις σχετικά με την συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, αλλά και σε «επαρκώς εύλογες ενδείξεις», οι οποίες οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο εν λόγω φορέας συνήψε τέτοιες συμφωνίες στο παρελθόν. Η ερμηνεία αυτή προκύπτει, άλλωστε, σαφώς και από την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 24.10.2018 επί της υποθέσεως C-124/17, (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke MUnchen GmbH), η οποία, εφ' όσον επέλυσε το ζήτημα του χρονικού σημείου έναρξης της προβλεπόμενης από το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 56 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24 προθεσμίας (χρόνος

εκδόσεως της σχετικής αποφάσεως της αρμόδιας αρχής και όχι χρόνος συντελέσεως της παράβασης), έχει προδήλως δεχθεί, εν όψει του πραγματικού εκείνης της υποθέσεως το λογικώς προαπαιτούμενο, ότι δηλαδή το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επίμαχης διαδικασίας αναθέσεως και ασυνδέτως προς αυτήν.

19. Επειδή, το περιεχόμενο του -κατά τη διακήρυξη υποβλητέου από τους διαγωνιζομένους- Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ρυθμίζεται (άρθρο 79 παρ. 3 ν.4412/2016) από τον εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής (L 3), εκδοθέντα βάσει της εξουσιοδοτήσεως η οποία παρέχεται από το άρθρο 59 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24. Στο έντυπο του ΕΕΕΣ, Μέρος III («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ` («ΛΟΓΟΙ ΠΟΥ ΣΧΕΤΙΖΟΝΤΑΙ ΜΕ ΑΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑ, ΣΥΓΚΡΟΥΣΗ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΩΝ Η ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΟ ΠΑΡΑΠΤΩΜΑ») διατυπώνονται οι σχετικές με την κριθείσα περίπτωση ερωτήσεις ως εξής : Εν πρώτοις τίθεται η ερώτηση «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» και επ' αυτής προσφέρονται μόνον οι απαντήσεις «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ». Περαιτέρω, τίθεται το ερώτημα «Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες» και προσφέρεται προς τούτο χώρος, όπου ο διαγωνιζόμενος συντάσσει την απάντησή του. Για την περίπτωση καταφατικής απάντησης στο προηγούμενο ερώτημα, τίθεται επί πλέον στον διαγωνιζόμενο και το ερώτημα : «Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης;», το οποίο επιδέχεται απάντηση μόνον «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ». Για δε την περίπτωση καταφατικής απάντησης και στο τελευταίο αυτό ερώτημα, τίθεται το ερώτημα «Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν» και κατόπιν αυτού προσφέρεται και πάλι χώρος προς απάντηση, την οποίαν συντάσσει ο διαγωνιζόμενος. Ενόψει των ανωτέρω, όπως έχει κριθεί από την νομολογία, η απάντηση του οικονομικού φορέα στο προδιατυπωμένο ερώτημα που περιέχεται στο έντυπο ΕΕΕΣ «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον,



συγκεκριμένα δε, αν αυτός συνήψε ή όχι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνίες που αποσκοπούσαν στην στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος αυτού η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τα ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019, 237/2019).

20. Επειδή, όπως επίσης έχει κριθεί από την νομολογία, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 4-8 (άρθρο 57 παρ. 4-7 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ), η εκτίμηση σχετικά με την συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα και συνεπώς η εκτίμηση σχετικά με την λήψη των επανορθωτικών μέτρων εκ μέρους του επαφίεται κατά τον νομοθέτη αποκλειστικά και μόνον στην αναθέτουσα αρχή, η οποία έχει την δυνατότητα να προβεί στις σχετικές αξιολογικές κρίσεις για να εκτιμήσει, όχι μόνον εάν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, αλλά και εάν αυτός έχει πράγματι αποκαταστήσει την αξιοπιστία και ακεραιότητά του, παρά την κατ'αρχήν διαπίστωση ότι εμπίπτει στον εξεταζόμενο λόγο αποκλεισμού. Άλλωστε, η εμπέδωση σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του υποψήφιου αναδόχου προϋποθέτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την τυχόν σχετική αξιολόγηση τρίτου, αλλά στηρίζεται σε ίδια αξιολογική κρίση σχετικά με την επικείμενη συμπεριφορά του υποψήφιου αναδόχου (ΔΕΕ C-41/2018, Meca Srl / Comune di Napoli, C-267/2018, Delta/CNAIR, C-395/2018, Tim/Consip Spa, ΕΑ ΣΤΕ 237/2019).

