

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Μαΐου 2020, με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.04.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 424/10.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «», η οποία εδρεύει στο, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του, που εδρεύει στον, οδός και, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «» και με τον διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στο, οδός, αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της α) αρνητικής σύμφωνης γνώμης υπ' αριθμ. της Γνωμοδοτικής Επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους του άρθρου 73 παρ.8-9 του Ν. 4412/2016, η οποία τάχθηκε κατά της επάρκειας των αποκαταστατικών μέτρων της προσφεύγουσας με την έννοια του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 (εφεξής «πρώτη προσβαλλόμενη») β) υπ' αριθ. 48/2020 απόφασης (συνεδρίαση 9/18.3.2020) της Οικονομικής Επιτροπής του, (εφεξής «δεύτερη προσβαλλόμενη»), με την οποία γίνεται δεκτή η ανωτέρω αρνητική σύμφωνη γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής, απορρίπτεται η επάρκεια των αποκαταστατικών μέτρων της προσφεύγουσας, επαναλαμβάνεται η έγκριση αξιολόγησης του α' σταδίου του διαγωνισμού και αποκλείεται η προσφεύγουσα από το διαγωνισμό και κατακυρώνεται το

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

αποτέλεσμα στην εταιρεία «». γ) κατακύρωσης στην εταιρεία «» που έγινε με την απόφαση 48/2020 (συνεδρίαση 9/18.3.2020) της Οικονομικής Επιτροπής του, αναφορικά με την υπ' αριθ. Διακήρυξη για την «Προμήθεια τροφίμων και προμήθεια γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό του για τα έτη 2020 & 2021». Ετέρωθεν, η παρεμβαίνουσα αιτείται όπως απορριφθεί η υπό κρίση Προσφυγή, επί σκοπώ διατήρησης της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 635,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό (.....), το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του τμήματος της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α., που αφορά η παρούσα, ήτοι το Τμήμα Α', «Γάλα για το εργατοτεχνικό προσωπικό του», αξίας 126.904,80 ευρώ προ Φ.Π.Α.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. Διακήρυξη του προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, άνω των ορίων διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για την «Προμήθεια τροφίμων και προμήθεια γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό του για τα έτη 2020 & 2021», συνολικού προϋπολογισμού 710.343,85€ προ Φ.Π.Α. και κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ή το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό, στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά τιμή λιανικής πώλησης, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 25.06.2019 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.),

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α Η προκηρυχθείσα προμήθεια υποδιαιρείτο σε 19 Τμήματα – Ομάδες, και προσφορές μπορούσαν να υποβληθούν για μία, περισσότερες ή και όλες τις ομάδες, ενώ για την τμήμα Λ', «Γάλα για το εργατοτεχνικό προσωπικό του» αξίας 126.904,80 ευρώ προ Φ.Π.Α. υπέβαλαν προσφορά τόσο η προσφεύγουσα όσο και η παρεμβαίνουσα εταιρεία. Μετά την υποβολή των προσφορών, την αποσφράγισή τους και τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, ο, με την 108/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του (Απόσπασμα Πρακτικού της 35ης/ 16.10.2019 Συνεδρίασής της) αποφάσισε την έγκριση των Πρακτικών με αριθμό α) 1/30.09.2019 περί Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικών Προσφορών και 2/07.10.2019 περί Αποσφράγισης Οικονομικών Προσφορών καθώς και Ανάδειξης Προσωρινού Μειοδότη του επίμαχου διαγωνισμού και, σε σχέση με την ομάδα Λ' της προκηρυχθείσας προμήθειας, με την ονομασία «Γάλα για το εργατοτεχνικό προσωπικό του,» απέρριψε την προσφορά του οικονομικού φορέα «,» ενώ έκανε δεκτές τις προσφορές της προσφεύγουσας, «,» και της παρεμβαίνουσας εταιρείας, «,» και ανακήρυξε την προσφεύγουσα προσωρινή ανάδοχο της επίμαχης ομάδας. Κατά της απόφασης αυτής, κατά το μέρος που η αναθέτουσα αρχή δεν απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας και δεν απέκλεισε αυτή από την Ομάδα Λ' της Διακήρυξης, άσκησε προδικαστική προσφυγή η εταιρεία «,» η οποία έγινε δεκτή με την απόφαση 1476/2019 της Α.Ε.Π.Π., διότι κρίθηκε ότι από το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρείας «,» στο οποίο δήλωσε καταλογισμό παράβασης και προστίμου 11.328,38€ με την απόφαση 668/2018 της Επιτροπής Ανταγωνισμού για οριζόντια σύμπραξη, προκύπτουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι η εταιρεία αυτή συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς, με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, και ότι η αναθέτουσα αρχή ώφειλε, κατά το στάδιο ελέγχου του Ε.Ε.Ε.Σ., να αποφανθεί νομίμως αιτιολογημένα είτε ότι παρά τη σχετική δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο της είτε ότι τα μέτρα που αυτή έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία της. Ο με την υπ' αριθμ. 1/8.1.2020 απόφαση της

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

Οικονομικής Επιτροπής και σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση 1476/2019 της Α.Ε.Π.Π. ανεκάλεσε την ανωτέρω απόφαση 108/2019 κατά το σκεπτικό της απόφασης και ακολούθως η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων Διαγωνισμού προχώρησε σε ουσιαστικό έλεγχο και αξιολόγηση της επάρκειας των αποκαταστατικών μέτρων που είχε λάβει η εταιρεία «» («μέτρα αυτοκάθαρσης») καθώς και σε ουσιαστική αξιολόγηση της φερεγγυότητας και αξιοπιστίας της και α) ζήτησε με το υπ' αριθμ./10.1.2020 έγγραφο του Αντιδημάρχου Οικονομικών Υπηρεσιών τις απόψεις της για τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε, και β) ζήτησε με την υπ' αριθμ. 8/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, κατ' έγκριση του υπ' αριθμ. 3/24.1.2020 Πρακτικού, τη διατύπωση γνωμοδότησης της Επιτροπής που προβλέπεται στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας της. Επ' αυτών, διατυπώθηκε η υπ' αριθμ. γνωμοδότηση της ανωτέρω Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.8-9 του ν. 4412/2016, η οποία τάχθηκε κατά της επάρκειας των αποκαταστατικών μέτρων της εταιρείας «» με βάση το άρθρο 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016. Με την απόφαση 48/2020 (συνεδρίαση 9/18.3.2020) της Οικονομικής Επιτροπής του, αποφασίστηκε η απόρριψη των αποκαταστατικών μέτρων της εταιρείας «», η επανάληψη έγκρισης αξιολόγησης του α' σταδίου του διαγωνισμού, ο αποκλεισμός της υπόψη εταιρείας και ήδη προσφεύγουσας και η κατακύρωση του αποτελέσματος για το εν λόγω τμήμα στην εταιρεία «».

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, ανήκουσας στους Φορείς της Γενικής Κυβέρνησης και συγκεκριμένα στον υποτομέα Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α' Βαθμού, της ανωτέρω αναφερόμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του υπό κρίση διαγωνισμού (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (21.06.2019) της προκήρυξης προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα στις 31.03.2020 και η υπό κρίση Προσφυγή ασκήθηκε στις 09.04.2020.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα με πρόδηλο έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή της, αφού συμμετείχε στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλοντας την προσφορά της, η οποία και κατά τα ανωτέρω (υπό σκέψη 2 της παρούσας) απορρίφθηκε ως μη αποδεκτή, ενώ κατακυρώθηκε το τμήμα Λ' του υπό εξέταση διαγωνισμού στην εταιρεία «» παρανόμως, ως ισχυρίζεται, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προσφυγή της. Ετέρωθεν, εν γένει παραδεκώς και με πρόδηλο έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, «», δοθέντος ότι συμμετείχε στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία και με την προσβαλλόμενη ανεδείχθη ως προσωρινή ανάδοχος και συνεπώς παραδεκώς αιτείται όπως διατηρηθεί η απόφαση αυτή, ενώ η Παρέμβασή της αυτή ασκείται εμπροθέσμως, αφού η υπό κρίση Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13.04.2020 και η Παρέμβασή της ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 23.04.2020, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας, κατά τις προρρηθείσες διατάξεις. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή και η ασκηθείσα επ' αυτής Παρέμβαση, είναι τυπικά παραδεκτές και θα πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε το με αριθ. πρωτ./15.04.2020 έγγραφο απόψεών της, με το οποίο αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασής της, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα σε αυτό. Τέλος, παραδεκώς η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 11.05.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το Υπόμνημά της, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν.

