

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 25 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ιωάννης Κίτσος–Εισηγητής και Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.06.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/..... της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου με την επωνυμία «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ΚΡΗΤΗΣ» [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και

Της από 01.07.2019 παρεμβαίνουσας ένωσης νομικών προσώπων με την επωνυμία «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Απόφαση 693/2019 της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής [εφεξής ΟΕ] εκδοθείσα κατά τη διαδικασία ανάθεσης του δημόσιου Διαγωνισμού «Επεμβάσεις βελτίωσης οδικής ασφάλειας στο οδικό δίκτυο των ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΕΝΟΤΗΤΩΝ της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΚΡΗΤΗΣ – Βραχυπρόθεσμες επεμβάσεις» της Πράξης «Επεμβάσεις βελτίωσης οδικής ασφαλείας στο οδικό δίκτυο των ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΕΝΟΤΗΤΩΝ της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΚΡΗΤΗΣ – Βραχυπρόθεσμες επεμβάσεις» (Διακήρυξη Αυγούστου 2018).

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης και την απόρριψη της κρινόμενης Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το υπ' αριθμ. ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (€15.000) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής ο Κανονισμός].

2. Επειδή, κατόπιν της Απόφασης ΟΕ 1117/2018 εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές και καθορίστηκαν οι όροι του ανοιχτού, άνω των ορίων, δημοσίου Διαγωνισμού, μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ (Α/Α), για την επιλογή κατασκευαστικού αναδόχου ο οποίος θα αναλάβει την εκτέλεση του δημοσίου έργου «Επεμβάσεις βελτίωσης οδικής ασφάλειας στο οδικό δίκτυο των ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΕΝΟΤΗΤΩΝ της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΚΡΗΤΗΣ – Βραχυπρόθεσμες επεμβάσεις» εκ της, ενταγμένης στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα “Κρήτη 2014-2010”, Πράξης «Επεμβάσεις βελτίωσης οδικής ασφαλείας στο οδικό δίκτυο των ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΕΝΟΤΗΤΩΝ της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΚΡΗΤΗΣ – Βραχυπρόθεσμες επεμβάσεις» (Κωδικός CPV: 45233000), σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΟ Ι (άρθρα 1-221), δημοσιευθείσας προς τούτο, εκ των Τευχών Δημοπράτησης, του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α' στο οποίο περιλαμβάνεται η από Αυγούστου 2018 Διακήρυξη (διακρινόμενη στα ΚΕΦΑΛΑΙΑ Α-Δ αυτής), όπως θεωρήθηκε από την αναπληρώτρια Διευθύντρια της εκεί Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων. Το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης έργων, διάρκειας 24 μηνών από την ημερομηνία υπογραφής της, στη σύναψη της οποίας κατατείνει η ανοιγείσα διαγωνιστική διαδικασία είναι, συνοπτικά περιγραφόμενο, η υλοποίηση βραχυπρόθεσμων επεμβάσεων, δηλαδή επεμβάσεων μικρής και σε εξαιρετικές

περιπτώσεις μεσαίας κλίμακας σε μέγεθος και κόστος, οι οποίες είναι υλοποιήσιμες σε σύντομο χρονικό διάστημα, έχουν άμεσα αποτελέσματα στο επίπεδο της παρεχόμενης οδικής ασφάλειας και εφαρμόζονται σε τμήματα και θέσεις Μειωμένης Οδικής Ασφάλειας (ΜΟΑ), του οδικού δικτύου της “ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΚΡΗΤΗΣ” και στους 4 Νομούς της [τόπος εκτέλεσης άρθρο 11.2. σελ. 15]: συγκεκριμένα θα εκτελεστούν εργασίες κατά περίπτωση για την αποκατάσταση του ασφαλτοτάπητα, οριζόντια και κατακόρυφης σήμανσης, ασφάλισης της οδού, ηλεκτροφωτισμού κ.λπ. Ο προϋπολογισμός δημοπράτησης του δημοσίου έργου ανέρχεται σε €27.804.086,75 άνευ ΦΠΑ 24% €6.677.419,35 (άρθρο 11.1. σελ. 15). Κριτήριο κατακύρωσης αποφασίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) (άρθρο 14 σελ. 16). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών προσφορών ορίστηκε η 21.11.2018 και ημερομηνία ανοίγματος-αποσφράγισης των (υπο)φακέλων «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών» η 28.11.2018 (άρθρο 18 σελ. 19). Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις διευκρινίσεις 236106/05.10.2018, 250504/18.10.2018 και 281779/15.11.2018 όπως αυτές αναρτήθηκαν στο ΕΣΗΔΗΣ προς ενημέρωση όλων των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν στον κρίσιμο Διαγωνισμό.