21. Επειδή, εν προκειμένω, η εταιρία «.....», ως μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων «.....», απάντησε στο ερώτημα του υποβληθέντος ΕΕΕΣ εάν «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους

οικονομικούς φορείς με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού;» αρνητικά, ήτοι σημειώνοντας την απάντηση «ΟΧΙ», και ακολούθως, ως αυτονοήτως προκύπτει, δεν εξέθεσε καμία σχετική συμπεριφορά της, ούτε βεβαίως αναφέρθηκε σε τυχόν μέτρα που έλαβε προς απόδειξη της αξιοπιστίας της. Ενόψει τούτου, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η εταιρία « .....» θα έπρεπε να αποκλεισθεί από την διαγωνιστική διαδικασία λόγω απόκρυψης πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγου αποκλεισμού (περίπτωση ζ' του άρθρου 22.Α.4), εκθέτοντας αναλυτικά τα γεγονότα εκείνα που αφορούν σε καταγγελία που έγινε σε βάρος 15 εργοληπτικών επιχειρήσεων, μεταξύ των οποίων και της «.....», για συμμετοχή σε καρτελική συμφωνία, γεγονότα τα οποία, θα μπορούσαν, κατά την κρίση της, να οδηγήσουν τον αναθέτοντα φορέα στην πλήρωση του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης γ) του άρθρου 22.Α.4, ήτοι της συμμετοχής της σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Από την πλευρά της, η παρεμβαίνουσα ένωση υποστηρίζει ότι όλα αυτά τα γεγονότα στα οποία αναφέρεται η προσφεύγουσα δεν συνιστούν επαρκή απόδειξη της συμμετοχής της σε τέτοιου είδους συμφωνίες, γεγονός το οποίο η εταιρία «.....» ουδέποτε ομολόγησε, με συνέπεια η αρνητική απάντησή της στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ να είναι ορθή, απολύτως αληθής και να μην ενέχει απόκρυψη πληροφοριών που θα μπορούσαν να οδηγήσουν στην εξακρίβωση της απουσίας λόγου αποκλεισμού. Για την εξέταση της βασιμότητας του σχετικού λόγου προσφυγής, κρίσιμο είναι να διαγνωσθεί ποιο ή ποια είναι τα στοιχεία εκείνα που πρέπει να διαμορφώνουν την απάντηση του διαγωνιζομένου στο ερώτημα εάν έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Και τούτο διότι για να συντρέχει η περίπτωση της απόκρυψης πληροφοριών που θα μπορούσαν να οδηγήσουν στην εξακρίβωση ή μη του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης γ' του άρθρου 22.Α.4., θα πρέπει κατ'αρχήν να υφίστανται πραγματικά περιστατικά ικανά να θεμελιώσουν εύλογες ενδείξεις ως προς το ότι η συμπεριφορά του διαγωνιζομένου συνιστά συμμετοχή σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Το ζήτημα αυτό έχει επιλύσει η νομολογία

## Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020

κρίνοντας ότι η απάντηση του οικονομικού φορέα στο ερώτημα αυτό αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και όχι σε κρίση περί του αν συντρέχει στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου λόγους αποκλεισμού από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία εξαιτίας αυτού του πραγματικού γεγονότος (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019, 237/2019, 279/2019). Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, κατόπιν ανώνυμης καταγγελίας που υποβλήθηκε στην Επιτροπή Ανταγωνισμού με αντικείμενο τη σύμπραξη εργοληπτικών εταιριών για χειραγώγηση του διαγωνισμού δημοπράτησης του έργου κατασκευής «5ο Λύκειο ..... (Τμ. Α1 και Β)», η Γενική Διεύθυνση ξεκίνησε αυτεπάγγελτη έρευνα, η οποία αφορούσε μεταξύ άλλων και την εταιρία « .....». Μετά την ολοκλήρωση της έρευνας κατατέθηκε η με αριθ. πρωτ. .... /26.03.2018 Εισήγηση, όπου διατυπώνεται η πρόταση : Α) Να διαπιστωθεί η περιγραφείσα παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977, τουλάχιστον, για το χρονικό διάστημα από 1.3.2011 μέχρι 14.3.2011 Β) Να επιβληθεί πρόστιμο στις εμπλεκόμενες δεκατρείς (13) επιχειρήσεις για την παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977, για τη διάρκεια συμμετοχής εκάστης στην παράβαση κατά το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα και Γ) Να απειληθούν οι ανωτέρω επιχειρήσεις με πρόστιμο και χρηματική ποινή, αν με απόφαση της Επιτροπής η συνέχιση ή η επανάληψη των διαπιστωθεισών παραβάσεων. Μετά την κοινοποίηση με σχετικό Δελτίου Τύπου της εισήγησης την 12η Απριλίου 2018 και τον ορισμό ημερομηνίας συζήτησης την 7.6.2018, οι εταιρίες ....., ....., ....., ....., ....., και ..... εκδήλωσαν εγγράφως το ενδιαφέρον τους και στη συνέχεια κατέθεσαν σχετικό αίτημα για διευθέτηση της διαφοράς σύμφωνα με το άρθρο 25Α του ν. 3959/2011 και όσα προβλέπονται στην παρ. 30 της απόφασης 628/2016 της ΕΑ με θέμα: «Όροι, προϋποθέσεις και διαδικασία για τη διευθέτηση διαφορών σε υποθέσεις οριζοντίων συμπράξεων κατά παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 ή/και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ» ενώ η εταιρία «.....» απεύθυνε την από 12.04.2018 εξώδικη δήλωση προς την Επιτροπή Ανταγωνισμού, αρνούμενη τη συμμετοχή της στη διάπραξη οποιασδήποτε σχετικής παράβασης. Κατόπιν τούτων, με την υπ'αριθ. 674/2018 απόφαση επεβλήθη πρόστιμο για καρτελική

## Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020

συμπεριφορά στις παραπάνω πέντε (5) εταιρείες όπως και σύσταση για υποχρέωση παράλειψης στο μέλλον τέτοιας συμπεριφοράς. Τέλος, όπως βεβαιώνεται με το υπ' αριθ. πρωτ. ....../ 10.03.2020 έγγραφο της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σχετικά με την υπόθεση που αφορά στην «αυτεπάγγελτη έρευνα για τον διαγωνισμό κατασκευής του έργου «5<sup>ο</sup> Λύκειο ..... (Τμ. Α1 και Β)» για πιθανή παράβαση των διατάξεων του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ, για τις εταιρίες που έμειναν εκτός της διαδικασίας διευθέτησης, μεταξύ των οποίων και η εταιρία «.....», η υπόθεση εκκρεμεί ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Επομένως, από τα παραπάνω πραγματικά περιστατικά συνάγονται με σαφήνεια τα εξής συμπεράσματα : α) η εταιρία «.....» ουδέποτε ομολόγησε ενώπιον του αρμόδιου οργάνου της Επιτροπής Ανταγωνισμού και στο πλαίσιο της κινηθείσας σχετικώς διαδικασίας, τη συμμετοχή της σε συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού, και ως εκ τούτου ουδέποτε εκδήλωσε το ενδιαφέρον της για διευθέτησης της διαφοράς της κατ'άρθρο 25 Α του ν. 3959/2011, β) στην υπ' αριθ. 674/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν περιέχεται κανενός είδους κρίση περί του εάν πράγματι η εταιρία «.....» συμμετείχε σε τέτοιου είδους καρτελική συμπεριφορά, και επίσης με την ως άνω απόφαση δεν επιβάλλεται κανενός είδους πρόστιμο σε βάρος της συγκεκριμένης εταιρίας για τέτοιου είδους παραβάσεις, γ) με βάση τα στοιχεία του φακέλου έως το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης και εξέτασης της παρούσας δεν προκύπτει ότι έχει επιβληθεί κανενός είδους πρόστιμο ή άλλη κύρωση σε βάρος της εταιρίας «.....» λόγω συμμετοχής της σε συμφωνία στρέβλωσης του ανταγωνισμού εξ'αφορμής της υπόθεσης που ήχθη ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή από άλλη αιτία και δ) αναφορικά με τις εταιρίες για τις οποίες δεν έχουν επιβληθεί σχετικές κυρώσεις, μεταξύ των οποίων και για την εταιρία «.....» εκκρεμεί η υπόθεση ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, στην κριθείσα περίπτωση, δεδομένου ότι ουδέποτε υπήρξε ομολογία ή άλλου είδους παραδοχή της εταιρίας «.....» σε σχέση με την συμμετοχή της σε συμφωνία με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού αλλά και ότι ουδέποτε η τελευταία