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄ 52) περ. 42, ήτοι προ πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της παρούσας (19.05.2020), αιτούμενη ό,τι και στην Προσφυγή της.

5. Επειδή, με τον πρώτο λόγο Προσφυγής της, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι υφίσταται παράβαση των άρθρων 14 παρ. 2, 13 και 15 παρ. 1, 4 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, διότι δεν έγινε συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής, αφού αυτής παρανόμως πραγματοποιήθηκε δια περιφοράς, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

6. Επειδή, στο άρθρο 10 παρ. 1 της από 11.03.2020 Πράξεως Νομοθετικού Περιεχομένου «*Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης των αρνητικών συνεπειών της εμφάνισης του κορωνοϊού COVID-19 και της ανάγκης περιορισμού της διάδοσής του*» (ΦΕΚ Α΄ 55) ορίζεται ότι «*Κατά το διάστημα λήψης των μέτρων αποφυγής της διάδοσης του κορωνοϊού COVID-19, η λήψη των αποφάσεων των πάσης φύσεως συλλογικών οργάνων των ΟΤΑ α΄ και β΄ βαθμού και των διοικητικών συμβουλίων των εποπτευόμενων νομικών τους προσώπων μπορεί να λαμβάνει χώρα είτε διά περιφοράς κατά τις προβλέψεις της παρ. 5 του άρθρου 67 και της παρ. 1 του άρθρου 167 του ν. 3852/2010 (Α΄87), είτε διά τηλεδιάσκεψης με κάθε πρόσφορο τηλεπικοινωνιακό μέσο. Στην περίπτωση της δια ζώσης σύγκλησης των συμβουλίων, οι συνεδριάσεις πραγματοποιούνται κεκλεισμένων των θυρών*». Συνεπώς, από την ανωτέρω διάταξη προκύπτει ότι υφίσταται δυνατότητα σε περιπτώσεις οργάνων ΟΤΑ α΄ βαθμού, ως εν προκειμένω, να λαμβάνονται αποφάσεις δια περιφοράς, χωρίς να τίθεται άλλη προϋπόθεση, δυνατότητα που ούτως ή άλλως προβλέπεται στο άρθρο 67 παρ. 5 του Ν. 3852/2010, όπως ισχύει. Στην προσβαλλόμενη απόφαση, αναγράφεται ότι «*Στον, σήμερα Τετάρτη 18 Μαρτίου 2020 και ώρα 13:00, στην αίθουσα συνεδριάσεων, που βρίσκεται στο,, όροφος, γραφείο, συνήλθε σε τακτική διά περιφοράς συνεδρίαση η Οικονομική Επιτροπή, σύμφωνα με το αρ.10 παρ.1 της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου ΦΕΚ 55/11-3- 2010, ύστερα από την με αρ. πρωτ./13.03.2020, πρόσκληση του Προέδρου της, που νόμιμα επιδόθηκε στις 13.03.2020, με την εξής σύνθεση: ...*». Ως εκ τούτου, νομίμως στην προκείμενη περίπτωση έτυχε

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

εφαρμογής η δυνατότητα δια περιφοράς λήψης απόφασης, αφού ρητώς ορίστηκε εκ της ανωτέρω διάταξης ο τρόπος αυτός ως επιτρεπόμενος τρόπος λήψης αποφάσεων κατά τη διάρκεια ισχύος των μέτρων αποφυγής διάδοσης του κορωνοϊού στις περιπτώσεις των οργάνων ΟΤΑ α΄ βαθμού, ως εν προκειμένω και ελήφθη η δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του στις 18.03.2020, ήτοι μετά την έκδοση της προαναφερόμενης ΠΝΠ. Εξάλλου και σε κάθε περίπτωση, αλυσιτελώς προβάλλεται ως λόγος ακυρότητας της προσβαλλόμενης απόφασης η ισχυριζόμενη παρά τω Νόμω συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής, καθόσον, αφού δεν προκύπτει ζημία για την προσφεύγουσα εκ του τρόπου λήψης της απόφασης αυτής, παρέλκει ως αλυσιτελής η έρευνα τυπικών λόγων, όπως ο προκείμενος αναφορικά με την τήρηση των τύπων που έχουν ταχθεί από το νόμο για την έκδοσή της, αφού το αρμόδιο διοικητικό όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη από την προσφεύγουσα παραβίαση του τύπου της διαδικασίας, θα όφειλε κατά νόμο να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο (ΕΑ ΣΤΕ 311/2012, ΣΤΕ 671/2011, ΣΤΕ 1169/2010, ΣΤΕ Ολομ. 2916/2007, ΔΕΦΑΘ 300/2012). Μετά ταύτα, ο πρώτος λόγος της Προσφυγής, τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

7. Επειδή, με το δεύτερο λόγο Προσφυγής της, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι υφίσταται παράβαση των αρχών της μυστικότητας, της διαφάνειας και ανταγωνιστικότητας του διαγωνισμού, η οποία καθιστά υποχρεωτική τη ματαίωση του, δοθέντος ότι μετά την έκδοση της απόφασης 1476/2019 της Α.Ε.Π.Π., η αναθέτουσα ανέκαλεσε την απόφαση 108/2019 της Οικονομικής Επιτροπής για την έγκριση του πρακτικού υπ' αριθμ. 1/30.09.2019 Πρακτικού Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικών Προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και του υπ' αριθμ. 2/07.10.2019 Πρακτικού Αποσφράγισης Οικονομικών Προσφορών και Ανάδειξης Προσωρινού Μειοδότη και αποφάσισε να προβεί σε ουσιαστικό έλεγχο και αξιολόγηση της επάρκειας των αποκαταστατικών μέτρων που είχε λάβει η προσφεύγουσα («μέτρα αυτοκάθαρσης»), ζητώντας τη διατύπωση γνωμοδότησης της Επιτροπής που προβλέπεται στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Οι κρίσεις, όμως, της γνωμοδότησης υπ' αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

της ανωτέρω Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.8-9 του ν. 4412/2016, την οποία υιοθέτησε ως αιτιολογία η προσβαλλόμενη πράξη αποτελούν κρίσεις ουσίας και όχι κρίσεις νομιμότητας, αφού δε, έχει γίνει η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης που εισηγήθηκε την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης 48/2020 της Οικονομικής Επιτροπής γνωρίζει πλέον κατά την επανάληψη της αξιολόγησης του 1^{ου} σταδίου ποιος θα αναδειχθεί μειοδότης ανάλογα με την θετική ή όχι εισήγησή της επί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης, επαναξιολόγηση που ωστόσο απαγορεύεται όταν οι οικονομικές προσφορές έχουν αποσφραγισθεί.

8. Επειδή, το άρθρο 73 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «[...] 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] γ) εάν, 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. 6. [...] Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, 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

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. 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. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή [...] 10. [...]».

9. Επειδή, στον όρο 2.2.3.4. της οικείας Διακήρυξης ορίζεται ότι «(α) αποκλείεται από την συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] (γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας σύνηψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού [...]», στον όρο 2.2.3.6. ότι «(Ο) προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά την διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις [...]», στον όρο 2.2.3.8. ότι «Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 [...] 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 [...].»

10. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και τις εννοιολογικά ταυτόσημες με αυτές διατάξεις της Διακήρυξης, προκύπτει ότι σύμφωνα με την περίπτωση γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει από τη συμμετοχή οικονομικό φορέα – και στην προκείμενη περίπτωση υποχρεούται να πράξει τούτο, εφόσον συμπεριέλαβε στους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού της διακήρυξης, τις περιπτώσεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 - εάν υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Στην υπό εξέταση περίπτωση με την υπ' αριθ. 1476/2019 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. κρίθηκε ότι από το ΕΕΕΣ της εταιρείας «» προκύπτουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι η προσφεύγουσα εταιρεία σύνηψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού (βλ. σκέψη 2 της παρούσας). Συνεπώς, στην προκείμενη περίπτωση νομιμώς η αναθέτουσα αρχή και σε συμμόρφωση με την ως άνω απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και τα ρητώς οριζόμενα στο Νόμο και τη Διακήρυξη ζήτησε από την Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 τη διατύπωση γνώμης αναφορικά με την επάρκεια ή μη των αποκαταστατικών μέτρων της επαγγελματικής αξιοπιστίας της προσφεύγουσας λόγω ύπαρξης ευλόγων ενδείξεων που οδηγούν στο

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

συμπέρασμα ότι σύνηψε συμφωνία με άλλον οικονομικό φορέα με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού και μετά τη λήψη υπόψη της γνώμης αυτής νομίμως επανήλθε στο στάδιο που κατά την ΑΕΠΠ 1476/2019 εμφίλοχώρησε η διαπιστωθείσα παρανομία, ήτοι στο στάδιο ελέγχου του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας. Στο στάδιο δε, αυτό, ήτοι κατά τον έλεγχο του ΕΕΕΣ, η αναθέτουσα αρχή, δεν αξιολογεί την τεχνική προσφορά, αλλά κρίνει τη συμμόρφωση του διαγωνιζομένου με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής, συμμόρφωση η οποία αποδεικνύεται προκαταρκτικά αποκλειστικά με το ΕΕΕΣ (άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016), δηλαδή ο σχετικός έλεγχος αφορά την πλήρωση στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου των κριτηρίων μη αποκλεισμού του, καθώς και των κριτηρίων επιλογής και ουχί την την προσφορά του. Ως εκ τούτου, αβασίμως η προσφεύγουσα επικαλείται με τον λόγο αυτό της Προσφυγής της το νομολογιακό κανόνα περί μη επιτρεπτής αξιολόγησης των προσφορών μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών (Σ.Τ.Ε. ΕΑ 374/2007, 162/2007, Σ.Τ.Ε. 2283/2006, Σ.Τ.Ε. ΕΑ 852/2005, 226/2004, 613/2004), αφού αυτός αφορά αποκλειστικά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών, περίπτωση που δε συντρέχει εν προκειμένω, αφού ο κανόνας της απαγόρευσης επαναξιολόγησης των προσφορών με γνωστά τα στοιχεία των οικονομικών προσφορών και η υποχρέωση ματαίωσης του διαγωνισμού δεν καταλαμβάνει τον τυχόν επανέλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ως εν προκειμένω. Εξάλλου, ο νομολογιακός αυτός κανόνας τυγχάνει εφαρμογής μόνον σε διαγωνισμούς με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά από πλευράς βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, όπου λαμβάνει χώρα αξιολόγηση - βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών και επομένως τίθεται ζήτημα αντικειμενικότητας και αμεροληψίας των οργάνων που διενεργούν την αξιολόγηση και όχι όπου κριτήριο ανάθεσης είναι αυτό της χαμηλότερης τιμής και δεν παρεμβάλλεται στάδιο βαθμολόγησης των προσφορών, όπως στην υπό εξέταση περίπτωση. Με βάση τα ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι η αναθέτουσα αρχή, ακριβώς σύμφωνα με τα κριθέντα στην υπ' αριθ. 1476/2019 της Α.Ε.Π.Π. και με τους όρους της Διακήρυξης, επανέλαβε το στάδιο ελέγχου του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας – το στάδιο δηλαδή ελέγχου συνδρομής ή μη στο πρόσωπό της των λόγων αποκλεισμού της από τον

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

διαγωνισμό - και σε ουδεμία αξιολόγηση της προσφοράς της προέβη. Επομένως, ουδεμία αξιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας έλαβε χώρα με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις, ώστε να αμφισβητείται η τήρηση της διαφάνειας και της αμεροληψίας των οργάνων της αναθέτουσας αρχής ή της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 ή να καθίσταται υποχρεωτική η ματαίωση του διαγωνισμού και κατ' ακολουθίαν ο υπόψη λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

11. Επειδή, με τον τρίτο λόγο Προσφυγής της, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι υφίσταται παράβαση του άρθρου 2.2.3. της Διακήρυξης, αφού είναι εσφαλμένη η υπαγωγή της με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις στην περ. του όρου 2.2.4.3. περ. γ της Διακήρυξης, καθώς θα έπρεπε η αναθέτουσα αρχή κατ' ορθή υπαγωγή να προβεί σε ορθό χαρακτηρισμό της παράβασης της προσφεύγουσας, ήτοι να δεχθεί ότι η δήλωση του ΕΕΕΣ υπάγεται στην περίπτωση επαγγελματικού παραπτώματος της περίπτωσης του όρου 2.2.4.3. περ. θ' της Διακήρυξης και να διαπιστώσει εν συνεχεία ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού κατ' εφαρμογή του όρου αυτού.

12. Επειδή, το άρθρο 367 «*Διαδικασία λήψης απόφασης - συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ*» του Ν. 4412/2016 ορίζει «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της [...] 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου».

13. Επειδή, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, η κατ' άρθρο 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 υποχρέωση συμμόρφωσης δεν σημαίνει απλώς ότι οι αναθέτουσες αρχές πρέπει, μόνον, να εκτελούν το ακυρωτικό διατακτικό

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και να αποκαθιστούν τη νομιμότητα, σύμφωνα με αυτό, αλλά, πέραν τούτου, είναι υποχρεωμένες να προβαίνουν σε περαιτέρω ενέργειες μετά την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και λαμβάνοντας υπόψη το εν λόγω διατακτικό να απέχουν από κάθε ενέργεια που θα βρισκόταν σε αντίθεση, δηλαδή θα αναιρούσε εν τοις πράγμασι το διατακτικό αυτό (βλ. Δ. Γ. Ράικος, Ε. Γ. Βλάχου, Ε. Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, ερμηνεία κατ' άρθρο, εκδ. Σάκκουλα, σελ. 1235). Εν επί λόγο, η κατ' άρθρο 367 παρ. 3 υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής προς την απόφαση της Α.Ε.Π.Π. επάγεται τυπική, αλλά και ουσιαστική - εν τοις πράγμασι – συμμόρφωση αυτής. Στην υπό κρίση περίπτωση, τόσο από το διατακτικό της υπ' αριθ. 1476/2019 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. όσο και από το αιτιολογικό αυτής, προκύπτει ότι με αυτήν κρίθηκε ότι η παράβαση της προσφεύγουσας που διαπιστώθηκε με την υπ' αριθ. 668/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (συμφωνία της παρεμβαίνουσας με τη), στοιχειοθετεί τον λόγο αποκλεισμού της περ. γ' του άρθρου 2.2.3.4 της Διακήρυξης του εξεταζόμενου διαγωνισμού, χωρίς η απόφαση αυτή της Α.Ε.Π.Π. να προκύπτει ότι έχει προσβληθεί κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 372 του Ν. 4412/2016, ούτε άλλως ανασταλεί ή ακυρωθεί. Κατά συνέπεια, ο λόγος αυτός της Προσφυγής, με τον οποίο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της πράξης με την οποία η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε κατ' άρθρο 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 με την ακυρωτική απόφαση της Α.Ε.Π.Π., τυχάνει απορριπτέος ως απαράδεκτος, σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω.

14. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο Προσφυγής της, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι είναι παράνομος ο αποκλεισμός της κατά παράβαση των άρθρων 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011, ως είχε τροποποιηθεί με το άρθρο 106 του ν. 4389/2016 και 73 παρ. 7 και 10 του Ν. 4412/2016, διότι δεν έκρινε αιτιολογημένα εάν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της και ακολούθως, και σε θετική περίπτωση, να κρίνει εάν τα αποκαταστατικά μέτρα που έλαβε η προσφεύγουσα ήταν επαρκή. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή πριν εκφέρει αιτιολογημένη εισήγηση ότι πράγματι εμπίπτει η προσφεύγουσα σε κατάσταση του άρθρου 73 παρ. 4 και ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

της, την κάλεσε όπως εκθέσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης και ότι με τις προσβαλλόμενες αλλά και τις ενδιάμεσες αυτών αποφάσεις η αναθέτουσα θεώρησε ότι η επιβολή προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού μετά από διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011 και η ολοσχερής εξόφληση του προστίμου συνιστά οπωσδήποτε λόγο αποκλεισμού της από την συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης κατά το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ του Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι μξη νομίμως η αναθέτουσα υπολαμβάνει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας έχει το βάρος να ανατρέψει το τεκμήριο συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του, ενώ προχώρησε αυτή χωρίς άλλη αιτιολογία στο επόμενο στάδιο κρίσης, ζητώντας (απόφαση 8/2020 Οικονομικής Επιτροπής) γνωμοδότηση από την Γνωμοδοτική Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8- 9 του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, το άρθρο 73 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «[...] 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] γ) εάν, 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. 6. [...]». Περαιτέρω, το άρθρο 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011 (ΦΕΚ Α΄ 93), όπως αυτό ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας, όριζε ότι «[...] Εάν στις περιπτώσεις των άρθρων 25 και 25α ο παραβάτης αναγνωρίσει ενώπιον της αρμόδιας αρχής την ευθύνη του και εξοφληθεί ολοσχερώς το πρόστιμο που επιβλήθηκε ή, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25, λάβει χώρα απαλλαγή από αυτό, εξαλείφεται το αξιόποιο των σχετικών εγκλημάτων που στοιχειοθετούνται με την ίδια παράβαση και επέρχεται πλήρης απαλλαγή από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις. [...]».

16. Επειδή, από τις προρρηθείσες διατάξεις προκύπτει ότι προϋπόθεση συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016 είναι η διαπίστωση ύπαρξης συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Ο λόγος αυτός αποκλεισμού, δυνητικός κατ' αρχάς, υπό την

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

έννοια ότι η επιλογή του απόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλήφθηκε στη Διακήρυξη του εξεταζόμενου διαγωνισμού, κατά τα προαναφερόμενα και ως εκ τούτου κατέστη υποχρεωτικός, η δε, αναθέτουσα αρχή αφ' ης στιγμής συμπεριέλαβε αυτόν στους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, υποχρεούται όπως εξετάζει τη συνδρομή ή μη αυτού κατά δεσμία αρμοδιότητα. Με τη δήλωση του υπόψη λόγου αποκλεισμού στο ΕΕΕΣ, τεκμαίρεται ότι ο δηλών, αντί να δηλώνει στο ΕΕΕΣ ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού, δηλώνει ότι κατ' αρχήν συντρέχει τέτοιος λόγος αλλά παραλλήλως δηλώνει τα μέτρα που έλαβε προκειμένου να αρθεί ο λόγος αποκλεισμού. Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή κινεί τη σχετική προβλεπόμενη διαδικασία του άρθρου 73 παρ. 7 και 8 του Ν. 4412/2016 προς άρση του λόγου αυτού αποκλεισμού. Ως εκ τούτου, αφ' ης στιγμής δηλώνεται στο ΕΕΕΣ από τον ίδιο τον διαγωνιζόμενο ότι συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού, η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής περιορίζεται στην εκτίμηση των επανορθωτικών μέτρων και εάν αυτά είναι επαρκή, ώστε να αρθεί ο λόγος αποκλεισμού κατά τα ανωτέρω. Τα ανωτέρω σαφώς συνάγονται από τη σαφή διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων, αφού ο λόγος αποκλεισμού συντρέχει και αίρεται μόνον εάν διαπιστωθεί η επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης (διαλυτική αίρεση) και όχι το αντίστροφο. Κατ' ακολουθίαν, στην υπό κρίση υπόθεση, η αναθέτουσα αρχή νομίμως έκρινε ότι τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού της και προχώρησε τη διαδικασία του άρθρου 73 παρ. 7 και 8 του Ν. 4412/2016, αφού ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού συντρέχει και έχει αρμοδίως διαπιστωθεί από το αρμόδιο - προς τούτο - όργανο, την Επιτροπή Ανταγωνισμού και έχει επιβληθεί το σχετικό πρόστιμο, από την έκδοση δε, εξάλλου, της σχετικής απόφασης εκκινεί και η έναρξη της περιόδου αποκλεισμού του εν λόγω οικονομικού φορέα από τις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες (Απόφαση ΔΕΕ της 24ης Οκτωβρίου 2018, στην υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκ. 41). Περαιτέρω, η συνδρομή του υπόψη λόγου αποκλεισμού δε δύναται να αμφισβητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, της οποίας ο ρόλος ανάγεται στην εκτίμηση επάρκειας ή μη των μέτρων αυτοκάθαρσης. Επομένως, νομίμως η αναθέτουσα αρχή μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 1476/2019 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. θεώρησε ότι ο

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

λόγος αυτός αποκλεισμού συντρέχει στο πρόσωπο της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα όσα δήλωσε στο υποβληθέν ΕΕΕΣ και εκκίνησε τη διαδικασία του άρθρου 73 παρ. 7-9 του Ν. 4412/2016. Ομοίως, αβάσιμος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση του άρθρου 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011, αφού ο λόγος αποκλεισμού της, όπως προβλέπεται στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, δε συνιστά εννοιολογικά διοικητική κύρωση, αλλά κατάσταση στην οποία τελεί ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και η οποία δεν του επιτρέπει την ανάληψη δημόσιας σύμβασης, συνιστώντας εκ του Νόμου σχετικό κώλυμα. Άλλωστε, από τη διατύπωση του τέταρτου εδαφίου της παραγράφου 7 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, σαφώς συνάγεται ότι οι περιστάσεις τέλεσης του παραπτώματος και η σοβαρότητα αυτού αποτελούν κριτήρια εκτίμησης της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων και όχι κριτήρια διαπίστωσης συνδρομής του λόγου αποκλεισμού, που επιβάλλεται *ipso facto*, κατά τα προαναφερόμενα και όχι - όπως εσφαλμένως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα - στοιχεία προς θεμελίωση της ισχυριζόμενης ανεπάρκειας της αιτιολογίας της δεύτερης προσβαλλομένης απόφασης. Κατ' ακολουθίαν, ο υπόψη λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

17. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της Προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι εσφαλμένη η αρνητική σύμφωνη γνώμη υπ' αρ. της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8-9 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία κρίθηκε η μη επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας εταιρείας προς απόδειξη της αξιοπιστίας της, αφού υφίσταται παράβαση του άρθρου 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα.

18. Επειδή, το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζει ότι «[...] 6. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία προμήθειας. Για τον σκοπό αυτόν,

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή 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. Σε περίπτωση που 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 προμήθειας 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. 7. Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου. Καθορίζουν, ιδίως, τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην πρώτη παράγραφο και τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 6».