3. Επειδή, δυνάμει του από 19.12.2018 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ 1 που συνέταξε η ορισθείσα, δυνάμει της Απόφασης ΟΕ 1191/2018, Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Προσφορών (του άρθρου 221 Ν. 4412/2016) [εφεξής η Επιτροπή Διαγωνισμού] προκύπτει ότι στον επίμαχο δημόσιο Διαγωνισμό συμμετείχαν: η «.....» καταθέτοντας την από Προσφορά με προσφερόμενη έκπτωση 27,56%, η προσφεύγουσα «.....» την από Προσφορά με έκπτωση 34,48% και η παρεμβαίνουσα ένωση νομικών προσώπων «.....» την από Προσφορά με έκπτωση 48,20%, διαπιστώνοντας ότι «όλες οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής, ποσού

τουλάχιστον €556.451,61 ... απευθύνονται στον Κύριο του Έργου ή το Φορέα Κατασκευής του Έργου ... φέρουν-αναγράφουν τα ορθά απαιτούμενα στοιχεία και έχουν κατατεθεί εντύπως και εμπρόθεσμα, είναι δε έγκυρες (άρθρα 15.2-15.3. της Διακήρυξης), περαιτέρω «έλεγε και τα 4 ΕΕΕΠ/ΕΕΕΣ των 3 προσφερόντων» (άρθρο 4.1.στ.) και «προέβη κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει της παραγωγής σχετικού ψηφιακού αρχείου, μέσα από το υποσύστημα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 3» (άρθρο 4.1.δ.), βάσει των ανωτέρω δε πρότεινε «την αποδοχή όλων των Προσφορών και την ανάθεση της εκτέλεσης του ως άνω έργου στην ένωση οικονομικών φορέων “.....”», η οποία προσέφερε το μεγαλύτερο μέσο ποσοστό έκπτωσης (48,20%)». Η γνωμοδότηση αυτή επικυρώθηκε ομόφωνα όπως προκύπτει από την Απόφαση ΟΕ 1668/2018 εκ του αποσπάσματος του 39ου Πρακτικού της από 27.12.2018 Συνεδρίασης της (Θέμα 2ο). Από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης δεν προκύπτει πως η προσφεύγουσα «.....» αμφισβήτησε την εν λόγω απόφαση, ούτε άσκησε κατά αυτής προδικαστική προσφυγή και εν συνεχεία αίτηση αναστολής (άρθρα 345επ. και 372 Ν. 4412/2016 αντίστοιχα). Στη συνέχεια, δυνάμει του από 15.02.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ 2 αποδεικνύεται πως η αναθέτουσα αρχή με το έγγραφό της 9593/15.1.2019 προσκάλεσε, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας του ΕΣΗΔΗΣ, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει «εντός προθεσμίας 15 ημερών τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου» (άρθρο 4.2.α.), ενώ ζητήθηκαν «συμπληρωματικά στοιχεία στις 12.2.2019, τα οποία και κατατεθήκαν στις 13.2.2019, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβλήθηκαν μέσω ΕΣΗΔΗΣ της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” στις 29.01.2019 ...», τα οποία έλεγε η Επιτροπή εισηγούμενη «την κατακύρωση του αποτελέσματος του Διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα ΕΝΩΣΗ “.....”». Η γνωμοδότηση αυτή επικυρώθηκε ομόφωνα όπως προκύπτει από την Απόφαση ΟΕ 176/2019 εκ

του αποσπάσματος του 5ου Πρακτικού της από 19.02.2019 Συνεδρίασής της (Θέμα 1ο). Από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης δεν προκύπτει, ομοίως, πως η αιτούσα αμφισβήτησε την εν λόγω απόφαση, ούτε άσκησε κατά αυτής προδικαστική προσφυγή και εν συνεχεία αίτηση αναστολής (άρθρα 345επ. και 372 Ν. 4412/2016 αντίστοιχα). Ακολουθώντας, με το έγγραφο 74474/29.03.2019 της Αναπληρώτριας Προϊσταμένης της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΚΡΗΤΗΣ» προς το Ελεγκτικό Συνέδριο προκύπτει «ότι, κατά του κύρους του Διαγωνισμού και των πράξεων και αποφάσεων που τον αφορούν, δεν ασκήθηκαν εν γένει ενστάσεις».

4. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, ο επίμαχος φάκελος δημόσιας σύμβασης μετά του συνημμένου σχεδίου αυτής απεστάλη, ακολούθως, για τη διενέργεια του προβλεπόμενου προσυμβατικού έλεγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά την κρίση δε των Ανώτατων Δικαστών του, όπως περιλαμβάνεται στην Πράξη 319/2019 εκ του Ε΄ Κλιμακίου, κράτησαν τα εξής: «Από τα όσα έχουν τεθεί εν γνώσει του Κλιμακίου, διαπιστώνεται ότι με τις 642/09.03.2017 και 674/14.12.2018 αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού (B 3104/08.09.2017 και 317/08.02.2019, αντίστοιχα), επιβλήθηκαν, μεταξύ άλλων σε βάρος των ανωτέρω αναδόχων εργοληπτικών επιχειρήσεων διοικητικά πρόστιμα (χωρίς πάντως, να έχει επιβληθεί με τις ίδιες αποφάσεις και αποκλεισμός των εταιρειών αυτών από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων). Συγκεκριμένα, με την πρώτη ως άνω απόφαση, σε βάρος της εταιρείας “.....” επεβλήθη πρόστιμο ύψους €8.899, ενώ, με την δεύτερη ως άνω απόφαση, επεβλήθη σε βάρος της εταιρείας “.....” πρόστιμο ύψους €109.641,52. Τούτο δε, διότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού με τις εν λόγω αποφάσεις της είχε προηγουμένως διαπιστώσει ότι οι εταιρείες αυτές είχαν υποπέσει σε παράβαση του άρθρου 1 του Ν. 3959/2011 και άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 703/1977, αντίστοιχα, καθόσον είχαν συμμετάσχει, στο πλαίσιο διαγωνισμών δημοσίων έργων, μαζί με άλλες ημεδαπές εταιρείες σε απαγορευμένες οριζόντιες συμφωνίες ή/και εναρμονισμένες πρακτικές

καρτελικού τύπου, με αντικείμενο τον καθορισμό τιμών και τη νόθευση του διαγωνισμού, διά χειραγώγησης προσφορών κατά την περίοδο, η μεν πρώτη από 26.01.2012 έως 27.01.2012, και η δεύτερη από 01.03.2011 έως 14.03.2011», με τα δεδομένα αυτά το Κλιμάκιο «διαπιστώνει ότι ενόψει των περιλαμβανόμενων στις 642/09.03.2017 και 674/14.12.2018 αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού διαπιστώσεων, υφίστανται επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι οι εταιρείες που συμμετέχουν στην αναδειχθείσα ανάδοχο ένωση εταιρειών είχαν συνάψει, κατά τα ανωτέρω χρονικά διαστήματα, συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς, με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Η αρνητική, όμως, απάντηση που δια τυπώθηκε στο σχετικό ερώτημα του υποβληθέντος από αυτή ΕΕΕΠ δεν άγει σε άνευ ετέρου αποκλεισμό της από την ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία λόγω της ανακριβούς συμπλήρωσης του εν λόγω εγγράφου. Τούτο, διότι το ερώτημα είχε διατυπωθεί κατά τρόπο ώστε να μην καθίσταται σαφές αν ζητείται από το διαγωνιζόμενο να δηλώσει οποιαδήποτε συμφωνία που τυχόν έχει συνάψει στο παρελθόν με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού ή μόνο αυτές που αφορούν στο συγκεκριμένο διαγωνισμό (βλ. τη 1082/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία υιοθετήθηκε η δεύτερη ερμηνευτική εκδοχή)». Εξάλλου, όπως επισήμαναν οι Ανώτατοι δικαστές «κατά το χρόνο διενέργειας του Διαγωνισμού (28.11.2018) δεν είχε ακόμα δημοσιευτεί η απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 24.10.2018 επί της υπόθεσης (M24/I7 (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke Munchen GmbH)), με την οποία κρίθηκε ότι η τριετής περίοδος αποκλεισμού “από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος”, η οποία προβλέπεται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 7 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24, που μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με την παρ. 10 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, άρχεται από το χρόνο έκδοσης της σχετικής απόφασης της αρμόδιας Αρχής και όχι από το χρόνο συντέλεσης της παράβασης και, συνεπώς, δεν ήταν κατά το χρόνο υποβολής του δικαιολογητικού σαφές αν έπρεπε να δηλωθούν συμφωνίες που είχαν λάβει χώρα, όπως οι επίμαχες, σε χρόνο προγενέστερο των τριών ετών από τη διενέργεια του διαγωνισμού, πλην όμως η σύναψη τους διαπιστώθηκε με