αναμίχθηκε σε διαδικασία διευθέτησης της διαφοράς ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, το οποίο θα συνιστούσε έμμεση ομολογία της συμμετοχής της σε καρτελικές συμφωνίες, η αρνητική της απάντηση στο ερώτημα εάν έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού δεν είναι ψευδής, ούτε μπορεί να ερμηνευθεί ότι συνιστά απόκρυψη των πληροφοριών εκείνων που απαιτούνται για την εξακρίβωση της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης ζ' του άρθρου 22.Α.4 της διακήρυξης (άρθρο 73 παρ. 4 εδ. ζ του ν. 4412/2016). Και ναι μεν, όπως έχει κριθεί από την νομολογία, κατά την έννοια του σχετικού ερωτήματος του ΕΕΕΣ, ως συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, τις οποίες οφείλουν οι διαγωνιζόμενοι να δηλώνουν, δεν νοούνται μόνον οι χαρακτηρισμένες ως τέτοιες με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αλλά το εν λόγω ερώτημα αφορά σε δήλωση κάθε πραγματικού γεγονότος σύναψης των εν λόγω συμφωνιών, ανεξαρτήτως της εκτίμησης του διαγωνιζόμενου εάν τα δηλούμενα συνιστούν κατά νόμο λόγο αποκλεισμού ή λόγο άρσης του αποκλεισμού, όμως εν προκειμένω απουσιάζει εξ'αρχής οιαδήποτε δήλωση ή ομολογία της « .....» σχετικά με την ύπαρξη τέτοιου είδους συμφωνίας. Μόνον δε η ύπαρξη σχετικής καταγγελίας ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού και η αρνητική εισήγηση σε βάρος της, χωρίς την επιβολή οποιασδήποτε κύρωσης σε βάρος της « .....» εξ'αυτής της αιτίας και χωρίς την σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας, έστω και έμμεση, ομολογία της « .....» για την συμμετοχή της σε καρτελικές συμφωνίες, δεν επαρκούν για τη θεμελίωση του πραγματικού γεγονότος που κατά νόμο απαιτείται να δηλώσει η διαγωνιζόμενη απαντώντας στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ, ώστε η αρνητική της απάντηση να πληροί τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4. περίπτωση ζ). Ως εκ τούτου, εκ των ανωτέρω στοιχείων δεν συνάγονται ούτε επαρκείς ενδείξεις ως προς την ύπαρξη τέτοιου είδους συμφωνίας, ώστε το μέλος της ένωσης « .....» να όφειλε να απαντήσει θετικά στο σχετικό ερώτημα, εκθέτοντας περαιτέρω τα στοιχεία που τις θεμελιώνουν. Άλλωστε, και ο αναθέτων φορέας, έχοντας πλήρη γνώση όλων των παραπάνω πραγματικών περιστατικών κατά το χρόνο έκδοσης της παρούσας, δεν διαπίστωσε την συνδρομή σχετικού λόγου

## **Αριθμός Απόφασης: 479 / 2020**

αποκλεισμού. Τούτων δοθέντων, απορρίπτεται ως αβάσιμος ο δεύτερος λόγος προσφυγής ενώ γίνονται δεκτοί οι οικείοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και του αναθέτοντος φορέα.

22. Επειδή, ως εκ τούτου, η υπόψη Προσφυγή γίνεται εν μέρει δεκτή και αντιστοίχως εν μέρει δεκτή και η ασκηθείσα Παρέμβαση.

23. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, επιστρέφονται : α) το παράβολο που κατέθεσε το μέλος της ένωσης « .....», ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., ποσού 7.500,00 ευρώ και β) το παράβολο που κατέθεσε το μέλος της ένωσης « .....», ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., ποσού 7.500,00 ευρώ.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το μέρος που αναδεικνύεται προσωρινή ανάδοχος η ένωση οικονομικών φορέων « .....» υπό την προϋπόθεση της έκδοσης σύμφωνης γνώμης της γνωμοδοτικής επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 επί της επάρκειας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα « .....» επανορθωτικών μέτρων.

Ορίζει την επιστροφή : α) του παραβόλου που κατέθεσε το μέλος της ένωσης « .....», ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., ποσού 7.500,00 ευρώ και β) του παραβόλου που κατέθεσε το μέλος της ένωσης « .....», ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., ποσού 7.500,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 9 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στις 27 Απριλίου 2020.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Μαρία-Ελένη Σιδέρη**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Αργυρώ Τσουλούφα**

**α/α**

**Τζέιμου Γιάννακα**