19. Επειδή, η αιτιολογική έκθεση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αναφέρει σχετικά με τα επανορθωτικά μέτρα ότι «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση,

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας. Θα πρέπει, εντούτοις, να εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις. Θα πρέπει ειδικότερα να έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο».

20. Επειδή, σε συνέχεια της νομοθετικής εξουσιοδότησης της παρ. 7 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αναφορικά με τα επανορθωτικά μέτρα, το άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού» του Ν. 4412/2016 (βλ. ανωτέρω σκέψη 8 της παρούσας), μεταξύ άλλων, ορίζει ότι «[...] 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

παραπτώματων. 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. 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 [...] 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή [...] 10. [...]». Περαιτέρω, ο όρος 2.2.3.8. της Διακήρυξης (βλ. ανωτέρω σκέψη 9 της παρούσας) ορίζει ότι «*Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 [...].*

21. Επειδή, από τις προαναφερόμενες διατάξεις του ενωσιακού και εθνικού δικαίου προκύπτει ότι στα πλαίσια των δυνατοτήτων που παρείχε το ενωσιακό δίκαιο στον Έλληνα νομοθέτη ιδρύθηκε η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, η οποία αποτελεί επιτροπή ειδικού σκοπού (πρβλ Σ.τ.Ε. ΕΑ 237/2019), κατά Νόμον αρμόδια προς κρίση και διατύπωση σύμφωνης γνώμης προς την αναθέτουσα αρχή περί της επάρκειας ή μη των κατά περίπτωση δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων υποψηφίου λόγω υπαγωγής του στους λόγους αποκλεισμού του οικείου άρθρου της διακήρυξης, σύμφωνα με την οριζόμενη διαδικασία στο άρθρο 73 παρ. 7 και 8 του Ν. 4412/2016. Η εν λόγω Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 σύμφωνα με τα οριζόμενα στις ανωτέρω διατάξεις διενεργεί έλεγχο, εκφέροντας ουσιαστική αξιολογική κρίση, επί τη βάσει ουσιαστικής εκτίμησης πραγματικών περιστατικών τα οποία επικαλείται ο φέρων το λόγο αποκλεισμού οικονομικός φορέας, προς απόδειξη λήψης εκ μέρους του συγκεκριμένων επανορθωτικών μέτρων. Η ορθότητα δε, της κρίσης αυτής δεν κρίνεται - υπό στενή έννοια - επί τη βάσει της αντίθεσής της με τις διατάξεις των Οδηγιών, του Ν.4412/2016 και της εκάστοτε διακήρυξης, αλλά σύμφωνα με τα μετ' επικλήσεως προσκομιζόμενα αποδεικτικά έγγραφα του υπόψη οικονομικού φορέα. Επί της κρίσης δε αυτής, η Α.Ε.Π.Π., ως ανεξάρτητη

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

διοικητική αρχή και σύμφωνα με τη ρητή νομοθετική πρόβλεψη του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ως ισχύει, δε δύναται να ασκήσει παρεμπόδιοντα έλεγχο, υφισταμένης, όμως, της αρμοδιότητά της – της Α.Ε.Π.Π. - περί κρίσης της και ελέγχου της πράξεων της αναθέτουσας αρχής που εκδίδονται κατόπιν της εισήγησης της Επιτροπής του άρθρου 79 παρ. 9 και ενσωματώνουν την υπόψη εισήγηση, όσον αφορά το εάν οι πράξεις αυτές της αναθέτουσας αρχής είναι σύμφωνες εν τέλει με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων, αλλά και την εκάστοτε διακήρυξη. Περαιτέρω και κατά τα αναφερόμενα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, δε δύναται να αποστεί από αυτήν, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, αλλά αποφαίνεται υιοθετώντας την αρνητική σύμφωνη γνώμη της εν λόγω Επιτροπής - από την οποία δε μπορεί να αποστεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της - στην εκδιδόμενη πράξη της περί της ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων, ως εν προκειμένω. Ετέρωθεν, η αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. εξακολουθεί να υφίσταται σε επίπεδο ελέγχου της τυπικής νομιμότητας της εν λόγω πράξεως, ήτοι την έκδοση αυτής κατά τα προβλεπόμενα στο οικείο ρυθμιστικό πλαίσιο (πρβλ. ΔΕφΘεσ. 147/2019, βλ. ΔΕφίωαν. Ν6/2019 όπου κρίθηκε ότι εσφαλμένα η αναθέτουσα δεν απέστειλε φάκελο προς διατύπωση σύμφωνης γνώμης στην αρμόδια Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9). Άλλοις λόγοις και κατά το μέρος που προσβάλλεται η αρνητική σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 περί της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, αυτή απαραδέκτως προσβάλλεται και ο η υπόψη λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος, καθώς η πράξη αυτή δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 ως πράξη της αναθέτουσας αρχής και ως εκ τούτου εκφεύγει της καθ' ύλην αρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π., υφισταμένης της αρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π. προς κρίσης της επί των εκτελεστών πράξεων της αναθέτουσας αρχής που εκδίδονται κατόπιν της γνωμοδότησης της Επιτροπής του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Στην υπό κρίση περίπτωση με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση αλλά και με τη δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής - κατ' υιοθέτηση αυτής δεσμία αρμοδιότητα σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω - έγινε δεκτό ότι «μετά τη μελέτη των τεθέντων σε αυτήν

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

στοιχείων και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της, θεωρεί πως λόγω ελλείψεως σχετικών με την εξέταση αποδεικτικών στοιχείων ο ανωτέρω οικονομικός φορέας δεν αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του. Ενδεικτικά τα τεχνικά μέτρα που επικαλείται ο φορέας (π.χ. Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας ISO [...] Πιστοποιητικό Συστήματος Περιβαλλοντικής Διαχείρισης Ποιότητας ISO [...] Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης Υγείας και Ασφάλειας στην Εργασία ΕΛΟΤ Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης της Ιχνηλασιμότητας ISO [...]) δεν συνιστούν επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης, ενώ οργανωτικά μέτρα όπως π.χ. εκπαίδευση και κατάρτιση που υποστηρίζει ο οικονομικός φορέας ότι λαμβάνουν τα στελέχη της εταιρείας δεν αποδεικνύονται από τα υποβληθέντα στοιχεία». Ως εκ τούτου, στην υπό κρίση περίπτωση η αναθέτουσα αρχή κατά δεσμία αρμοδιότητα υιοθέτησε με τη δεύτερη προσβαλλόμενη απόφασή της την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση, ήτοι την κρίση της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4411/2016 περί της ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας και τούτο νομίμως, αφού τα υποβληθέντα Πιστοποιητικά ISO και ΕΛΟΤ περί συστήματος διαχείρισης ποιότητας, περιβαλλοντικής διαχείρισης, υγείας και ασφάλειας στην εργασία, διαχείρισης της ιχνηλασιμότητας δε συνιστούν επανορθωτικά μέτρα και ουδεμία συνάφεια έχουν αναφορικά με την αποτροπή αθέμιτων συμπράξεων μιας επιχείρησης, ενώ, προσέτι, δεν αποδεικνύεται και η λήψη των δηλούμενων οργανωτικών μέτρων της προσφεύγουσας, ως το άρθρο 73 παρ. 6 του Ν. 4412/2016 ορίζει, κατ' επιταγήν λήψης συγκεκριμένων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων και μέτρων σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλων για την αποφυγή περαιτέρω παραπτώματων, προς άρση του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού. Κατ' ακολουθίαν, νομίμως η αναθέτουσα αρχή έκρινε με τη δεύτερη προσβαλλόμενη απόφασή της περί της μη επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας και απέρριψε αυτήν και ως εκ τούτου ο υπόψη λόγος της Προσφυγής κατά το μέρος που στρέφεται κατά της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4411/2016 τυγχάνει απορριπτέος ως απαράδεκτος, κατά το μέρος που στρέφεται κατά της δεύτερης προσβαλλόμενης απόφασης, υπ' αριθ. 48/2020

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

της αναθέτουσας αρχής, ως νόμω και ουσία αβάσιμος, σύμφωνα με τα κριθέντα ανωτέρω.