απόφαση του αρμόδιου οργάνου, ληφθείσα εντός της ως άνω τριετούς προθεσμίας, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι η μία εκ των δύο ανωτέρω αποφάσεων (674/2018) της Επιτροπής Ανταγωνισμού εκδόθηκε στις 14.12.2018 και δημοσιεύτηκε στις 08.02.2019, ήτοι μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού (28.11.2018)» καταλήγοντας πως «με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, η σχετική ασάφεια του εν λόγω τεύχους δημοπράτησης, η οποία εγείρει ζητήματα ερμηνείας και δύναται αντικειμενικά να παραπλανήσει τους διαγωνιζόμενους ως προς τις ειδικότερες υποχρεώσεις τους, δεν δύναται, τελικώς, να αποβεί σε βάρος αυτών (βλ. σκ. 3.4) και, ως εκ τούτου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της αναδειχθείσας αναδόχου ένωσης εταιρειών εκ του λόγου ότι απάντησε αρνητικά στο προαναφερόμενο ερώτημα του ΕΕΕΣ. Δεδομένου, όμως, ότι σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι εμπίπτει σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4 του ίδιου άρθρου και ότι, με τις ως άνω αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διαπιστώθηκε η εκ μέρους των εν λόγω εταιρειών σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, τηρώντας τη διαδικασία που προβλέπεται στις παραγράφους 7 έως 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, να καλέσει την ως άνω ένωση εταιρειών να προσκομίσει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι οι εταιρείες-μέλη της ένωσης έλαβαν επανορθωτικά μέτρα επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας τους, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού». Πράγματι, μετά την κοινοποίηση της ως άνω Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου στην αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της Απόφασης ΟΕ 693/2019 εκ του αποσπάσματος του 15ου Πρακτικού της από 30.05.2019 Συνεδρίασής της (Θέμα 6ο), προκύπτει πως η «ΠΕΡΙΦΕΡΙΑ ΚΡΗΤΗΣ» προχώρησε αφενός «στην ακύρωση της ως ανωτέρω Απόφασής της 176/2019» αφετέρου «στην πρόσκληση στην ένωση εταιρειών “.....”, εντός προθεσμίας 15 ημερολογιακών ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής απόφασης της ΟΕ μέσω του συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ να

προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι έχει λάβει επανορθωτικά μέτρα επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας του και ποιά είναι αυτά δεδομένης της ύπαρξης των 642/09.03.2017 και 674/14.12.2018 αποφάσεων της Επιτροπής Ανταγωνισμού»

4. Επειδή, κατά της τελευταίας Απόφασης ΟΕ 693/2019, στράφηκε η αιτούσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 24.06.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, με τον μοναδικό λόγο ακύρωσης που προβάλλει κατ' αυτής να διατείνεται ότι (σελ. 8-21): «Η εταιρία “.....” ως μέλος της ένωσης “.....” για την συμμετοχή της στον Διαγωνισμό υπέβαλε το από 19.11.2018 και ψηφιακά υπογεγραμμένο στις 20.11.2018 ΕΕΕΠ στο οποίο και στο ερώτημα με τίτλο “Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού”. “Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;” απάντηση αρνητικά “ΟΧΙ” ενώ γνώριζε και ότι είχε έλθει σε συμφωνία με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και ότι είχε υπαχθεί στην προβλεπόμενη στο άρθρο 25α του Ν. 3959/2011 διαδικασία διευθέτησης της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Συνεπώς η ένωση οικονομικών φορέων πρέπει να αποκλεισθεί του διαγωνισμού για τον αυτοτελή και ξεχωριστό λόγο αποκλεισμού που καθιερώνει το άρθρο 4.2.δ της Διακήρυξης και το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, ήτοι για υποβολή ψευδούς ή ανακριβούς ΕΕΕΣ. Εκτός του ότι η εταιρία “.....” όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ την εμπλοκή της σε συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού, κατά τα ανωτέρω, σε κάθε περίπτωση εφόσον δεν τα είχε δηλώσει στο ΕΕΕΣ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και δεδομένου ότι η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού εκδόθηκε στις 14.12.2018 και κοινοποιήθηκε στην “.....” και στις λοιπές εμπλεκόμενες

εταιρίες στις 15.1.2019 όφειλε να το δηλώσει όταν θα καλείτο σύμφωνα με το άρθρο 23.3. της διακήρυξης να υποβάλλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για την επαλήθευση – επιβεβαίωση των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ, ώστε να αποδειχθεί ότι στο πρόσωπό της δεν συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.4.γ. της Διακήρυξης. Όπως προκύπτει από το ΠΡΑΚΤΙΚΟ 2 της Επιτροπής Διαγωνισμού η ένωση ... κλήθηκε ... να υποβάλλει ... τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης... [τα οποία] υπεβλήθησαν μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 29.1.2019 ... Τέλος τα ζητηθέντα από την Επιτροπή Διαγωνισμού στις 12.2.2019 πρόσθετα συμπληρωματικά στοιχεία υπεβλήθησαν στις 13.2.2019. Και στα δικαιολογητικά όμως κατακύρωσης που υπέβαλε η προσωρινή ανάδοχος και ειδικότερα το μέλος της “.....” δεν δήλωσε, ως όφειλε, την εμπλοκή της σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού και την καταδίκη της γι’ αυτό με την υπ’ αριθμ. 674/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Αντιθέτως στην υπεύθυνη δήλωση περί της παρ. Α4 του άρθρου 22 της Διακήρυξης που υπέβαλε απέκρυψε και την εμπλοκή της και την καταδίκη της. Επομένως κι αν ακόμα ήθελε θεωρηθεί ότι η αρνητική απάντηση της εταιρίας “.....” στο άνω ερώτημά του ΕΕΕΣ “έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;” δικαιολογείται από το ότι κατά τη σύνταξη και υποβολή του δεν είχε δημοσιευθεί η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, όφειλε η “.....” τώρα κατά την διαδικασία του άρθρου 4.2 της διακήρυξης, ήτοι τη διαδικασία υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, να διορθώσει την άνω απάντησή της, στο άνω κρίσιμο για την παραδεκτή συμμετοχή της στο διαγωνισμό ερώτημα και να έχει αναφέρει ότι εκδόθηκε η υπ’ αριθμ. 674/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, την καταδίκη της για συμμετοχή σε διαδικασία στρέβλωσης του ανταγωνισμού και τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε, εάν έλαβε. Αντί των άνω η εταιρία “.....” υπέβαλε στις 29.1.2019 υπεύθυνη δήλωση στην οποία δήλωνε ότι δεν έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του

ανταγωνισμού. ... Συνεπώς η προσβαλλόμενη 693/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Κρήτης που δεν απέκλεισε του διαγωνισμού την ένωση οικονομικών φορέων «.....» μολονότι γνωρίζει ότι έχει συνάψει συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού και της δήλωσε ψευδώς, άλλως της απέκρουσε, ότι δεν έχει συνάψει τέτοιες συμφωνίες είναι παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί...».

5. Επειδή, η εξεταζόμενη Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής Απόφασης η οποία αφορά δημόσιο Διαγωνισμό έργων που υπάγεται, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως προς το ρυθμιστικό του πλαίσιο στο ΒΙΒΛΙΟ Ι του Ν. 4412/2016 για τους κλασικούς τομείς (Οδηγία 2014/24/ΕΕ, ΕΕ L 94), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης €27.804.086,75 άνευ ΦΠΑ 24% €6.677.419,35, ανώτερης του ορίου που θεσπίζεται στα άρθρα 345 Ν. 4412/2016 και 1 α) Π.Δ. 39/2017 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε, με την αποστολή της Προκήρυξης για δημοσίευση στην Υπηρεσία Επίσημων Εκδόσεων της Ε.Ε. κατά το άρθρο 61 παρ. 1 Ν. 4412/2016, μετά τις 26.06.2017 (άρθρο 20.Α. σελ. 19 της Διακήρυξης).