22. Επειδή, η προσφεύγουσα με τους λοιπούς τρεις ς λόγους της Προσφυγής της (αναγράφεται δύο φορές ο αριθμός «5^{ος}» λόγος) στρέφεται κατά της αποδοχής της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας «.....», η οποία με την προσβαλλόμενη ανεδείχθη ως προσωρινή ανάδοχος, προβάλλοντας ότι η έως σήμερα πάγια εθνική νομολογία περί της έλλειψης εννόμου συμφέροντος του διαγωνιζομένου, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου, δε δύναται να εφαρμοσθεί στην προκειμένη περίπτωση, λόγω της ήδη διαμορφωθείσας νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης [αποφάσεις της 4.7.2013, Fastweb, C-100/2012, της 5.4.2016, Puligienica Facility Esco (PFE), C-689/2013, της 21.12.2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (BTG&CÖ), C-355/2015, και της 11.5.2017, Archus και Gama, C-131/2016)] και της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας (30/2019, 22/2018), σύμφωνα με την οποία ο διαγωνιζόμενος που αποκλείσθηκε και προσέβαλε ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του, έχει έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης της σύμβασης· τούτο δε, αδιαφόρως του σταδίου του διαγωνισμού, κατά το οποίο, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία, έλαβε χώρα ο αποκλεισμός, εφόσον αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος δεν βρίσκεται σε κατάσταση “οριστικού αποκλεισμού”. Κατόπιν αυτού, η αιτούσα ισχυρίζεται ότι διατηρεί το έννομο συμφέρον της για την προβολή λόγων και κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, προβάλλει δε τέσσερις λόγους, με τους οποίους πλήττει τη νομιμότητα της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

23. Επειδή, με το άρθρο 377 παρ. 1 περ. 27 του Ν. 4412/2016 καταργήθηκαν οι διατάξεις του Ν. 3886/2010 (Α' 173), ενώ με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νεότερου νόμου (άρθρα 345-374), επιχειρήθηκε η αναδιοργάνωση του συστήματος παροχής έννομης προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, με τη

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

σύσταση μίας κεντρικής ανεξάρτητης διοικητικής αρχής (ΑΕΠΠ), στην οποία ανατέθηκε ο προδικαστικός έλεγχος των πράξεων όλων των αναθετουσών αρχών, και με την πρόβλεψη της δυνατότητας ασκήσεως αιτήσεως αναστολής και αιτήσεως ακυρώσεως κατά των πράξεων που εκδίδει η αρχή αυτή (βλ. αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016). Ειδικότερα, στο άρθρο 346 του νεότερου νόμου, όπως η παράγραφος 1 αυτού τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 παρ. 49 του Ν. 4449/2017 (Α' 171), προβλέπονται τα εξής: «*Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων: 1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372 [...]». Ο ίδιος νόμος στη μεν παράγραφο 1 του άρθρου 360 ορίζει ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής», στη δε παράγραφο 1 του άρθρου 370 προβλέπει ότι όποιος «έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και την ακύρωσή της».*

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

24. Επειδή, στο άρθρο 1 παρ. 3 της δικονομικής οδηγίας 92/13/ΕΟΚ (L 76, βλ. και άρθρο 1 παρ. 3 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, L 395) ορίζεται ότι τα κράτη - μέλη «μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη - μέλη, τουλάχιστον από οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση». Εξάλλου, με το άρθρο 2 της οδηγίας 2007/66/ΕΚ (L 335), με την οποία επιχειρήθηκε η βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων, προστέθηκε νέο άρθρο 2α στην οδηγία 92/13/ΕΟΚ (βλ. και το προστεθέν, με άρθρο 1 της οδηγίας 2007/66/ΕΚ, άρθρο 2α της οδηγίας 89/665), σύμφωνα με το οποίο: «1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα κατά το άρθρο 1 παράγραφος 3, πρόσωπα να έχουν στη διάθεσή τους επαρκή χρόνο που να εξασφαλίζει αποτελεσματικές προσφυγές κατά των αποφάσεων για την ανάθεση σύμβασης που λαμβάνουν οι αναθέτοντες φορείς, με τη θέσπιση των αναγκαίων διατάξεων που πληρούν τις ελάχιστες προϋποθέσεις κατά την παράγραφο 2 του παρόντος άρθρου και το άρθρο 2γ. 2. Δεν επιτρέπεται να συναφθεί σύμβαση κατόπιν απόφασεως για την ανάθεση σύμβασης που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ ή της οδηγίας 2014/23/ΕΕ πριν από την εκπνοή προθεσμίας τουλάχιστον 10 ημερολογιακών ημερών από την επομένη της ημερομηνίας κατά την οποία απεστάλη η απόφαση ανάθεσης στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και υποψηφίους, εφόσον χρησιμοποιούνται φαξ ή ηλεκτρονικά μέσα [...] Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή [...]».

25. Επειδή, κληθέν να ερμηνεύσει τις προπαρατεθείσες διατάξεις της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ και τις ομοίου περιεχομένου αντίστοιχες διατάξεις της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, στο πλαίσιο απάντησης σε υποβληθέντα από εθνικά δικαστήρια προδικαστικά ερωτήματα, το ΔΕΕ έκρινε ότι το έννομο

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

συμφέρον «ενδιαφερόμενου» είναι δυνατόν, υπό προϋποθέσεις, να συνίσταται και στη ματαίωση του διαγωνισμού, προκειμένου να κινηθεί νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης [βλ. σχετ. με την οδηγία 92/13/ΕΟΚ την απόφαση της 11.5.2017 επί της υποθέσεως C-131/16, Archus and Gama, και σχετ. με την οδηγία 89/665/ΕΚ την απόφαση της 2.7.2013, C-100/12 Fastweb SpA, την απόφαση της 5.4.2016, C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE), και την απόφαση της 21.12.2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (BTG&CÖ), C-355/15]. Ειδικότερα, το ΔΕΕ, ερμηνεύοντας τις διατάξεις της οδηγίας 89/665/ΕΚ, συνήγαγε, με τις αποφάσεις Fastweb και PFE, γενικότερης εφαρμογής νομολογιακή αρχή, σύμφωνα με την οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, κάθε διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση (Fastweb, σκέψη 33, PFE, σκέψη 28). Τούτο δε, ανεξαρτήτως του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και του αριθμού εκείνων εξ αυτών που άσκησαν προσφυγή (PFE, σκέψη 29). Η νομολογιακή αυτή αρχή εκκινεί από την αντίληψη ότι ο αποκλεισμός του ενός διαγωνιζομένου μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της σύμβασης στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ή, στην περίπτωση αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων και κίνησης νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, τη συμμετοχή του αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου στη νέα διαδικασία και την, κατ' έμμεσο τρόπο, ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν (....., σκέψη 27). Ο κανόνας των αποφάσεωνκαι επιβεβαιώθηκε με την απόφαση (σκέψη 29), με την οποία έγινε, περαιτέρω, δεκτό ότι με την οδηγία 89/665/ΕΚ διασφαλίζεται «το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του» (σκέψη 34). Ακολούθησε η απόφαση και, με την οποία το ΔΕΕ προέβη στην εξειδίκευση της γενικής νομολογιακής αρχής που είχε