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή της κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά, όπως ομολογεί η ίδια (σελ. 3 Πεδίο Δ της Προσφυγής της), την 12.06.2019, ώστε η Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 24.06.2019 [η 22η και 23η.06.2019 συνιστούν εξαιρετές κατά τον νόμο ημέρες], ήτοι εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

7. Επειδή, στρεφόμενη κατά της Απόφασης ΟΕ 693/2019 η προσφεύγουσα κατά το μέρος που καλείται η, δια της μεγαλύτερης μειοδοσίας ανταγωνιστικής της, από την αναθέτουσα αρχή, κατ' εφαρμογή της ΕΣ Ε' Κλιμάκιο 319/2019 Πράξης του σύμφωνα με όσα κρίθηκαν νομικά από τους Ανώτατους Δημοσιονομικούς Δικαστές, να «αποδείξει, προσκομίζοντας κατάλληλα προς τούτο έγγραφα και στοιχεία, ότι έλαβε επανορθωτικά μέτρα επαρκή», αιτιάται άνευ εννόμου συμφέροντος στρεφόμενη, κατά το μέρος αυτό, κατά Απόφασης (που ναι μεν προέρχεται από την) ΟΕ η οποία (όμως) εκδίδεται προς συμμόρφωση με την ως άνω κλιμακιακή Πράξη την οποία οφείλει δεσμίως να εφαρμόσει η αναθέτουσα αρχή. Σε κάθε δε περίπτωση η προσβαλλόμενη Απόφαση ΟΕ 693/2019 κατά το μέρος που προβαίνει στην υλοποίηση της «υποχρέωσης προηγούμενης κλήσης» της ελεγχόμενης ένωσης οικονομικών φορέων στερείται εκτελεστότητας καθώς, ως διδάσκεται στο γενικό διοικητικό δίκαιο, δε τυγχάνουν προσβολής πράξεις εκ δημοσίων νομικών προσώπων, εν προκειμένω της «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΚΡΗΤΗΣ» ως Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου, οι οποίες θεωρούνται προπαρασκευαστικές, δηλαδή, στην εδώ περίπτωση η κλήση για παροχή διευκρινίσεων προς την ως άνω ένωση ώστε να προσκομίσει τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, επί τη βάση των οποίων, μετά ουσιαστικής εκτιμήσεως αυτών, θα λάβει την τελική Απόφασή του το δημόσιο νομικό πρόσωπο αυτό [βλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 6η Έκδοση 2012, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, σελ. 234 αριθμ. 520 και 245-246 αριθμ. 552-554· Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου ΙΙ, 11η Έκδοση 2002, σελ. 500-502 αριθμ. 481]. Τέλος, εκ της ήδη σχηματισθείσας νομολογίας του Ανωτάτου Δημοσιονομικού Δικαστηρίου, συγκεκριμένα την εκ του Τμήματος Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης Απόφαση 1262/06.08.2019, προκύπτει πως κατά τη διενέργεια του, συνταγματικώς κατοχυρωμένου προσυμβατικού ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 98 Συντάγματος και 35-36 Κώδικα Νόμων για το ΕΣ που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν. 4129/2013), «δε δεσμεύεται από τυχόν διαφορετικές κρίσεις της ΑΕΠΠ επί ερμηνείας διατάξεων νόμου (πρβλ. ΕΣ Τμήμα Μειζ.-Επτ. Σύνθ. 506/2014)». Υπενθυμίζεται, πάντως, όπως έχει επισημανθεί [Ι. Κίτσος, «Η προστιθέμενη

αξία της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών στην ελληνική αγορά των Δημοσίων Συμβάσεων από τη σκοπιά της ασφάλειας δικαίου» (Ομιλία από 09.02.2019 στο Ιδρυτικό Επιστημονικό Συνέδριο της ΑΕΠΠ με θέμα «Η αποτελεσματική επίλυση των διαφορών από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών Α.Ε.Π.Π. και η συμβολή της στην οικονομική ανάπτυξη της Χώρας», που διοργανώθηκε από κοινού με το Πανεπιστήμιο Πειραιώς στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη), ΕφαρμογέςΔΔ (32)Ι/2019 σελ. 35] πως «πρόκειται για δεδομένη έλλειψη της ελληνικής θεωρίας του δημοσίου δικαίου η απουσία επιστημονικής επεξεργασίας» της σχέσης του έμμεσου ελέγχου που ασκεί το ΕΣ στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ, λαμβανομένης υπόψη και της διαφορετικής φύσης του εξεταστικού ελέγχου που διενεργεί η ΑΕΠΠ με βάση τις ανατιθέμενες (σε αυτή) αρμοδιότητες για την παροχή προδικαστικής προστασίας κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, όπως προσδιορίζονται με βάση τα άρθρα 3επ. Ν. 4412/2016 και 1επ. Κανονισμού.

8. Επειδή, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτά παρεμβαίνει προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, η ένωση νομικών προσώπων «.....», καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 01.07.2019 την Παρέμβασή της, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης με την οποία, σε συμμόρφωση με τα διαταχθέντα δυνάμει της Πράξης 319/2019 εκ του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου καλείται να αποδείξει να επανορθωτικά μέτρα που έλαβε (self-cleaning measures), σύμφωνα με τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 7 Κανονισμού, ήτοι εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση σε αυτή της Προδικαστικής Προσφυγής της αιτούσας, η οποία έγινε από την αναθέτουσα αρχή ηλεκτρονικά την 26.06.2019, προβάλλει δε ενστάσεις τόσο ως προς το παραδεκτό της Προσφυγής όσο και για την ουσιαστική απόρριψη των προσβαλλόμενων κατ' αυτής ουσιαστικών αιτιάσεων.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στο κρίνον Κλιμάκιο, με την από 03.07.2019 ηλεκτρονική επιστολή της, τις Απόψεις 159465/03.07.2019 όπου, επισημαίνοντας αρχικά πως: «Από την με αρ. 319/2019 Πράξη του Ε΄

Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ενημερώθηκε η Περιφέρεια Κρήτης για τις με αρ. 642/09.03.2017 και 674/14.12.2018 αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού διαπιστώσεων σύμφωνα με τις οποίες υφίστανται επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι εταιρείες που συμμετέχουν στην αναδειχθείσα ανάδοχο ένωση εταιρειών είχαν συνάψει, κατά τα ανωτέρω χρονικά διαστήματα», τονίζει ότι «η Περιφέρεια Κρήτης, σε εκτέλεση της σχετικής απόφασης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση, ως όφειλε ... Το ζήτημα της παραδεκτής συμμετοχής της εταιρείας στη διαγωνιστική διαδικασία, κρίθηκε με τη ως άνω απόφαση το Ελεγκτικού Συνεδρίου και ως εκ τούτου, η υπηρεσία δεν προέβη σε έλεγχο σχετικά με το ζήτημα αυτό». Σε κάθε περίπτωση «ενόψει του δεδομένου ότι η σχετική απόφαση του ΔΕΚ, με την οποία το διάστημα της τριετίας καθορίζεται διαφορετικά από ότι με την σχετική διάταξη του άρθρου 73 Ν. 4412/2016, εκδόθηκε μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, θεωρούμε ότι η συμμετοχή της ως άνω ένωσης εταιρειών δεν πάσχει. Με βάση τα παραπάνω δεδομένα, καθώς και αυτά που είχε η υποψήφια ένωση κατά τον χρόνο υποβολής της αίτησης της στο διαγωνισμό, δηλαδή το γεγονός ότι τότε η Ζετία αποκλεισμού υπολογιζόταν από την ημερομηνία συντέλεσης του σχετικού γεγονότος και όχι έκδοσης σχετικής απόφασης, θεωρούμε ότι η αρνητική δήλωση στο ΕΕΕΣ δεν είναι λόγος αποκλεισμού και κατά συνέπεια ορθά εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση».

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 911/2019

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου 283275950959 0823 0089 ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (€15.000)

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε στις 12 Αυγούστου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Λαμπρινή Φώτη