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

διαμορφώσει με τις προηγούμενες αποφάσεις του, ενόψει και των περιστάσεων της συγκεκριμένης υπόθεσης, η οποία αφορούσε την προσβολή από διαγωνιζόμενο τόσο της πράξης αποκλεισμού του, όσο και της ταυτοχρόνως εκδοθείσης πράξης ανάθεσης της σύμβασης στον έτερο και μοναδικό εναπομείναντα διαγωνιζόμενο. Επιλαμβανόμενο των προδικαστικών ερωτημάτων που του υπεβλήθησαν, το ΔΕΕ έκρινε ότι η κατά τα ανωτέρω διαμορφωθείσα νομολογιακή αρχή, η οποία, κατά την εκτίμησή του, ευρίσκει έρεισμα και στις διατάξεις του άρθρου 2α παρ. 1 και 2 της οδηγίας 92/13, είχε εφαρμογή και στη συγκεκριμένη περίπτωση (της υπόθεσης και). Έγινε, κατ' αυτόν τον τρόπο, δεκτό ότι, σε περιπτώσεις που, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, η διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης καταλήγει στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή, εκ των οποίων η μία απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η άλλη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς έχει έννομο συμφέρον να στραφεί όχι μόνον κατά της πράξης αποκλεισμού του, αλλά και κατά της πράξης ανάθεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι, τυχόν αποδοχή της προσφυγής, κατά το μέρος αυτό, μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά και, κατ' επέκταση, στην κίνηση νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης, στην οποία αυτός μπορεί να λάβει μέρος. Προς αποφυγή, εξάλλου, συγχύσεως, το ΔΕΕ έκρινε σκόπιμο να προβεί στην αντιδιαστολή της υπόθεσης από τη συγκεκριμένη περίπτωση, κατά την οποία ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος δεν μπορούσε να θεωρηθεί οριστικώς αποκλεισθείς από τη διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης, λόγω οριστικοποίησης του αποκλεισμού του, εφόσον είχε ασκήσει προσφυγή κατά πράξεων του αναθέτοντος φορέα (περί αποκλεισμού του και περί αναθέσεως της συμβάσεως σε άλλον διαγωνιζόμενο) που είχαν εκδοθεί συγχρόνως. Κατόπιν τούτων, το ΔΕΕ, προσδιορίζοντας την έννοια της συγκεκριμένης σύμβασης του άρθρου 1 παρ. 3 της οδηγίας 92/13/ΕΚ, απάντησε, επί του υποβληθέντος προδικαστικού ερωτήματος, ως εξής: «Η οδηγία 92/13 έχει την έννοια ότι, σε περίπτωση όπως η επίμαχη στην υπόθεση της κύριας δίκης, στην οποία μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η δεύτερη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς προσφέρων ο οποίος ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων πρέπει να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, πράγμα το οποίο συνεπάγεται ότι η έννοια της “συγκεκριμένης σύμβασης” του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/13 μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης».

26. Επειδή, η παγιωμένη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας δεχόταν ότι διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου, εξαιρουμένων των λόγων που αφορούν σε παράβαση του ενιαίου μέτρου κρίσης (ενδεικτικώς ΕΑ 349, 344/2017, 106/2013, 274/2012). Κατόπιν, όμως, μεταστροφής της νομολογίας, επί του ανωτέρω ζητήματος (Σ.Τ.Ε. ΕΑ 30/2019, 22/2018), έγινε δεκτό ότι «από τον συνδυασμό των διατάξεων του Ν. 4412/2016 (αρ. 346 παρ. 1 και 2, αρ. 360 παρ. 1) -οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2)- ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα, είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός, με τη δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016. Μη οριστικώς

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

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

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση. Προϋπόθεση, ωστόσο, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξάλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός, προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως. Αδιάφορος, τέλος, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του, ο αποκλεισθείς, ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει τη συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης.

27. Επειδή, η προεκτεθείσα νομολογία του ΔΕΕ, διαμορφώθηκε ενόψει περιστάσεων ουσιωδώς διαφορετικών από την επίδικη, δηλαδή σε υποθέσεις που αφορούσαν την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της αποφάσεως για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης. Συγκεκριμένα, το ΔΕΕ δέχθηκε το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου για την άσκηση προσφυγής, η οποία θα ήταν δυνατό να οδηγήσει και στη ματαίωση του διαγωνισμού, στην περίπτωση κατά την οποία επίδικη ήταν η ίδια η πράξη ανάθεσης της σύμβασης και όχι πράξη προηγούμενου, αυτοτελούς και διακριτού σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως, εν προκειμένω, το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών (πρβλ. Σ.Τ.Ε ΕΑ 180/2019). Κατά το στάδιο αυτό, κατοχυρώνεται το δικαίωμα του αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου να ασκήσει αποτελεσματική προσφυγή κατά της πράξης αποκλεισμού του και, καθόσον χρόνο διαρκεί η αμφισβήτηση αυτή, ενδεχομένως, και κατά επόμενων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

Ειδικότερα, σύμφωνα με την απόφαση Archus, η σύγχρονη έκδοση δύο αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής αποτελεί αποφασιστικό κριτήριο που αποκλείει τον χαρακτηρισμό του αποκλεισθέντος προσφέροντος ως “οριστικώς αποκλεισθέντος” στην περίπτωση ειδικώς που με τη δεύτερη απόφαση ανατίθεται η σύμβαση στον έτερο διαγωνιζόμενο, ο δε αποκλεισθείς πρέπει να έχει στην περίπτωση αυτή έννομο συμφέρον να προσβάλει αμφοτέρως τις συγχρόνως εκδοθείσες αποφάσεις, εφόσον δεν θα υπάρξει άλλο, επόμενο στάδιο διαγωνισμού να προβάλει επικαίρως τις δικές του αιτιάσεις κατά της προσφοράς του ετέρου διαγωνιζομένου. Επιπλέον, από όλες τις προμνησθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ συνάγεται ότι δεν αναγνωρίζεται, κατά το ενωσιακό δίκαιο, άμεσο έννομο συμφέρον “προσφέροντος” σε διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης που αντιστοιχεί, ευθέως και ανεξαρτήτως των περιστάσεων, σε επιδίωξή του να επιτύχει ματαίωση του διαγωνισμού, στον οποίο συμμετέχει. Τέτοιο έννομο συμφέρον (ματαιώσεως) γίνεται δεκτό, κατά το ενωσιακό δίκαιο, μόνον ως έμμεσο, ήτοι ως ενδεχόμενη συνέπεια και αποκλειστικώς όταν, λόγω των συντρεχουσών περιστάσεων, επιβάλλεται να προκριθεί η αποτελεσματική εφαρμογή των πρωτογενών δικαιωμάτων των προσφερόντων (να έχει ο καθένας δυνατότητα να επιτύχει τον αποκλεισμό των άλλων ανταγωνιστών του ανεξαρτήτως αριθμού αυτών) έναντι της ενδεχόμενης και αποδεκτής στην περίπτωση αυτή πιθανότητας η έκβαση να μην επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να αναθέσει τη σύμβαση αυτή σε κάποιον από τους συμμετασχόντες στον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Η αναγνώριση εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος σε στάδιο προγενέστερο της αναθέσεως διαγωνιζομένου να επιδιώξει τον αποκλεισμό των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων και τη ματαίωση του διαγωνισμού, επί τω τέλει επαναπροκήρυξης, θα έβαινε πέραν του προστατευτικού σκοπού της δικονομικής Οδηγίας και θα ερχόταν σε αντίθεση με τον δημοσίου ενδιαφέροντος σκοπό της εντός ευλόγου χρόνου ολοκληρώσεως των διαγωνισμών για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων με αποτέλεσμα να ανατρέπεται η δίκαιη ισορροπία μεταξύ της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και της πρακτικής αποτελεσματικότητας της Οδηγίας. Επομένως, δεδομένου ότι ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας έλαβε χώρα μετά την επανάληψη του α΄

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

σταδίου έγκρισης του διαγωνισμού δεν τίθετο, εισέτι, ζήτημα ενδεχόμενης ματαίωσης του, συναπτόμενου, μάλιστα, με την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας να επιδιώξει συγχρόνως, αμυντικώς μεν την αποδοχή της αποκλεισθείσας προσφοράς της στο στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, επιθετικώς δε τον αποκλεισμό της προσφοράς (στο ίδιο στάδιο διεξαγωγής της διαδικασίας) της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, επιτυγχάνοντας τη ματαίωση ήδη από το παρόν (μη τελικό) στάδιο του διαγωνισμού. Κατ' ακολουθία, η εν προκειμένω υπο actu αποδοχή της τεχνικής προσφοράς του ενός διαγωνιζομένου και η απόρριψη της τεχνικής προσφοράς του άλλου, δεν καταλαμβάνεται από τα κριθέντα με τη νομολογία του ΔΕΕ (βλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 349/2017), αφού η απόρριψη της προσφοράς της αιτούσας εχώρησε σε στάδιο προγενέστερο της ανάθεσης της σύμβασης και δεν συντρέχει η εξαιρετική περίπτωση αναγνώρισης του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος να επιδιώξει τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας, ώστε να επακολουθήσει ματαίωση του διαγωνισμού (πρβλ. Σ.τ.Ε ΕΑ 180/2019). Περαιτέρω και εφόσον ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας κρίθηκε νόμιμος, κατά τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά, από την Α.Ε.Π.Π., ήτοι από *«ανεξάρτητο όργανο προσφυγής (και) δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή [...]»*, κατά την έννοια του άρθρου 2α της Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ, ο αποκλεισμός της είναι οριστικός αναφορικά με την κρίση της παρούσας Προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π., ενώ, επιπλέον, προϋπόθεση ύπαρξης εννόμου συμφέροντος του οικονομικού φορέα που αποκλείστηκε να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης σε αυτούς της σύμβασης, προκειμένου να δύναται να λάβει μέρος σε όμοια νεότερη διαγωνιστική διαδικασία με τα ίδια ουσιώδη χαρακτηριστικά με αυτά της αρχικής, αποτελεί αυτός, ο ο αποκλεισθείς, να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία, προϋπόθεση που εν προκειμένω δεν πληρούται, καθώς ο λόγος αποκλεισμού αυτού έλαβε χώρα κατά το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016, ήτοι επειδή υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, αφού έχει αρμοδίως τούτο διαπιστωθεί από την Επιτροπή

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

Ανταγωνισμού και έχει επιβληθεί το σχετικό πρόστιμο, ενώ και σε καμία περίπτωση το έννομο συμφέρον του δε δύναται να φθάνει μέχρι του σημείου εκείνου όπως ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία προκειμένου να παρέλθει το διάστημα αποκλεισμού του από τις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες κατά το άρθρο 73 παρ. 10 του Ν. 4412/2016. Τούτων δοθέντων, οι αιτιάσεις αυτές της προσφεύγουσας – έκτος, έβδομος και όγδοος λόγος της Προσφυγής λόγος της Προσφυγής - που κατατείνουν στον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας, είναι απορριπτέες ως απαράδεκτες.

28. Επειδή και σε κάθε περίπτωση, οι λόγοι αυτοί -έκτος, έβδομος και όγδοος λόγος της Προσφυγής - αναφορικά με την ισχυριζόμενη παράνομη κατακύρωση στην παρεμβαίνουσα εταιρεία «» ανεπικαίρως προβάλλονται και ως εκ τούτου τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Και τούτο διότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν πληρούται το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.4 της Διακήρυξης, μη επιτρεπομένης για την πλήρωση αυτού της λήψης δάνειας εμπειρίας από την εταιρεία «», δεν έχει συμπεριληφθεί στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «.....» άδεια ίδρυσης και λειτουργίας της επιχείρησής για την αποθήκευση και διανομή (χονδρικό εμπόριο) γαλακτοκομικών προϊόντων κατά παράβαση του άρθρου 2.4.3.1. περ. ε) της Διακήρυξης, δεν πληρούται το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης, διότι δεν διαθέτει η υπόψη εταιρεία πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας, μη επιτρεπομένης για την πλήρωση του κριτηρίου αυτού της λήψης δάνειας εμπειρίας από την εταιρεία «», δεν υποβλήθηκε, κατά παράβαση του άρθρο 1 παρ. ΙΕ του ν. 4093/2012, ιδιωτικό συμφωνητικό μίσθωσης μεταξύ της εταιρείας» και της εταιρείας «» για τα οχήματα που ως τεχνική ικανότητα δάνεισε στην εταιρεία μας, για την εκπλήρωση του άρθρου 2.4.3.1 περ. στ' της Διακήρυξης, ενώ και τα υποβληθέντα με την τεχνική προσφορά της εν λόγω εταιρείας πιστοποιητικά που απαιτούντο σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.1. περ. δ της Διακήρυξης, δεν πληρούν τον όρο αυτό, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή. Εντούτοις, όλοι οι ανωτέρω ισχυρισμοί και αληθείς ακόμα υποτιθέμενοι, προβάλλονται ανεπικαίρως και συνεπώς απαραδέκτως. Και αυτό γιατί αφορούν το στάδιο

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

αξιολόγησης του φακέλου Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς, το οποίο ολοκληρώθηκε με την υπ' αριθ. 108/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η έγκριση των υπ' αριθ. 1/30.9.2019 και 2/7.10.2019 Πρακτικών της επιτροπής του διαγωνισμού και έγιναν δεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας εταιρείας, «» και της παρεμβαίνουσας, «». Ωστόσο, η απόφαση αυτή της Οικονομικής Επιτροπής ακυρώθηκε εν μέρει μόνο από την υπ' αριθ. 1476/2019 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και δη μόνο κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας, ενώ και κατά το μέρος κατά το οποίο η προσφορά της παρεμβαίνουσας, «.....». έγινε δεκτή, δεν ασκήθηκε Προδικαστική Προσφυγή, με αποτέλεσμα η απόφαση αυτή να έχει καταστεί απρόσβλητη κατά το μέρος αυτό και να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων. Και τούτο διότι, σύμφωνα με την αρχή του επικαίρου (Σ.τ.Ε. ΕΑ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.), εάν η προσφεύγουσα είχε οποιαδήποτε αιτίαση σε σχέση με την νομιμότητα της προσφοράς αυτής, όφειλε να την προβάλλει επικαίρως, ασκώντας εμπροθέσμως προδικαστική προσφυγή κατά της ανωτέρω απόφασης. Συνεπώς και δοθέντος ότι τέτοια προσφυγή δεν ασκήθηκε, η Α.Ε.Π.Π. δε δύναται παραδεκτά να προβεί σε παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας της προγενέστερης υπ' αριθ. 108/2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως λαμβάνει χώρα με την παρούσα Προσφυγή (Σ.τ.Ε. ΕΑ 305/2011, 65/2012). Κατ' ακολουθίαν, απαραδέκτως η προσφεύγουσα προβάλλει λόγους με τους οποίους αμφισβητεί το πρώτον τη νομιμότητα της απόφασης αυτής, επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερων πράξεων του εξεταζόμενου διαγωνισμού, όπως η προσβαλλόμενη απόφαση, αφού με την υπό εξέταση Προσφυγή εξετάζεται μόνον η νομιμότητα της προσβαλλόμενης απόφασης αναφορικά με τη νομιμότητα της προσφοράς της προσφεύγουσας, κατά τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω. Κατά συνέπεια, οι λόγοι αυτοί - έκτος, έβδομος και όγδοος λόγος - της Προσφυγής τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι και κατά τούτο.

Αριθμός απόφασης: 638 / 2020

29. Επειδή, μετά ταύτα, η Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και νόμω και ουσία αβάσιμη, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω και η Παρέμβαση να γίνει αντιστοίχως δεκτή, κατ' ακολουθίαν τούτων, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 19 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 5 Ιουνίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα