

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να συνεξετάσει, σε συμμόρφωση με τις υπ' αριθμ. 802/2022, 803/2022 και 804/2022 Αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών: α) την, από 07.10.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΕΑΔΗΣΥ 1890/07.10.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «....», νομίμως εκπροσωπούμενης, β) την, από 07.10.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – ΕΑΔΗΣΥ 1895/08.10.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης και γ) την, από 07.10.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΕΑΔΗΣΥ 1897/08.10.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της (εφεξής αναθέτων φορέας), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με τις ανωτέρω Προδικαστικές Προσφυγές οι προσφεύγουσες επιδιώκουν, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1400/17.09.2021 Απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου του αναθέτοντος φορέα – κατ' αποδοχή του Ενιαίου Πρακτικού Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Τεχνικής

Προσφοράς, Οικονομικής Προσφοράς της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ – ΚΤΙΡΙΩΝ ΤΗΣ», προϋπολογισμού 4.140.478,96€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής (...Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της 3^{ης} προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία απορρίφθηκε η υποβληθείσα Προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της 1^{ης} Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ., ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ 15.000,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός). Επειδή, για την άσκηση της 2^{ης} Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ., ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ 15.000,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός). Επειδή, για την άσκηση της 3^{ης} Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και

δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ 15.000,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η 1η προσφεύγουσα («...»), άσκησε την, από 07.10.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1890/07.10.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής. όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Επειδή, περαιτέρω, η 2^η προσφεύγουσα («...»), άσκησε την, από 08.10.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1895/08.10.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής. όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Επειδή, τέλος, η 3η προσφεύγουσα («...»), άσκησε την, από 08.10.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1897/08.10.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής. όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, οι ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές στρέφονται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 4.140.478,96€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Αρχής, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα οι προσφεύγουσες προσβάλλουν την ως άνω πράξη, καθόσον οι κατ' αυτής Προδικαστικές Προσφυγές έχουν κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη με αριθμό 1400/17.09.2021 Απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 27.09..2021.

5. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα («...»), που υπέβαλε Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη Απόφαση της ..., θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «... ΠΡΩΤΟΝ: Οι κυρώσεις που έχουν επιβληθεί στην εταιρία μας δεν έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, και άρα δεν δύνανται να οδηγήσουν σε αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό.

(α) Στην παρ. 2.2.3 «Λόγοι αποκλεισμού» της διακήρυξης (σελ. 20), ορίζεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους ... 2.2.3.2 γ) η γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας

που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Επίσης στην παρ.2.2.3.4. της διακήρυξης (σελ. 21) ορίζεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (ζ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, ιδίως, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (ζ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.»

Στις ανωτέρω διατάξεις της Διακήρυξης και συγκεκριμένα στην παρ. 2.3.3.2 στην περίπτωση γ' όσον αφορά το ζήτημα της επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας αναφέρεται ρητά ότι «Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Επομένως, κατά την ειδικότερη βούληση της διακήρυξης, οι ποινές της εργατικής νομοθεσίας, προκειμένου να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού, υπό την έννοια του αντίστοιχου όρου της διακήρυξης και των άρθρων 68 Ν. 3863/2010 και 73 του Ν. 4412/2016, θα πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ήτοι να έχει αποφανθεί το διοικητικό δικαστήριο τελεσιδίκως και δεσμευτικώς επί των ασκηθεισών προσφυγών κατά των συγκεκριμένων διοικητικών κυρώσεων. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν έχει προσβληθεί και ως εκ τούτου είναι απολύτως δεσμευτικός για όλους (ΣΤΕ 2770/2013).

(β) Στην προκειμένη περίπτωση, στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, τις οποίες επικαλεστήκαμε στο ΕΕΕΣ μας: «α. Η υπ' αριθμ 284515/1-11-2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας τ.. ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Μυτιλήνης η ΠΡ 211/21-11-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1)., β Η υπ' αριθμ. ...

πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Λάρισας η ΠΡ 261/28-6- 2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2)., γ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης η ΠΡ 4214/19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3)., δ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ10837/27-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4)., ε. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ11643/11-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5)., στ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ11825/12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6)., ζ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ13525/30-09-2019 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 7)...». Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η εταιρία μας έχει ασκήσει ισάριθμες προσφυγές για όλες τις πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, για τις οποίες εκκρεμεί η έκδοση αποφάσεων, όπως ανέφερε και στο ΕΕΕΣ της, και συνεπώς οι αναφερόμενες κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει «τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ», ώστε να τίθεται ζήτημα αποκλεισμού της εταιρίας μας (ad hoc ΑΕΠΠ 438/2019, ΑΕΠΠ 390-391-392/2019 κ.α). Επομένως, η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412 /2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.2. της διακήρυξης.». [...] Σε κάθε περίπτωση, η μη ταύτιση του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2 (γ) της διακήρυξης με τον όρο 2.2.3.4 (ζ) οδηγεί εν προκειμένω σε αμφισημία ως προς το πεδίο εφαρμογής του σχετικού λόγου αποκλεισμού, η οποία όμως, εν όψει των αρχών της

διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος τους, επιφέροντας την απόρριψη της προσφοράς τους (βλ. ΔΕφίωαν Ν6/2019, Δεφ Πει 4/2020, ΑΕΠΠ 265/2019, 438/2019). [...]

ΔΕΥΤΕΡΟΝ: Η αιτιολογία με την οποία κρίθηκαν ανεπαρκή τα επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει η εταιρία μας παρίσταται ελλιπής και η απόφαση περί ανεπάρκειας των μέτρων εκδόθηκε κατά κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας αξιολόγησης της επάρκειας των μέτρων, χωρίς να αξιολογηθούν όλα τα δεδομένα και τα στοιχεία που επικαλεστήκαμε, όπως άλλωστε έχει ήδη κριθεί *ad hoc* για την εταιρία μας με αποφάσεις της ΑΕΠΠ και των διοικητικών δικαστηρίων (ΑΕΠΠ 1005/2021, Σ626/2021, Σ1603/2020, 1397/2019). [...] Στο ΤΕΥΔ που συμπλήρωσε η εταιρία μας κατά την υποβολή της προσφοράς της κλήθηκε να απαντήσει στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου;» και περαιτέρω στο ερώτημα «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;». Η εταιρία μας έδωσε την απάντηση «ΝΑΙ» στα ως άνω ερωτήματα αναφέροντας τα κάτωθι: «Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ' αριθμ ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας τ.. ..., για την οποία έχει Ακολουθώντας, στο ερώτημα του ΤΕΥΔ «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού ("αυτοκάθαρση");» η εταιρία μας έδωσε την απάντηση «ΝΑΙ» αναφέροντας τα κάτωθι: «Όπως προκύπτει από το σώμα των προσφυγών, που καταθέσαμε στον φάκελο του διαγωνισμού, σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 300 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση

της εταιρίας μας. Η εταιρία μας έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα, ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, επειδή οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας, που επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Επίσης παραδίνονται τα προγράμματα εργασίας στο προσωπικό, τα οποία υπογράφουν, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των συγκεκριμένων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Σημειώνεται ότι εξειδικευμένο γραφείο νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση και επιβλέπει όλα τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας όσον αφορά το προσωπικό που απασχολούμε σε όλη την Ελλάδα. Η εταιρία έχει συστήσει μια νέα και ξεχωριστή Διεύθυνση εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της εταιρίας, την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ

Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού. Επίσης έχει εκπαιδεύσει το προσωπικό ασφαλείας σε θέματα που αφορούν ποιες διαδικασίες θα ακολουθεί ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) / Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) 10 δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Σε κάθε περίπτωση η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής και εργοδοτικής ευθύνης για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία αν τυχόν προκύψει στο μέλλον. Προς απόδειξη των μέτρων αυτοκάθαρσης που δηλώσαμε είναι στη διάθεσή σας όποτε ζητηθούν τα εξής: - Πρακτικό Γενικής Συνέλευσης για την σύσταση μιας νέας και ξεχωριστής Διεύθυνσης εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της εταιρίας, την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού. Για την οργάνωση εκπαίδευσης του προσωπικού ασφαλείας σε θέματα που αφορούν ποιες διαδικασίες θα ακολουθεί ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. -Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ... ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας -Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ... ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας -Βεβαίωση του Δικηγόρου της εταιρίας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών μας για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας - Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής, Επαγγελματικής και Εργοδοτικής ευθύνης της εταιρίας μας από την

... -Την σύμβαση με την εταιρία που μας παρέχει Ιατρούς Εργασίας και Τεχνικούς ασφαλείας για όλους τους εργαζόμενους της εταιρίας, σε όλα τα υπό φύλαξη σημεία, ώστε να είμαστε σύμφωνοι με τις κείμενες διατάξεις της εθνική νομοθεσίας για την υγεία και ασφάλεια των εργαζομένων -Δείγμα από τα προγράμματα εργασίας που παραδίδουμε στο προσωπικό μας, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και έτσι να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές Σε κάθε περίπτωση οι συγκεκριμένες διατάξεις του Ν3863 είναι αμφιβόλου συνταγματικότητας και ότι αφορά την εταιρία μας η επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές. Η εταιρία μας βρίσκεται στη διάθεση να προσκομίσει τα αποδεικτικά στοιχεία, όποτε αυτά μας ζητηθούν.». [...]

(β) Μετά την υποβολή των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης της εταιρίας μας και συνέταξε σχέδιο απόφασης για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων, προκειμένου να το αποστείλει στην αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή της παρ.9 άρθρου 73 Ν 4412/2016, με το οποίο υποστήριξε ότι τα μέτρα αυτοκάθαρσης της εταιρίας ήταν επαρκή για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της και εισηγήθηκε στην αρμόδια Επιτροπή να ννωμοδοτήσει υπέρ της αποδοχής της προσφοράς της εταιρίας μας. Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα με το σχέδιο απόφασής της, έκανε δεκτά τα εξής: «... Τα πρόστιμα που έχουν επιβληθεί προκύπτουν μόνο από τις Υπηρεσίες Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του ΣΕΠΕ με αριθμ. πρωτ ... Θεωρώντας ότι δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει του, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, ο οικονομικός φορέας τις έχει προσβάλει με εμπρόθεσμες δικαστικές προσφυγές οι οποίες έχουν κατατεθεί στο αρμόδιο Διοικητικό Πρωτοδικείο. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουν ασκηθεί για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού της εταιρείας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της η οποία είναι φαίνεται απολύτως εντάξει

στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών, μισθών και επιδομάτων στους εργαζόμενους. Επισημαίνουμε ότι παρά την αμφισβήτηση των πράξεων επιβολής προστίμων με προσφυγές, η εταιρία εξόφλησε τα ποσά των προστίμων, όταν βεβαιώθηκαν αυτά στην εφορία.

- Παρουσιάζεται ότι οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 300 εργαζόμενους που απασχολεί κατά μέσο όρο, οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε επί τούτου πρόθεση.

- Παρουσιάζεται ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία.

- Παρουσιάζει πως κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Σημειώνεται ότι εξειδικευμένο γραφείο νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργάζεται είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση και επιβλέπει όλα τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας όσον αφορά το προσωπικό που απασχολεί σε όλη την Ελλάδα. Η εν λόγω εταιρία έχει συστήσει μια νέα και ξεχωριστή Διεύθυνση εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της ,την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού. Επίσης έχει εκπαιδεύσει το προσωπικό ασφαλείας σε θέματα που αφορούν ποιες διαδικασίες θα ακολουθεί ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας.

- Από τα παραπάνω συνάγεται ότι έχει ληφθεί μια σειρά μέτρων επαρκή για την αυτοκάθαρση της εταιρείας με αποτέλεσμα να μη τίθεται ζήτημα αποκλεισμού

της από την διαγωνιστική διαδικασία λόγω αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου (ιδίως άρθρο 68 ν. 3863/2010).

Ύστερα από τη παραπάνω έρευνα και αξιολόγηση των προσκομιζομένων εγγράφων των ως άνω οικονομικών φορέων αποφασίζουμε ότι: Οι παρακάτω οικονομικοί φορείς...2)«...» με δ.τ. « ... » αποδεικνύεται ότι έχουν προβεί στην λήψη επαρκών μέτρων αυτοκάθαρσης με αποτέλεσμα τον μη αποκλεισμό τους από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία λόγω αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου (άρθρο 68 ν. 3863/2010). Συνεπώς, θα πρέπει να συμμετάσχουν κανονικά στην συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας στα πλαίσια του Διεθνή ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την σύμβαση «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ - ΚΤΙΡΙΩΝ ΤΗΣ ...» (Διακήρυξη Δημοπρασίας αριθ. ...)». (σχετ.1)

Συνεπώς, η ... ως αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού, με πλήρως αναλυτική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία αποφάνθηκε ότι η εταιρία μας έχει λάβει επαρκή μέτρα αυτοκάθαρσης προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας, ώστε να μην συντρέχει πλέον λόγος αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, απέστειλε δε το παραπάνω σχέδιο απόφασης στην αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή του άρθρου 73 Ν.4412/2016, καλώντας την να δώσει τη σύμφωνη γνώμη της για την αποδοχή της προσφοράς της εταιρίας μας στον διαγωνισμό. Ωστόσο, στην από 16-10-2020 Συνεδρίασή της, η αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή, έκρινε εκ διαμέτρου αντίθετα από την ..., δηλαδή γνωμοδότησε ομόφωνα ότι τα επανορθωτικά μέτρα της εταιρίας της δεν είναι επαρκή για την συμμετοχή της στη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού (Συνεδρίαση 28η, Πράξη 28Δ), αναφέροντας τα κάτωθι: «....» (γ) Εν όψει των ανωτέρω, η αιτιολογία περί ανεπάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων αυτοκάθαρσης παρίσταται ελλιπής και συγκεκριμένα διότι: [...] Επισημαίνεται ότι η Α.Ε.Π.Π. οφείλει να εξετάζει τη νομιμότητα της αιτιολογίας της μη σύμφωνης γνωμοδότησης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 του ν.4412/2016, η πλημμέλεια της οποίας επηρεάζει τη νομιμότητα της πράξης της αναθέτουσας αρχής που προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή, διότι τυχόν άρνηση της Α.Ε.Π.Π. να ελέγξει τις πλημμέλειες της αιτιολογίας της μη σύμφωνης γνώμης, που καθιστά υποχρεωτικό τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τον

διαγωνισμό, συνεπάγεται την αδυναμία δικαστικής αμφισβήτησης αυτού του αποκλεισμού, κατά παράβαση των οριζόμενων στα άρθρα 360 και 367 του ν.4412/2016 και του δικαιώματος δικαστικής προστασίας (βλ. ΔΕφ Αθ 94/2020. 1716/2020). [...] Στην προκειμένη περίπτωση, όσον αφορά την εταιρία μας, έγινε όλως αποσπασματική και γενική - και όχι ειδική - αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων, και μάλιστα όχι όλων, αλλά επιλεκτικά μόνο ορισμένων εξ αυτών. Η οικεία Γνωμοδοτική Επιτροπή αρκείται σε μια γενικόλογη αναφορά περί μη επάρκειας των τεχνικών μέτρων και των μέτρων σε επίπεδο προσωπικού, χωρίς να εξειδικεύει σε ποιο ακριβώς αναφέρεται και σε τι συνίσταται η ανεπάρκεια αυτή, ενώ ουδόλως γίνεται εκτίμηση των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης σε σχέση με τη βαρύτητα των επιβληθεισών κυρώσεων, το μέγεθός τους, το μέγεθος της εταιρίας, τις εν γένει περιστάσεις επιβολής των κυρώσεων, όπως αυτές προκύπτουν από τις κατατεθειμένες προσφυγές μας και την εν γένει σοβαρότητα και επίπτωση του αποδιδόμενου παραπτώματος στη συμπεριφορά και τη φερεγγυότητα της εταιρίας μας για να εκτελέσει το εν θέματι έργο (πρβλ. ΑΕΠΠ 1397/2019, 626/2021). Άλλωστε, η κρίση της Επιτροπής περί ανεπάρκειας των ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, διότι αν και αναφέρει η αρμόδια Επιτροπή αναλυτικά όλα τα στοιχεία και έγγραφα που έλαβε υπόψη η προσβαλλόμενη απόφαση, ωστόσο, ουδόλως αναφέρει με την αιτιολογία της κάποια - κατά την κρίση της - κατηγοριοποίηση των στοιχείων και εγγράφων που υπεβλήθησαν ενώπιόν της, ήτοι δεν συστοιχεί τις δοθείσες πληροφορίες και τα προσκομισθέντα προς απόδειξη έγγραφα, με την απαίτηση του αρ. 1.1.3.5. της διακήρυξης περί απόδειξης λήψης συγκεκριμένων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων καθώς και μέτρων σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλων για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Περαιτέρω, δεν προβαίνει σε επαρκή τοποθέτηση αν όχι ανάλυση περί της αδυναμίας με το σύνολο των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων αποφυγής περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και δη σε συνάρτηση με τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος, άλλως υπό ευρύτερη έννοια δεν εξειδικεύει η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, για ποιο ειδικότερο λόγο τα επικαλούμενα και προσκομισθέντα έγγραφα δεν παρέχουν

επαρκή τεκμηρίωση ως προς την αξιοπιστία της επιχείρησης (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ Σ1603/2020 *ad hoc* για τα ίδια επανορθωτικά μέτρα της εταιρίας μας). [...] Προς απόδειξη τούτου, ουδέν άλλο πρόστιμο της εργατικής νομοθεσίας μας επιβλήθηκε για πάνω από 2 έτη (!), ήτοι έως και σήμερα. Τα παραπάνω δεδομένα, ήτοι η έκταση της παραβατικότητας, το μέγεθος της επιχείρησης κ.λπ. ουδόλως εκτιμήθηκαν αιτιολογημένα με βάση την αρχή της αναλογικότητας στην προκειμένη περίπτωση, με αποτέλεσμα η κρίση περί μη επάρκειας των επικαλούμενων μέτρων να είναι ανεπαρκής, όχι εξειδικευμένη και άρα όλως εσφαλμένη και αναιτιολόγητη. [...] Ειδικότερα, η Γνωμοδοτική Επιτροπή δεν εξέφρασε καμία απολύτως κρίση για τα ακόλουθα μέτρα που αναφέραμε στο ΤΕΥΔ μας, και αποδείξαμε με τα κατάλληλα έγγραφα: 1) Το γεγονός ότι έχουμε καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. [...] 2) Το γεγονός ότι παραδίνονται τα προγράμματα εργασίας στο προσωπικό [...] Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των συγκεκριμένων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα, το οποίο αποδεικνύει την επιτυχία του συγκεκριμένου μέτρου. 3) Το γεγονός ότι κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. 4) Το γεγονός ότι εξειδικευμένο γραφείο νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση και επιβλέπει όλα τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας όσον αφορά το προσωπικό που απασχολούμε σε όλη την Ελλάδα. 5) Το γεγονός ότι έχουμε καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε

αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. 6) Το γεγονός ότι η εταιρία έχει συστήσει μια νέα και ξεχωριστή Διεύθυνση εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της εταιρίας, την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού. Οι αρμοδιότητες της νέας αυτής Διεύθυνσης που έχει συσταθεί έχουν καθοριστεί μέσω του υπ. αριθμ. 503 /23-9-2019 πρακτικού της έκτακτης γενικής συνέλευσης της εταιρίας μας υπό την παρουσία συμβολαιογράφου. Άλλωστε, προσκομίσαμε το πρακτικό σύστασης της εν λόγω Διεύθυνσης, ώστε δεν υπήρχε καμία αμφιβολία για την ύπαρξη αυτής. 7) Το γεγονός ότι οι παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους συνολικά 300 εργαζομένους της εταιρίας μας και οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Άλλωστε, έχουμε ασκήσει προσφυγές για όλα τα πρόστιμα, και συνεπώς αυτά δεν έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. 8) Το γεγονός ότι κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. 9) Το γεγονός ότι η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής και εργοδοτικής ευθύνης για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία αν τυχόν προκύψει στο μέλλον.

ΤΡΙΤΟΝ: Δεν συντρέχει πλέον για την εταιρία μας ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, διότι κατά τα τελευταία δύο έτη επιβλήθηκε στην εταιρία μας μόνο μία πράξη επιβολής προστίμου για παράβαση της εργατικής νομοθεσίας - Η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, διότι η από 16-10-2020 Γνωμοδότηση της Επιτροπής κατέστη ανεπίκαιρη μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 17-9-2021. [...] Επομένως, από τις επτά παραβάσεις υψηλής σοβαρότητας που έχουν καταλογιστεί στην εταιρία μας, η

μία εξ αυτών αφορά το έτος 2017 και οι πέντε εξ αυτών αφορούν το έτος 2018, και επομένως στις 17-9-2021, οπότε εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, είχε παρέλθει προ πολλού το κρίσιμο χρονικό διάστημα των δύο ετών, και άρα ΔΕΝ συνέτρεχε πλέον για την εταιρία μας ο λόγος αποκλεισμού που αφορά την επιβολή προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή παρανόμως απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας, μολοντί δεν συντρέχει πλέον ο λόγος αποκλεισμού της παρ. 2γ του άρθρου 73 ν. 4412/2016, διότι έχει παρέλθει το κρίσιμο χρονικό διάστημα των δύο ετών ήδη από τον Δεκέμβριο του 2020, ενώ η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε τον Σεπτέμβριο του 2021.

(β) Σε κάθε περίπτωση, στη διάταξη του άρθρου 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας προβλέπεται ότι «1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενο της.». [...] Στην υπό κρίση περίπτωση, η Γνωμοδότηση της Επιτροπής της παρ.9 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας μας ελήφθη στην από 16-10-2020 Συνεδρίαση της Επιτροπής. Έκτοτε, και μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 17-9-2021, παρήλθε χρονικό διάστημα 11 μηνών(!), εντός του οποίου μάλιστα επήλθε ουσιώδης μεταβολή των κρίσιμων δεδομένων που αφορούν την εταιρία μας, με αποτέλεσμα η εκδοθείσα Γνωμοδότηση της Επιτροπής να έχει καταστεί χρονικά και ουσιαστικά ανεπίκαιρη. Συγκεκριμένα, με βάση όσα παραπάνω αναφέρθηκαν, ήδη από τον Δεκέμβριο του 2020, παρήλθε το κρίσιμο χρονικό διάστημα των 2 ετών από την επιβολή των προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας και πλέον δεν συντρέχει καν για την εταιρία μας ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού. Συνεπώς, εκ του νόμου θεωρείται πλέον δεδομένη και αδιαμφισβήτητη η αποκατάσταση της αξιοπιστίας της εταιρίας μας, και δεν συντρέχει ήδη από τον Δεκέμβριο λόγος να αναφέρουμε στο ΕΕΕΣ μας τα πρόστιμα του 2017 και 2018, και πολύ

περισσότερο δεν υπάρχει λόγος να επικαλούμαστε μέτρα αυτοκάθαρσης. Το γεγονός αυτό συνιστά προδήλως ουσιώδη μεταβολή των κρίσιμων δεδομένων που σε συνδυασμό και με την πάροδο χρονικού διαστήματος 11 μηνών κατέστησε την αρχικώς εκδοθείσα γνωμοδότηση ανεπίκαιρη και συνακόλουθα δημιούργησε υποχρέωση στην αναθέτουσα αρχή να ζητήσει την έκδοση νέας επίκαιρης γνωμοδότησης, που θα λαμβάνει υπόψη το οψιγενές κρίσιμο δεδομένο, δηλαδή την πάροδο της κρίσιμης διετίας, που έχει ως αυτοδίκαιο αποτέλεσμα να θεωρείται εκ του νόμου ότι η αξιοπιστία της εταιρίας μας αποκαταστάθηκε και να μην τίθεται πλέον κανένα ζήτημα αποκλεισμού της εταιρίας μας από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Είναι προφανές ότι το συγκεκριμένο δεδομένο είναι πολύ σημαντικό και είναι πολύ πιθανό ότι θα ασκούσε επιρροή στην κρίση της Επιτροπής περί του αν έχει επέλθει αποκατάσταση της αξιοπιστίας της εταιρίας μας. Επομένως, σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή θα όφειλε να αποστείλει εκ νέου το ζήτημα της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων και της αποκατάστασης της αξιοπιστίας της εταιρίας μας, αφότου παρήλθε το κρίσιμο χρονικό διάστημα της διετίας, στην αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή, προκειμένου να εκδώσει επίκαιρη γνωμοδότηση, δηλαδή με βάση το νέο ουσιώδες δεδομένο ότι δεν συντρέχει πλέον για την εταιρία μας ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού και ότι έχει εκ του νόμου αποκατασταθεί η αξιοπιστία της. [...]».

6. Επειδή, η 2^η προσφεύγουσα («...»), που υπέβαλε Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη Απόφαση του αναθέτοντος φορέα, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 1400/2021 Απόφαση του αναθέτοντος φορέα, μη νομίμως απορρίφθηκε η Προσφορά της, με το σκεπτικό ότι συντρέχει σε βάρος της ο λόγος αποκλεισμού του άρ. 2.2.3.4. περ. στ) της Διακήρυξης. Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «... 1. Δυνάμει του από 4-06-2021 Ενιαίου Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης

Διαγωνισμών η προσφορά της εταιρείας μας απορρίφθηκε με την κάτωθι αιτιολογία: «Όπως, ήδη, αναφέρθηκε οι εταιρείες «..» με δ.τ. «..» καί «...» με δ.τ. «....» έδωσαν αρνητική απάντηση («ΟΧΙ») στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ αναφορικά με την συνδρομή ή μη εις βάρος τους σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ωστόσο, στην υπ' αριθμ. 721/2020 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β' 5992/31- 12-2020) αναφέρεται ότι: (...) Από την ανωτέρω απόφαση της Ε.Α., λοιπόν, αποδεικνύεται, κατά αμάχητο τεκμήριο, πως α) η συμμετέχουσα, στον παρόντα ... διαγωνισμό, εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον δ.τ. «....» γνώριζε, ήδη, από το έτος 2011, πως εκκρεμεί εις βάρος της έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για παραβίαση της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού, διεξήχθη, δε, έρευνα στα γραφεία αυτής το έτος 2012, ενώ κατέθεσε σχετικές διευκρινίσεις, ενώπιον της Ε.Α., το έτος 2015, β) συνέτρεχε κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών στον διαγωνισμό ... εκκρεμής έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού εις βάρος της προσφέρουσας, κάτι που αυτή, ωστόσο, ΔΕΝ δήλωσε στο από 24-10-2019 ΕΕΕΣ της, ενώ είχε σχετική προς τούτο υποχρέωση, γ) ενόψει της έκδοσης και επίδοσης της υπ' αριθμ. 5073/09-06-2020 Εισήγησης και του προσδιορισμού δικασίμου ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η προσφέρουσα, μαζί με κάποιους άλλους ελεγχόμενους φορείς (όχι όλους), αναγνωρίζοντας την βασιμότητα των κατηγοριών εις βάρος της και προκειμένου να αποφύγει δυσμενέστερη κρίση, ζήτησε και υπήχθη σε καθεστώς διαδικασίας διευθέτησης του άρθρου 25α του ν. 3959/2011, αναγνωρίζοντας ανεπιφύλακτα και αμετάκλητα την συμμετοχή της σε συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού κατά τα έτη 2010-2012 και δ) για τον λόγο αυτό της επεβλήθη από την Επιτροπή Ανταγωνισμού πρόστιμο ύψους 256.750,57 Ευρώ. (...)

Σχετικά με τα ανωτέρω επισημαίνονται τα εξής: Ρητά στην περίπτωση ζ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης ... προβλέπεται υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού ενόψει της συνδρομής στο πρόσωπο οικονομικού φορέα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Στην έννοια του παραπτώματος αυτού νομολογιακά περιλαμβάνονται και περιπτώσεις διαπίστωσης παραβατικής συμπεριφοράς αναφορικά με συμμετοχή του οικονομικού φορέα

σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Περαιτέρω από την από 18-03-2021 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής καταδεικνύεται με σαφήνεια πως οι λόγοι αποκλεισμού των περιπτώσεων γ' (στρέβλωση του ανταγωνισμού) και θ' (σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα) της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 μπορούν υπό προϋποθέσεις να συντρέξουν ταυτόχρονα, χωρίς να αποκλείει η συνδρομή του ενός το πεδίο εφαρμογής του άλλου. Γίνεται σαφές, δηλαδή, πως αν αναθέτουσα αρχή/φορέας διαπιστώσει πως ένας συμμετέχων οικονομικός φορέας έχει προβεί σε συμπεριφορές στρεβλωτικές του ανταγωνισμού δύναται, εφόσον έχει προβλεφθεί στην Διακήρυξη, να τον αποκλείσει είτε βάσει της περίπτωσης γ' είτε βάσει της περίπτωσης θ' είτε σωρευτικά βάσει και των δύο λόγων αποκλεισμού. Διαπιστώνει, δηλαδή, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή πως η συμμετοχή σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού εξακολουθεί να περιλαμβάνεται στο πεδίο/προϋποθέσεις εφαρμογής του λόγου αποκλεισμού ένεκα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, παρά την εισαγωγή με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού. Η μη έγκαιρη δήλωση/ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής/φορέα από τον οικονομικό φορέα, δε, αναφορικά με διενεργούμενη έρευνα εις βάρος του για στρέβλωση του ανταγωνισμού από την οικεία Αρχή, οδηγεί στην σωρευτική συνδρομή του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης η' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία αποκλείεται οικονομικός φορέας «εάν επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση» (βλ. αντίστοιχα περίπτωση στ' του άρθρου 2.2.3.4. της παρούσας Διακήρυξης).

Συναφώς έχει γίνει δεκτό από την νομολογία: α) Η υποχρέωση κάθε οικονομικού φορέα να δηλώνει με ειλικρίνεια και πληρότητα στο ΕΕΕΣ πραγματικά γεγονότα αφορώντα όχι μόνο παρελθούσες ομολογηθείσες και σε κάθε περίπτωση συντελεσθείσες συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού

αλλά και περιπτώσεις εκκρεμούς απλώς διαδικασίας ελέγχου από την αρμόδια ερευνητική Αρχή (ήτοι την Επιτροπή Ανταγωνισμού στην Ελλάδα, σύμφωνα με το άρθρο 14 του ν. 3959/2011) αναφορικά με την ύπαρξη ή μη συμμετοχής του σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού (εκκρεμής διαδικασία ελέγχου) και γενικά κάθε προβλεπόμενο λόγο αποκλεισμού από την διακήρυξη και τον νόμο (έτσι και ΔΕΕ στην υπόθεση C-267/18 (Delta) σκ. 36), ανεξαρτήτως, μάλιστα, της προσωπικής και υποκειμενικής πεποίθησης/ερμηνείας/αξιολόγησης του κάθε συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, σχετικά με το γεγονός αν τα πραγματικά αυτά γεγονότα συνεπάγονται την συνδρομή ή μη του σχετικού λόγου αποκλεισμού. Έχει γίνει δεκτό, δηλαδή, πως ακόμη και σε περίπτωση ύπαρξης εκκρεμούς απλώς διαδικασίας ελέγχου ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά τον χρόνο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ, αυτό το πραγματικό γεγονός υποχρεωτικά πρέπει να δηλωθεί ρητά από τον οικονομικό φορέα στο ΕΕΕΣ για να λάβει σχετικά γνώση ο αναθέτων φορέας. Διαφορετικά (ήτοι στην περίπτωση της μη δήλωσης της εκκρεμούς διαδικασίας ελέγχου από την ΕΑ κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ) συντρέχει ο αυτοτελής λόγος αποκλεισμού περί παροχής παραπλανητικών πληροφοριών, β) Η μη δυνατότητα μεταγενέστερης τροποποίησης της προσφοράς οικονομικού φορέα, έναντι των δηλωθέντων απ' αυτόν στο ΕΕΕΣ, εφόσον κατά τον χρόνο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ συνέτρεχαν γεγονότα που δεν δηλώθηκαν (κατ' εφαρμογή των αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας, της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων καί των άρθρων 73, 79, 103, 104, 310 του ν. 4412/2016), γ) Η μη δυνατότητα/αρμοδιότητα από τον αναθέτοντα φορέα, να λάβει υπόψη του μεταγενεστέρως προβληθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης, αφορώντα λόγο αποκλεισμού που συνέτρεχε κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και δεν δηλώθηκε από τον οικονομικό φορέα, δ) Η δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα, να αποκλείσει οικονομικό φορέα λόγω ψευδών/ανακριβών δηλώσεων/απόκρυψης πληροφοριών του τελευταίου, αναφορικά με λόγο αποκλεισμού που συντρέχει κατά την συμπλήρωση από τον οικονομικό φορέα του ΕΕΕΣ και δεν δηλώθηκε και ε) Η αυτοτέλεια του λόγου αποκλεισμού ένεκα παροχής παραπλανητικών πληροφοριών έναντι

άλλων λόγων αποκλεισμού και της υποχρέωσης του αναθέτοντα φορέα, να αποκλείει από την διαγωνιστική διαδικασία οικονομικό φορέα, που προέβη σε ψευδείς δηλώσεις/απόκρυψη πληροφοριών, όπως τούτο διαπιστώνεται από την εξέταση των δηλώσεων του τελευταίου στο ΕΕΕΣ κατά την αξιολόγηση των προσφορών, την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης κτλ (ΣτΕ 753, 754/2020, Επ. Αν. Στ Ε 91, 93/2020, Επ. Αν ΣτΕ 40, 117/2019, Α.Ε.Π.Π. 266/2021, 235/2021, 1380/2020, 1160/2020, 913/2019). Ιδιαίτερη σημασία, δε, έχει η εξής νομολογιακή παραδοχή, η οποία ήταν ήδη γνωστή κατά την υποβολή των προσφορών στον διαγωνισμό ... Γίνεται, δηλαδή, δεκτό, πως στο πλαίσιο εκτέλεσης της ανωτέρω υποχρέωσης ειλικρινούς δήλωσης της πραγματικής κατάστασης ενός οικονομικού φορέα ο τελευταίος μέσω των δηλώσεών του στο ΕΕΕΣ υποχρεούται να προβεί σε δήλωση κάθε πραγματικού γεγονότος καί μόνον σε κάθε πεδίο που αφορά λόγο αποκλεισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του κάθε ερωτήματος στο ΕΕΕΣ η εκ μέρους του διάγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή ή Φορέας να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (40, 117/2019 Επ. Αν. ΣτΕ). Δεν έγκειται, δηλαδή, στην κρίση του οικονομικού φορέα αν ένα πραγματικό γεγονός συνιστά ή όχι λόγο αποκλεισμού. Ο τελευταίος, καλόπιστα, υποχρεούται να το δηλώσει και αν εκτιμά, ότι η δήλωση αυτή μπορεί να επιφέρει ζήτημα πιθανής εξέτασης συνδρομής λόγου αποκλεισμού να προβάλλει επιπρόσθετα μέτρα αυτοκάθαρσης τα οποία καλείται να αξιολογήσει η αναθέτουσα αρχή/φορέας.

Συνέπεια τούτων, γίνεται δεκτό πως, αν κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών και συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ, οικονομικός φορέας παρείχε εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες, που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις του οικονομικού φορέα που αφορούν τον

αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, δεν ανέφερε π.χ. την έναρξη εις βάρος του έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για συμπεριφορές στρεβλωτικές του ελεύθερου ανταγωνισμού, τότε συντρέχει εις βάρος του οικονομικού αυτού φορέα αυτοτελής λόγος αποκλεισμού που συνίσταται ακριβώς στην παροχή των παραπλανητικών αυτών πληροφοριών και δημιουργείται δέσμια αρμοδιότητα του Αναθέτοντος Φορέα να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα (753, 754/2020 ΣτΕ, 23, 91, 93/2020 Επ. Αν. ΣτΕ, 235/2021 Α.Ε.Π.Π.). Περαιτέρω γίνεται δεκτό από την νομολογία, πως ενόψει της πλήρωσης του σχετικού λόγου αποκλεισμού λόγω παραπλανητικών πληροφοριών κατά την υποβολή της προσφοράς, πιθανή μεταγενέστερη (από το χρονικό σημείο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ) προβολή από τον οικονομικό φορέα μέτρων αυτοκάθαρσης αφορουσών την απόδειξη της αξιοπιστίας του σχετικά με την διεξαγόμενη έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν αίρει την συνδρομή του αυτοτελούς αυτού λόγου αποκλεισμού. Ούτε άλλωστε η παράτυπη αυτή συμπεριφορά, μέσω της οποίας πληρούται η περίπτωση η' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, δύναται ν' αναιρεθεί μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που τον οδήγησαν στην συμπεριφορά αυτή. Άλλωστε θα πρέπει να γίνει δεκτό, ότι, ενόψει της παραδοχής της ανωτέρω νομολογίας, σύμφωνα με την οποία κάθε εκκρεμής έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού πρέπει να δηλώνεται στο ΕΕΕΣ, δεν μπορεί για το λόγο αυτό να χαρακτηριστεί ως οψιγενής μεταβολή η έκδοση απόφασης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού μετά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ για συμπεριφορά για την οποία είχε ξεκινήσει έρευνα σε χρονικό σημείο πριν την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ. Επιπροσθέτως γίνεται δεκτό από την νομολογία (753, 754/2020 ΣτΕ, 91, 93/2020 Επ. Αν. ΣτΕ) πως «Επειδή, περαιτέρω, η γέννηση του ως άνω λόγου αποκλεισμού, στην περίπτωση που η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου δια του ΕΕΕΣ αφορά τη συμμετοχή του σε αντιανταγωνιστικές συμπράξεις, δεν εμποδίζεται από το γεγονός ότι μπορεί να συντρέχει λόγος απαλλαγής του από τις διοικητικές συνέπειες της παραβάσεως των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού για τον λόγο ότι έχει υπαχθεί σε καθεστώς "επιείκειας" ή σε διαδικασία "διευθετήσεως διαφοράς", σύμφωνα τις διατάξεις των άρθρων 25

παρ. 8, 25α και 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011 (Α' 93), όπως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο. Και τούτο, διότι τυχόν απαλλαγή από τις εν λόγω συνέπειες, ανεξαρτήτως του κατά τις ως άνω διατάξεις ειδικότερου περιεχομένου της, δεν καταργεί πάντως την, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, ειδική υποχρέωση του οικονομικού φορέα, που απορρέει από τη διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού, να δηλώσει με ακρίβεια στον αναθέτοντα φορέα, ως έχοντα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 28), την κατάστασή του σε σχέση με τον λόγο που προβλέπεται στο άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ' της οδηγίας 2014/24 (και τα άρθρα 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 22 παρ. 22.Α.4(στ) της διακηρύξεως) ούτε αίρει τις συνέπειες της υποβολής τυχόν ανακριβούς δηλώσεως». Ειδικά, δε, επί των τροποποιήσεων που επέφερε στους ν. 4412/2016 και 3959/2011 το άρθρο 235 του ν. 4635/2019, επισημαίνεται, πως κατ' εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας στις δημόσιες συμβάσεις, οι τροποποιήσεις αυτές ΔΕΝ εφαρμόζονται στην Διακήρυξη ..., καθώς ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών σ' αυτήν ορίστηκε η 24η/10/2019 (βλ. το υπ' αριθμ. πρωτ. 21432/16-10-2019 έγγραφο του Αναπληρωτή Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας μας), ενώ ο ν. 4635/2019 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ στις 30-10-2019 (ΦΕΚ Α' 167/30-10-2019), το άρθρο 235, δε, αυτού προβλέπει, μεταξύ άλλων, ότι: «Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 36 του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου.». Καθίσταται, λοιπόν, σαφές πως ενόψει της ολοκλήρωσης υποβολής των προσφορών στον διαγωνισμό ... πριν την δημοσίευση του ν. 4635/2019, ΔΕΝ μπορεί να τεθεί ζήτημα αναδρομικής

εφαρμογής αυτού στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, περίπτωση υπαγωγής σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 αποτελεί, καταρχήν, περίπτωση λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και της περίπτωσης ζ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης ... (σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα) είτε αυτή η υπαγωγή είχε επέλθει πριν την υποβολή των προσφορών είτε ακολούθησε σε επόμενο χρονικό σημείο. Δυνάμει, ωστόσο, των παραπάνω, θα πρέπει να γίνει περαιτέρω δεκτό πως, αν κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών στην ..., εκκρεμούσε έρευνα ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού εις βάρος οικονομικού φορέα και αυτή δεν δηλώθηκε στο ΕΕΕΣ, μεταγενέστερη δήλωση του οικονομικού φορέα για υπαγωγή της διαφοράς αυτής σε διευθέτηση του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 και προσκόμιση μέτρων αυτοκάθαρσης (μίας και αυτή η περίπτωση εξακολουθεί να συνιστά καταρχήν λόγο αποκλεισμού σύμφωνα με τα ανωτέρω) δεν αίρει τον αυτοτελή λόγο αποκλεισμού περί παροχής ουσιωδών παραπλανητικών πληροφοριών της περίπτωσης στ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης ...

Άλλωστε η μεταγενέστερη υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 συνιστά αμετάκλητη ομολογία του οικονομικού φορέα περί της συμμετοχής του σε στρεβλωτικές του ανταγωνισμού συμπεριφορές. Συνακόλουθα, βάσει της ομολογίας αυτής επιβεβαιώνεται η, καταρχήν, ύπαρξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος της περίπτωσης ζ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης ... Ενόψει, δε, της επιβεβαίωσης ύπαρξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εις βάρος του οικονομικού φορέα που υφίστατο/είχε τελεστεί/πραγματοωθεί σαν πραγματικό γεγονός πριν την υποβολή των προσφορών στην ...καταδεικνύεται ότι υπήρχε υποχρέωση δήλωσης του πραγματικού αυτού γεγονότος στο ΕΕΕΣ ως καταρχήν περίπτωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Η μη δήλωση, λοιπόν, αυτού του γεγονότος στο ΕΕΕΣ συνιστά παραπλανητική πληροφορία που επηρεάζει ΟΥΣΙΩΔΩΣ τις αποφάσεις του αναθέτοντος φορέα σχετικά με τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, συντρέχει, δηλαδή, ο σχετικός λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης στ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης ..., που

δεν μπορεί να αρθεί με την μεταγενέστερη υποβολή διευκρινίσεων/μέτρων αυτοκάθαρσης. Ο αναθέτων φορέας, συνεπώς, υποχρεούται να αποκλείσει τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα που προέβη στις δηλώσεις αυτές. Κατόπιν τούτων και ενόψει συνδρομής του αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού της περ. στ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης ... εις βάρος των οικονομικών φορέων «...» με δ.τ. «...» και (...) οι προσφορές τους απορρίπτονται.»

Όπως προκύπτει με βάση την ως άνω εκτενή παρατιθέμενη αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς μας από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, η προσφορά μας απορρίφθηκε εξαιτίας συνδρομής εις βάρος μας του λόγου αποκλεισμού της περ. στ' του άρθρου 2.2.3.4. της οικείας διακήρυξης και συγκεκριμένα επειδή η εταιρεία μας κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ της στην προκειμένη διαγωνιστική διαδικασία ήτοι την 24-10-2019 δεν δήλωσε ενώ υποχρεούτο προς τούτο ότι υπήρχε εις βάρος της εκκρεμής έρευνα ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού από το έτος 2011. Η ανωτέρω ωστόσο αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς μας είναι όλως αβάσιμη και πλημμελής και δέον όπως ακυρωθεί. Συγκεκριμένα, πράγματι σύμφωνα με την διακήρυξη της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας που διεξήχθη την 24-10-2019, στο άρθρο 2.2.3.4. αυτής περίπτωση στ) προέβλεπε ότι: ... Παράλληλα, στην προκειμένη διαγωνιστική διαδικασία η εταιρεία μας κατά την υποβολή του από 24-10-2019 ΕΕΕΣ της στο ερώτημα του Μέρους Γ' Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα και δη στο ερώτημα εάν έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα έδωσε αρνητική απάντηση («ΟΧΙ»),

Πράγματι όπως προκύπτει από την επίμαχη 721/2020 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού η οποία επιδόθηκε στην εταιρεία μας την 17-12-2020 επιβλήθηκε μεταξύ άλλων στην εταιρεία μας πρόστιμο για τη συμμετοχή της στη διαπιστωθείσα παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και 1 του ν.703/1977 ύψους 256.750,57 ευρώ. Η εν λόγω απόφαση της ΕΑ εκδόθηκε στο πλαίσιο της απλοποιημένης διαδικασίας κατά τα προβλεπόμενα στις παρ. 39 επ. της Ανακοίνωσης της Επιτροπής Ανταγωνισμού για τη Διαδικασία Διευθέτησης Διαφοράς, στο οποίο υπήχθησαν οι εμπλεκόμενες εταιρείες, μεταξύ των οποίων και η εταιρεία μας.

Η εν λόγω απόφαση αποτελεί οριστική απόφαση για τη διευθέτηση της διαφοράς. Η ως άνω επίμαχη απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού εκδόθηκε όπως ρητώς αναφέρεται σε αυτήν εξαιτίας της από 21-07-2011 καταγγελίας που κοινοποιήθηκε στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (εφεξής και «ΓΔΑ») κατά τριών (3) εταιρειών που δραστηριοποιούνται στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας μεταξύ των οποίων και της εταιρείας μας. «Με αφορμή την ως άνω καταγγελία η ΓΔΑ εκκίνησε και αυτεπάγγελτη έρευνα στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, για διερεύνηση τυχόν παραβάσεων των ως άνω διατάξεων και πραγματοποίησε σειρά μέτρων έρευνας. ...». Η ως άνω έρευνα της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού διήρκησε από το έτος 2011 έως και το έτος 2020. Η εταιρεία μας συμμετείχε παρέχοντας πληροφορίες έγγραφα και στοιχεία στην αυτεπάγγελτη έρευνα της Επιτροπής ενώ μόλις την 3-07-2020 κοινοποιήθηκε προς ημάς όπως και στα λοιπά εμπλεκόμενα μέρη η με αριθμ. οικ. 5073/9-6-2020 Εισήγηση του Εισηγητή Παναγιώτη Φώτη με κλήση προς συζήτηση της υπόθεσης ενώπιον της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού για την 24η Σεπτεμβρίου 2020, η οποία κατόπιν αιτημάτων των μερών αναβλήθηκε για την 20η Οκτωβρίου 2020. [...] Πέραν τούτου, ο ισχυρισμός της προσβαλλόμενης απόφασης και της Επιτροπής του Διαγωνισμού ότι η διεξαγωγή έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού συνιστούσε «πραγματικό γεγονός» που όφειλε η εταιρεία μας να δηλώσει στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της κατά την παρατιθέμενη νομολογία του ΣτΕ από τον αναθέτοντα φορέα (ΕΑ ΣτΕ 93/2020, ΣτΕ 753, 754/2020) είναι όλως εσφαλμένος και απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο καθόσον η ως άνω νομολογία του ΣτΕ αρχικά δεχόταν ότι ακόμη και μόνο η υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης ενώπιο της Επιτροπής Ανταγωνισμού συνιστούσε παραδοχή της εμπλοκής σε αντι-ανταγωνιστικές συμπράξεις, εν συνεχεία η νομολογία αυτή μεταστράφηκε δυνάμει της με αριθμ. **1819/2020** απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ [...] Σύμφωνα με την ως άνω κρίση της Ολομέλειας του ΣτΕ που δημοσιεύθηκε την 18-09-2020, αποσαφηνίστηκε ότι ακόμη και μόνο η υποβολή πρότασης και δήλωσης μίας εταιρίας περί υπαγωγής της στην διαδικασία διευθέτησης ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν σημαίνει

και αποδοχή της ευθύνης της για την αποδιδόμενη σε αυτήν παράβαση, παρά το γεγονός ότι μέχρι την έκδοση της ως άνω αποφάσεως δυνάμει της με αριθμ. 93/2020 αποφάσεως της ΕΑ του ΣΤΕ είχε κριθεί ότι υπείχαν υποχρέωση οι συμμετέχοντες σε διαγωνιστική διαδικασία να δηλώνουν το πραγματικό γεγονός της υποβολής δήλωσης διευθέτησης ή ακόμη και της διεξαγωγής έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού στα υποβαλλόμενα ΕΕΕΣ τους. Από τη στιγμή λοιπόν που η Ολομέλεια του ΣΤΕ έκρινε ότι η υποβολή πρότασης και δήλωσης περί υπαγωγής στη διαδικασία διευθέτησης δεν συνιστά αποδοχή της ευθύνης της μη δεσμεύουσα την Επιτροπή Ανταγωνισμού προς τούτο, πόσω μάλλον η διεξαγωγή έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού που διαρκεί 9 έτη δύναται να συνιστά πραγματικό γεγονός της ύπαρξης ενδείξεων για συμμετοχή σε αντι-ανταγωνιστικές συμπράξεις εμπίπτουσα στην έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος με συνακόλουθη υποχρέωση των οικονομικών φορέων να δηλώνουν την όποια εν εξελίξει έρευνα από την ανεξάρτητη αρχή της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Αντιθέτως, άμα την κοινοποίηση της από 3-7-2021 Εισήγησης της Επιτροπής Ανταγωνισμού προς ημάς, η εταιρεία μας ως όφειλε υπέβαλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ την από 28-08-2020 δήλωση οψιγενούς μεταβολής της δυνάμει της οποίας ενημερώσαμε τον αναθέτοντα φορέα περί της κοινοποίησης της από 30-06-2020 κλήτευσης της Επιτροπής Ανταγωνισμού δυνάμει της οποίας η εταιρεία μας καλείτο στην συνεδρίαση της Ολομέλειας της Επιτροπής που θα διεξαγόταν την 20 Οκτωβρίου του 2020 καθώς και περί της συγκοινοποίησης της σχετικής Εισήγησης της Επιτροπής Ανταγωνισμού δυνάμει της οποίας για πρώτη φορά αποδιδόταν στην εταιρεία μας η παράβαση των άρθρων 1 του ν.3959/2011 και 1 του ν.703/1977 κατά το αναφερόμενο σε αυτήν σκεπτικό για το χρονικό διάστημα από 13-12-2011 έως 2-2-2012 καθώς και για το χρονικό διάστημα από 11-11-2010 έως 12-4-2011. Εν συνεχεία μάλιστα, την 11-1-2021 υποβάλλαμε μέσω ΕΣΗΔΗΣ την δεύτερη δήλωση οψιγενούς μεταβολής της εταιρείας μας δυνάμει της οποίας ενημερώναμε τον αναθέτοντα φορέα και την Επιτροπή του Διαγωνισμού περί της κοινοποίησης εις βάρος μας της επίμαχης 721/2021 απόφασης της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού αναφέροντας και τα μέτρα

αυτοκάθαρσης που έχουμε λάβει. [...] Συγκεκριμένα, δυνάμει της διάταξης του άρθρου 235 του ν.4635/2019 τροποποιήθηκαν κατ' ευμενέστερο τρόπο οι σχετικές διατάξεις του ν.4412/2016, απαλλάσσοντας τους οικονομικούς φορείς από το λόγο αποκλεισμού της ψευδούς δήλωσης, της στρέβλωσης του ανταγωνισμού και του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εάν έχουν απαντήσει αρνητικά στο τυχόν υποβληθέν ΕΕΕΣ τους ενώ εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν.3959/2011. Ανεξαρτήτως του ότι δεν περιέχεται ειδική ρύθμιση στον νεότερο νόμο ότι η τροποποίηση καταλαμβάνει και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, εν πάση περιπτώσει, εν προκειμένω η ρύθμιση αυτή ίσχυε κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης του αναθέτοντος φορέα αλλά και κατά το χρόνο κατάθεσης (και ως εκ τούτου και συζήτησης ενώπιον της ΑΕΠΠ) της παρούσας προδικαστικής προσφυγής μας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 171/2021 ad hoc). Οι διατάξεις δε αυτές κατατείνουν στον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής, χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του φορμαλισμού. Περαιτέρω, εξάλλου, εφόσον οι εν λόγω ρυθμίσεις καταλαμβάνουν και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, είναι ληπτές υπ' όψιν τόσον από τα αρμόδια όργανα του διαγωνισμού όσο και από την ΑΕΠΠ, όταν η Αρχή επιλαμβάνεται προδικαστικής προσφυγής (πρβλ Ε10/2021 7μελής ΑΕΠΠ σκ. 15 & 16, ΕΑ ΣτΕ 171/2021), με την οποία προβάλλονται αιτιάσεις σχετικές με ελλείψεις ή λάθη των εγγράφων και στοιχείων που προσκομίζονται από τους διαγωνιζομένους (ΕΑ 291/2019, σκ. 14). [...]».

7. Επειδή, η 3^η προσφεύγουσα («...») που υπέβαλε Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη Απόφαση του αναθέτοντος φορέα θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 1400/2021 Απόφαση του αναθέτοντος φορέα, μη

νομίμως απορρίφθηκε η Προσφορά της, με το σκεπτικό ότι συντρέχει σε βάρος της ο λόγος αποκλεισμού του άρ. 2.2.3.4. περ. στ) της Διακήρυξης. Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «[...] Λόγος προσφυγής: Μη νόμιμος ο αποκλεισμός της εταιρείας μας λόγω πλάνης περί τα πράγματα α. Η αιτιολογία του αποκλεισμού της εταιρείας μας. Σύμφωνα με το συμπροσβαλλόμενο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, «... η Επιτροπή Ανταγωνισμού ήδη από το έτος 2011 είχε ξεκινήσει έρευνα αναφορικά με το αν η συμμετέχουσα στον Διαγωνισμό ... εταιρεία με την ισχύουσα τωρινή επωνυμία ' ...' είχε παραβιάσει ή μη τις διατάξεις περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού. Συνέτρεχε, δηλαδή, εις βάρος της εν λόγω συμμετέχουσας στον παρόντα Διαγωνισμό κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της και συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ της (24-10-2019) εκκρεμής εις βάρος της έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού την οποία δεν δήλωσε, ενώ είχε σχετική προς τούτο υποχρέωση.

Σχετικά με τα ανωτέρω επισημαίνονται τα εξής: Ρητά στην περίπτωση ζ του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης ... προβλέπεται υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού ενόψει της συνδρομής στο πρόσωπο οικονομικού φορέα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Στην έννοια του παραπτώματος αυτού νομολογιακά περιλαμβάνονται και περιπτώσεις διαπίστωσης παραβατικής συμπεριφοράς αναφορικά με συμμετοχή του οικονομικού φορέα σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Η μη έγκαιρη δήλωση/ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής/φορέα από τον οικονομικό φορέα, δε, αναφορικά με διενεργούμενη έρευνα εις βάρος του για στρέβλωση του ανταγωνισμού από την οικεία Αρχή, οδηγεί στην σωρευτική συνδρομή του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης η' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία αποκλείεται οικονομικός φορέας 'εάν επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την

επιλογή η την ανάθεση' (βλ. αντίστοιχα περίπτωση στ' του άρθρου 2.2.3.4. της παρούσας Διακήρυξης).

Συναφώς έχει γίνει δεκτό από την νομολογία: α) Η υποχρέωση κάθε οικονομικού φορέα να δηλώνει με ειλικρίνεια και πληρότητα στο ΕΕΕΣ πραγματικά γεγονότα αφορώντα όχι μόνο παρελθούσε ομολογηθείσες και σε κάθε περίπτωση συντελεσθείσες συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού αλλά και περιπτώσεις εκκρεμούς απλώς διαδικασία ελέγχου από την αρμόδια ερευνητική Αρχή (ήτοι την Επιτροπή Ανταγωνισμού στην Ελλάδα, σύμφωνα με το άρθρο 14 του ν. 3959/2011) αναφορικά με την ύπαρξη ή μη συμμετοχής του σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού (εκκρεμής διαδικασία ελέγχου) και γενικά κάθε προβλεπόμενο λόγο αποκλεισμού από την διακήρυξη και τον νόμο... β) Η μη δυνατότητα μεταγενέστερης τροποποίησης της προσφοράς οικονομικού φορέα, έναντι των δηλωθέντων από αυτόν στο ΕΕΕΣ, εφόσον κατά τον χρόνο συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ συνέτρεχαν γεγονότα που δεν δηλώθηκαν (...), γ) Η μη δυνατότητα/αρμοδιότητα από τον αναθέτοντα φορέα, να λάβει υπόψη του μεταγενέστερως προβληθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης, αφορώντα λόγο αποκλεισμού που συνέτρεχε κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και δεν δηλώθηκε από τον οικονομικό φορέα, δ) Η δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα, να αποκλείσει οικονομικό φορέα λόγω ψευδών/ανακριβών δηλώσεων/απόκρυψης πληροφοριών του τελευταίου, αναφορικά με λόγο αποκλεισμού που συντρέχει κατά την συμπλήρωση από τον οικονομικό φορέα του ΕΕΕΣ και δεν δηλώθηκε και ε) Η αυτοτέλεια του λόγου αποκλεισμού και της υποχρέωσης του αναθέτοντα φορέα, να αποκλείει από την διαγωνιστική διαδικασία οικονομικό φορέα, που προέβη σε ψευδείς δηλώσεις/απόκρυψη πληροφοριών, όπως τούτο διαπιστώνεται από την εξέταση των δηλώσεων του τελευταίου στο ΕΕΕΣ κατά την αξιολόγηση των προσφορών, την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης κτλ...».

Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήγαγε τη δήθεν μη έγκαιρη ενημέρωση της Αναθέτουσας Αρχής περί του εκκρεμούς εις βάρος της εταιρείας μας ελέγχου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού στηριζόμενη, σύμφωνα με το από 04-06-2021 Πρακτικό της, στα εξής έγγραφα:

i. Στο από 08-07-2020 Δελτίο Τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, στο οποίο αναφέρεται ότι: «Η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕΑ) θα συνεδριάσει στις 24 Σεπτεμβρίου 2020 για να εξετάσει, κατόπιν Εισήγησης κατά τα άρθρα 1 Ν. 703/1977, 1 Ν. 3959/2011 και 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής και 'ΣΛΕΕ'), καταγγελία κατά των εταιριών ..., '... ..' και ' ...' (νυν '....'), καθώς επίσης και αυτεπάγγελτη έρευνα της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού (ΓΔΑ) στην αγορά παροχής υπηρεσιών ασφαλείας.

Κατά την Εισήγηση δεν διαπιστώνεται παράβαση των άρθρων 1 Ν. 3959/2011 και 1 Ν. 703/1977 από τις εταιρίες '...' και '....'. Υπενθυμίζεται σχετικά ότι η Εισήγηση δεν είναι δεσμευτική για την Επιτροπή Ανταγωνισμού, η οποία θα αποφασίσει συνεκτιμώντας τα δεδομένα της διαδικασίας και τις απόψεις των μερών»...

ii. Στην υπ' αρ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, με την οποία, ωστόσο, δεν διαπιστώνεται καμία παράβαση σε βάρος της εταιρείας μας ούτε επιβάλλεται σε βάρος της κάποιο πρόστιμο. Αντίθετα, αυτό που προκύπτει σαφώς από την ανωτέρω απόφαση (σελ. 4, Κεφ. Ι.Ι.) είναι ότι: α) στις 21.07.2011 είχε κοινοποιηθεί στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού καταγγελία εις βάρος τριών εταιριών που δραστηριοποιούνται στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, μεταξύ των οποίων και σε βάρος της εταιρείας μας υπό την τότε επωνυμία της, για παράβαση των άρθρων 1 του ν. 703/1977, ως ίσχυε, και 1 του ν. 3959/2011, β) η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού με αφορμή την ανωτέρω καταγγελία είχε εκκινήσει και αυτεπάγγελτη έρευνα στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας για τη διερεύνηση τυχόν παραβάσεων των ανωτέρω διατάξεων και γ) η υπ' αρ. πρωτ. οικ. 5073/09-06-2020 Έκθεση του αρμοδίου Εισηγητή της Επιτροπής Ανταγωνισμού είχε επιδοθεί στα μέρη στις 03-07-2020. Περαιτέρω, από την ανωτέρω, υπ' αρ. 721/2020, απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού διαπιστώνονται παραβάσεις και επιβάλλονται κυρώσεις σε βάρος της εταιρείας ..., όπως άλλωστε προκύπτει και από τα αποσπάσματα της εν λόγω απόφασης τα οποία αυτούσια ενσωματώνει στο συμπροσβαλλόμενο Πρακτικό της η Επιτροπή Διαγωνισμού. Από κανένα σημείο, όμως, της προσβαλλόμενης

απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής και του συμπροσβαλλόμενου Πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού δεν προκύπτει η διαπίστωση παράβασης από την πλευρά της εταιρείας μας, ούτε προκύπτει ότι αυτή είχε λάβει γνώση του επίμαχου ελέγχου πριν την 3η Ιουλίου 2020, ημερομηνία κατά την οποία της κοινοποιήθηκε η υπ' αρ. 5073/09-06-2020 Έκθεση του αρμοδίου Εισηγητή και κλητεύθηκε η εταιρεία μας να παραστεί στη συνεδρίαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού την 24η Σεπτεμβρίου 2020. Επισημαίνεται ότι στο άρθρο 1 του ν. 703/1977, πριν την κατάργησή του από το ν. 3959/2011 προβλέπονταν τα εξής: «1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 3, απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ επιχειρήσεων και όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού στην Ελληνική Επικράτεια, και ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται:

α) στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής. β) στον περιορισμό ή στον έλεγχο της παραγωγής, της διάθεσης, της τεχνολογικής ανάπτυξης ή των επενδύσεων γ) στην κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού. δ) στην εφαρμογή στο εμπόριο άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, κατά τρόπο που δυσχεραίνει τη λειτουργία του ανταγωνισμού. ε) στην εξάρτηση της σύναψης συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσόμενων, πρόσθετων παροχών, οι οποίες από τη φύση τους ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν συνδέονται με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών. 2. Συμφωνίες και αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων που εμπίπτουν στην παράγραφο 1 και στις οποίες δεν εφαρμόζεται η παράγραφος 3 είναι αυτοδικαίως άκυρες.

3. Συμφωνίες, αποφάσεις και εναρμονισμένες πρακτικές, που εμπίπτουν στην παράγραφο 1, δεν απαγορεύονται, εφόσον πληρούν αθροιστικά τις κατωτέρω προϋποθέσεις: α) συμβάλλουν στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου. β) εξασφαλίζουν συγχρόνως στους καταναλωτές εύλογο τμήμα από το όφελος που προκύπτει. γ) δεν επιβάλλουν στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις

περιορισμούς μη απαραίτητους για την επίτευξη των στόχων αυτών και δ) δεν παρέχουν τη δυνατότητα κατάργησης του ανταγωνισμού ή κατάργησης αυτού σε σημαντικό τμήμα της σχετικής αγοράς. 4. Οι Κανονισμοί της Ευρωπαϊκής Ένωσης περί εφαρμογής της παραγράφου 3 του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) σε ορισμένες κατηγορίες συμφωνιών, αποφάσεων ενώσεων επιχειρήσεων ή εναρμονισμένων πρακτικών (Κανονισμοί ομαδικής απαλλαγής) εφαρμόζονται αναλόγως για την υπαγωγή στην παράγραφο 3 συμφωνιών, αποφάσεων και εναρμονισμένων πρακτικών που δεν είναι πιθανόν να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών - μελών κατά την έννοια της παραγράφου 1 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ».

Περαιτέρω, στο άρθρο 1 του ν. 703/1977, ως ίσχυε πριν την κατάργησή του με το άρθρο 59 του ν. 3959/2011, προβλέπονταν τα ακόλουθα: «1. Απαγορεύονται πάσαι αι συμφωνίαι μεταξύ επιχειρήσεων, πάσαι αι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και οιασδήποτε μορφής ενηρμονισμένη πρακτική επιχειρήσεων, αι οποίαι έχουν ως αντικείμενον ή αποτέλεσμα την παρακώλυσιν, τον περιορισμόν ή την νόθευσιν του ανταγωνισμού ιδία δε αι συνιστάμεναι εις: α) τον άμεσον ή έμμεσον καθορισμόν των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής. β) τον περιορισμόν ή τον έλεγχον της παραγωγής, της διαθέσεως, της τεχνολογικής αναπτύξεως ή των επενδύσεων. γ) την κατανομήν των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού. δ) την, κατά τρόπον δυσχεραίνοντα την λειτουργίαν του ανταγωνισμού, εφαρμογήν εν τω εμπορίω ανίσων όρων δια ισοδυνάμους παροχάς, ιδία δε την αδικαιολόγητο άρνησιν πωλήσεως, αγοράς ή άλλης συναλλαγής. ε) την εξάρτησιν συνάψεως συμβάσεων εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, αι οποίαι, κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικές συνηθείας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων. 2. Οι κατά την προηγούμενη παράγραφο απαγορευμένες συμφωνίες και αποφάσεις είναι απόλυτα άκυρες, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στον παρόντα νόμο. 3. Συμφωνίες, αποφάσεις και περιπτώσεις εναρμονισμένης πρακτικής ή κατηγορίες αυτών, που εμπίπτουν στην παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου είναι εν όλω ή εν μέρει ισχυρές, εφόσον πληρούν αθροιστικά τις πιο κάτω προϋποθέσεις: α) συμβάλλουν, με την εύλογη συμμετοχή των καταναλωτών,

στην προκύπτουσα ωφέλεια, στην βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, β) δεν επιβάλλουν στις οικείες επιχειρήσεις περιορισμούς πέραν των απολύτως αναγκαίων για την πραγματοποίηση των ανωτέρω σκοπών, και γ) δεν παρέχουν στις επιχειρήσεις αυτές τη δυνατότητα καταργήσεως του ανταγωνισμού σε σημαντικό τμήμα της οικείας αγοράς». Τα ανωτέρω επαναλαμβάνουν τις ρυθμίσεις του άρθρου 101 ΣΛΕΕ.

β. Οι όροι της Διακήρυξης και τα σχετικά πεδία του ΕΕΕΣ

Στον όρο 2.2.3.4. της Διακήρυξης προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α).... γ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 262 του ν. 4412/2016 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, δ) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του οικονομικού φορέα κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 280 του ν. 4412/2016, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα, στ) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων του αναθέτοντα φορέα, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, ζ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, ιδίως, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010».

Ειδικότερα το ΕΕΕΣ σε σχέση με τους ανωτέρω λόγους αποκλεισμού που προβλέπονται στον όρο 2.2.3.4. της Διακήρυξης περιλάμβανε τα εξής πεδία:

«Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος

Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;

Σύγκρουση συμφερόντων λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης σύμβασης

Γνωρίζει ο οικονομικός φορέας την ύπαρξη τυχόν σύγκρουσης συμφερόντων λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία σύναψης σύμβασης;

Παροχή συμβουλών ή εμπλοκή στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης

Έχει παράσχει ο οικονομικός φορέας ή επιχείρηση συνδεδεμένη με αυτόν συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα ή έχει με άλλο τρόπο εμπλακεί στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης;

Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις

Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση;».

γ) Το ΕΕΕΣ της εταιρείας μας και η αλήθεια των δηλωθέντων σ' αυτό

Η εταιρεία μας ορθά και αληθώς απάντησε αρνητικά σε όλα τα ανωτέρω ερωτήματα του ΕΕΕΣ, καθώς:

- δεν είχε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, πολλώ δε μάλλον σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα για το οποίο να της είχε επιβληθεί ποινή που της στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και να καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία, όπως απαιτεί η διακήρυξη στον όρο 2.2.3.4. περ. ζ',
- δεν τελούσε σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων λόγω της συμμετοχής της στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης,
- δεν είχε παράσχει η ίδια ή επιχείρηση συνδεδεμένη με αυτή συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή ούτε είχε με άλλο τρόπο εμπλακεί στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης,
- δεν είχε υποστεί πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης

σύμβασης παραχώρησης ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση,

- δεν είχε συμμετάσχει σε συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ επιχειρήσεων ούτε σε αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων, οι με αντικείμενο ή αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού στην Ελληνική Επικράτεια, κατά την έννοια του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 1 του ν. 703/1977,

- δεν γνώριζε κατά τον χρόνο υπογραφής του ΕΕΕΣ (23-10-2019), αλλά και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της (24-10-2019), την ύπαρξη σε βάρος της εκκρεμούς ελέγχου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, την οποία πληροφορήθηκε στις 3 Ιουλίου 2020, οπότε και της κοινοποιήθηκε η υπ' αρ. πρωτ. 5073/09-06-2020 Έκθεση του αρμοδίου Εισηγητή και κλητεύθηκε να παραστεί στη συνεδρίαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού την 24η Σεπτεμβρίου 2020. Άλλωστε, ούτε από το συμπροσβαλλόμενο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ούτε από την υπ' αρ. πρωτ. 5073/09-06-2020 Έκθεση του αρμοδίου Εισηγητή της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αλλά ούτε και από την υπ' αρ. 721/2020 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αποσπάσματα της οποίας ενσωματώνονται στο ανωτέρω Πρακτικό, προκύπτει το αντίθετο. Η Αναθέτουσα Αρχή, συνεπώς, στήριξε τον αποκλεισμό της εταιρείας μας από τον επίμαχο διαγωνισμό, εικάζοντας ότι η εταιρεία μας γνώριζε τον Οκτώβριο του έτους 2019 ότι εκκρεμεί σε βάρος έλεγχος από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, με αφορμή μια καταγγελία, η οποία είχε λάβει χώρα οκτώ χρόνια πριν. Κάτι τέτοιο, όμως, δεν ισχύει ούτε αποδεικνύεται από την Αναθέτουσα Αρχή ότι τελούσε σε γνώση της εταιρείας μας σχετικός έλεγχος. Δεδομένου, επομένως, ότι ουδόλως από τα ανωτέρω ή από οποιοδήποτε άλλο έγγραφο προκύπτει ότι η εταιρεία μας κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της γνώριζε τον διεξαγόμενο από την Επιτροπή Ανταγωνισμού έλεγχο, ο οποίοςς μάλιστα συνίστατο και σε γενικό έλεγχο στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας (ίδ. απόφαση 721/2020ΕπΑν, Κεφ. Ι.1 περ. 2, σελ. 4), μη νόμιμα έγινε δεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή ότι η εταιρεία μας είχε προβεί σε ανακριβή/αναληθή δήλωση στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε ή σε απόκρυψη πληροφοριών ή σε παροχή παραπλανητικών

πληροφοριών με σκοπό να επηρεάσει ουσιωδώς υπέρ της τις αποφάσεις της Αναθέτουσας Αρχής που αφορούσαν την αποδοχή των προσφορών των υποψηφίων αναδόχων. Κατά πλάνη περί τα πράγματα, επομένως, και με πλημμελή αιτιολογία η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε τον αποκλεισμό της εταιρείας μας από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Σε κάθε περίπτωση απολύτως κρίσιμο είναι ότι η εταιρεία μας μόλις έλαβε γνώση του εκκρεμούς σε βάρος της ελέγχου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού υπέβαλε ενώπιον της Επιτροπής του επίμαχου Διαγωνισμού την από 09-09-2020 Υπεύθυνη Δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της με το εξής περιεχόμενο: «... σας ενημερώνουμε, σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016, ότι με την 30 Ιουνίου Κλήτευση στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, η οποία επιδόθηκε νόμιμα στην εταιρεία μας στις 3-7-2020, μας κοινοποιήθηκε έκθεση του Εισηγητή ... με την οποία εισάγεται ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού υπόθεση που αφορά καταγγελία και αυτεπάγγελτη έρευνα της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού. Η εισήγηση αυτή καταλήγει στην πρόταση να μην διαπιστωθεί η παράβαση των άρθρων 1 Ν. 3959/2011, 1 Ν. 703/1977 και 101 ΣΛΕΕ στην εταιρεία μας. Παρόλα αυτά, προχωρούμε στην παρούσα γνωστοποίηση προκειμένου η σχετική έρευνα να είναι γνωστή στην αναθέτουσα αρχή, αφού η έρευνα αυτή αφορά προβλεπόμενο στο νόμο λόγο αποκλεισμού».

Σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 και 3 του ν. 4412/2016, όπως αυτό ίσχυε, κατά τον χρόνο υποβολής τα ανωτέρω υπεύθυνης δήλωσης, «2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού

αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72». Τα ανωτέρω εξακολουθούν να ισχύουν επί της ουσίας και μετά την αντικατάσταση του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 με το άρθρο 44 του ν. 4782/2021 και με ισχύ από την 1η Ιουνίου 2021, κατά το οποίο «2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής κατά την παρ. 2, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων».

Η εταιρεία μας, επομένως, όταν έλαβε γνώση της εκκρεμούς ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού καταγγελίας και της αυτεπάγγελτης έρευνας της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού νόμιμα και εμπρόθεσμα ενημέρωσε σχετικά την Αναθέτουσα Αρχή, παρά το γεγονός ότι η σχετική Εισήγηση του αρμοδίου Εισηγητή Παναγιώτη Φώτη κατέληγε στην πρόταση να μην διαπιστωθεί η παράβαση των άρθρων 1 Ν. 3959/2011, 1 Ν. 703/1977 και 101 ΣΛΕΕ στην εταιρεία μας. Επιπλέον, πρέπει σε κάθε περίπτωση να επισημανθεί ότι στο ΕΕΕΣ του διαγωνισμού δεν περιλαμβανόταν πεδίο για τη δήλωση τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Έτσι και επί της ουσίας, όταν στις 4-6-2021 συνεδρίαση η Επιτροπή του επίμαχου διαγωνισμού, εξέτασε τους φακέλους προσφοράς και εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της εταιρείας μας, της ήταν ήδη γνωστά: i) αφενός ότι η εταιρεία μας είχε καταθέσει δήλωση οφигενών μεταβολών, συνεπώς η Επιτροπή είχε το σύνολο των δεδομένων στη διάθεσή της, ii) ότι η εταιρεία μας

είχε οριστικά απαλλαγεί από οτιδήποτε είχε σχέση με οποιαδήποτε έρευνα της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Έτσι, ο αποκλεισμός μας εχώρησε μη νομίμως, βάσει της εικασίας της Επιτροπής ότι η εκκρεμής έρευνα της Επιτροπής Ανταγωνισμού ήταν γνωστή στην εταιρεία μας κατά το χρόνο σύνταξης της προσφοράς, με μια τυπολατρική προσήλωση σε ένα ΕΕΕΣ που δεν περιλάμβανε σχετική ερώτηση, αλλά και σε αντίθεση με την ουσία της υπόθεσης, που ήταν ότι η γνωστοποίηση προς την αναθέτουσα αρχή είχε γίνει ως γνωστοποίηση οψιγενούς μεταβολής και ότι τελικά κανένα παράπτωμα δεν διαπιστώθηκε, αλλά αντιθέτως είχε ήδη εκδοθεί απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού που απάλλασσε οριστικά την εταιρεία μας.

δ) *Επικουρικά:* Η εφαρμογή της παραγράφου 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019 στην προκειμένη περίπτωση Επιπλέον, και όλως επικουρικά, επισημαίνεται ότι με την παράγραφο 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019 (ΦΕΚ Α' 167/30-1-2019) στην παράγραφο 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 μετά τη φράση: «Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά», προστέθηκαν εδάφια ως εξής: «Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν

στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου».

Στο άρθρο 44 παρ. 3β του ν. 4412/2016 προβλέπονται τα εξής: «3β. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού, ή β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Επανάληψη της παράβασης νοείται η έκδοση σχετικής διαπιστωτικής απόφασης εντός έξι (6) ετών από την προηγούμενη έκδοση άλλης διαπιστωτικής απόφασης. Η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται στην περίπτωση παροχής διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου και για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Επίσης, η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται και για τις περιπτώσεις για τις οποίες έχει εκδοθεί διαπιστωτική απόφαση παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δεν έχει ακόμα παρέλθει τριετία από την έκδοση αυτής».

Με τη διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 235 τροποποιήθηκε, επομένως, η παρ. 1 του άρθρου 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 και προστέθηκε εδάφιο σύμφωνα με το οποίο κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης όσον αφορά το σχετικό λόγο αποκλεισμού οι οικονομικοί φορείς περιγράφουν στο πεδίο που «ανοίγει» κατόπιν θετικής απάντησης τις περιστάσεις, όπως την τριετή «παραγραφή» της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή την εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν.

3959/2011. Επίσης ορίστηκε ότι στο πλαίσιο εκκρεμών διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης κατά τις οποίες δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί το ΕΕΕΣ ή /και νέων διαδικασιών που εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της διάταξης, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' [σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, απόκρυψης των πληροφοριών αυτών ή μη προσκόμισης των δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 ή/και θ' [σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του οικονομικού φορέα] του ν.4412/2016 και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι από τη στιγμή που επιτρέπεται η αρνητική απάντηση στο πεδίο του ΕΕΕΣ που αφορά τη στρέβλωση του ανταγωνισμού σε οικονομικούς φορείς που έχουν ομολογήσει σχετικές παραβάσεις και έχουν υπαχθεί σε διαδικασία διευθέτησης της διαφοράς (μείζων), τότε εξυπακούεται ότι πρέπει να γίνει δεκτό ότι και σε περιπτώσεις όπου δεν τίθεται καν θέμα παράβασης της σχετικής νομοθεσίας (έλασσον), η αρνητική απάντηση στο ΕΕΕΣ δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού από διαγωνιστική διαδικασία, ακόμα και αν υφίσταται εκκρεμής έλεγχος από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, ο οποίος τελεί σε γνώση του ελεγχόμενου. Τα ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτό ότι εφαρμόζονται και στην περίπτωση διαγωνιστικών διαδικασιών που ήταν εκκρεμείς κατά τον χρόνο δημοσίευσης του ν. 4635/2019, καθώς, όπως έχει κριθεί στο παρελθόν (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 291/2019) οι νέες διατάξεις καταλαμβάνουν και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, ενόψει του διαδικαστικού, αλλά και του ευνοϊκού χαρακτήρα τους για τους διαγωνιζόμενους. Στην προκειμένη μάλιστα περίπτωση, δεν υφίστατο καν γνώση από την πλευρά της εταιρείας μας κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της και υπογραφής του ΕΕΕΣ της ότι υφίστατο σε βάρος της

εκκρεμής έλεγχος από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για παραβάσεις των άρθρων 1 Ν. 3959/2011, 1 Ν. 703/1977 και 101 ΣΛΕΕ είτε στο πλαίσιο συγκεκριμένης καταγγελίας είτε στο πλαίσιο οιοιδήποτε γενικού ελέγχου στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, ενώ δεν υπήρχε καν συγκεκριμένο πεδίο στο ΕΕΕΣ αναφορικά με τις περιπτώσεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Πολύ περισσότερο, ο έλεγχος στον οποίο αναφέρεται η προσβαλλόμενη απόφαση δεν κατέληξε στη διαπίστωση οιασδήποτε παράβασης σε βάρος μας ούτε στην επιβολή οιασδήποτε κύρωσης.

ε) *Επικουρικά: Η εφαρμογή του άρθρου 102 ου ν. 4412/2016 στην προκειμένη περίπτωση Τέλος, άλλως και όλως επικουρικώς, η Αναθέτουσα Αρχή ήταν υποχρεωμένη να εφαρμόσει το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την 1η Ιουνίου 2021, δηλαδή, τόσο κατά το χρόνο συνεδρίασης της Επιτροπής Διαγωνισμού και έκδοσης του επίμαχου γνωμοδοτικού πρακτικού, όσο και κατά το χρόνο δημοσίευσης της προσβαλλόμενης πράξης προβλέπει τα εξής: [...]».*

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (18.10.2021), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της 3ης Προδικαστικής Προσφυγής («...»), στις 07.10.2021 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, διότι η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από την επίμαχη διαδικασία. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

9. Επειδή, στο σχετικό έγγραφο Απόψεων του αναθέτοντος φορέα αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση 1^η Προσφυγή τα εξής: «[...] II. ΚΑΤ' ΙΔΙΑΝ ΑΝΤΙΚΡΟΥΣΗ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΛΟΓΩΝ ΤΗΣ ΕΝΔΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: 1) Α. Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της η ως άνω προσφεύγουσα εταιρεία όλως αόριστα και αβάσιμα ισχυρίζεται πως πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της εταιρείας μας καθώς

δήθεν: Οι ποινές/πρόστιμα που έχουν επιβληθεί εις βάρος της από το ΣΕΠΕ για παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας θα πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, [...] Επικουρικά και σε κάθε περίπτωση διατείνεται ότι δήθεν υπάρχει ασάφεια/αμφισημία μεταξύ των όρων 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.4. ζ) της Διακήρυξης που δεν μπορεί να ληφθεί εις βάρος της. Β. [...] Στην προκείμενη περίπτωση: Η προσφεύγουσα συμπληρώνοντας το από 23-10-2019 ΕΕΕΣ της έδωσε ρητά και χωρίς επιφυλάξεις καταφατική απάντηση «ΝΑΙ» στα οικεία ερωτήματα/πεδία του ΕΕΕΣ αναφορικά με την παραβίαση ή μη των υποχρεώσεων της στον τομέα του εργατικού δικαίου και αναφορικά με την συνδρομή ή μη εις βάρος της σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Και στα δύο πεδία, δε, παρείχε τις ίδιες ακριβώς περαιτέρω έγγραφες πληροφορίες ως εξής: [...] Συνεπεία των πραγματικών αυτών περιστατικών και ιδίως της επιβολής περισσότερων των τριών (3) προστίμων υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας από περισσότερους των τριών (3) διενεργηθέντες ελέγχους εις βάρος της εδώ προσφεύγουσας εταιρείας από το ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας σε χρονικό διάστημα εντός της διετίας πριν την λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών στον Διαγωνισμό ..., ήτοι στις 24-10-2019, στο αιτιολογικό του από 04-06-2021 Ενιαίου Πρακτικού Αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού ..., που ρητά εγκρίθηκε με την εδώ προσβαλλόμενη 1400/17-09-2021 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας μας, αναφέρονται τα εξής: «Επί των ανωτέρω, καταρχάς, έχει γίνει δεκτό από την νομολογία: «Επειδή, στη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. Ε.Α. 523/2010, 16/2011), προβλέπεται ως αυτοτελής λόγος αποκλεισμού για τους συμμετέχοντες η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει «εν αμφιβόλω την ακεραιότητά τους», ως τέτοιο δε παράπτωμα νοείται ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης η αναφερόμενη στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 3862/2010 περίπτωση, ήτοι η επιβολή σε βάρος οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, τριών (3) πράξεων

επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, «υψηλής» ή/και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους (παρ. 2.2.3.4 περ. θ'). Η διάταξη αυτή, ως ειδικότερη, δεδομένου ότι έχει ως πεδίο εφαρμογής τους διαγωνισμούς υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, φαίνεται ότι κατισχύει του όρου 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης, ο οποίος, αποδίδοντας το περιεχόμενο των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, προβλέπει ότι συνιστά λόγο αποκλεισμού η έκδοση των ίδιων ακριβώς ως άνω πράξεων σε βάρος του οικονομικού φορέα, υπό την πρόσθετη, όμως, προϋπόθεση ότι οι σχετικές κυρώσεις έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ» (1182/2020 ΙΒ' Δ.Εφ.Αθ (ακυρωτικό), (σκέψη 11). Συνεπώς ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. περίπτωση ζ' της Διακήρυξης είναι ειδικότερος και κατισχύει του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2 περίπτωση γ' της Διακήρυξης ... Περαιτέρω έχει γίνει δεκτό από την Α.Ε.Π.Π. και την νομολογία πως ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. περ. ζ' της Διακήρυξης είναι αυτοτελής, ειδικότερος και κατισχύει του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. περ. α' της Διακήρυξης. Ειδικότερα: «από τις ως άνω διατάξεις της διακήρυξης ερμηνευόμενες σε συνδυασμό με αυτές των άρθρων 18 παρ. 2 και 5 του ν. 4412/2016 και 68 παρ. 2 περ. γ' εδαφ. α' του ν. 3863/2010 φαίνεται να προκύπτει ότι ειδικώς κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και 20 φύλαξης, όπως εν προκειμένω, οι πράξεις εν γένει επιβολής προστίμου, που εκδίδονται από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και οι οποίες, υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ' εδαφ. α' του ν. 3863/2010, συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και, ως εκ τούτου, λόγο αποκλεισμού του υποψήφιου οικονομικού φορέα κατά την παρ. 2.2.3.4 περ. θ' της διακήρυξης, δεν συνιστούν λόγο αποκλεισμού του και κατ' εφαρμογή της παρ. 2.2.3.4 περ. α' αυτής (διακήρυξης), ήτοι λόγω παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας. Αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα κατέληγε στο άτοπο να καταλείπει χωρίς λόγο ύπαρξης και χωρίς κανένα ρυθμιστικό περιεχόμενο τις διατάξεις της διακήρυξης περί αποκλεισμού λόγω σοβαρού επαγγελματικού

παραπτώματος, αφού όλες οι παραβατικές συμπεριφορές των υποψήφιων αναδόχων στον τομέα του εργατικού δικαίου θα διέπονταν αποκλειστικά από την περ. α' της παρ. 2.2.3.4, θα αρκούσε δε η έκδοση έστω και μίας πράξης επιβολής προστίμου από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας, και ανεξαρτήτως της βαρύτητάς της, για να αποκλειστεί ο διαγωνιζόμενος» (20/2020 Επ. Αν. ΣτΕ, 213, 214/2019 ΙΒ' Μον. Διοικ. Εφετείο Αθηνών – Ακυρωτικό/Αναστολές, 913/2019, 1454/2019, 914/2020 Α.Ε.Π.Π.). Ενόψει των παραπάνω γίνεται δεκτό πως αν ΔΕΝ πληρούνται σωρευτικά οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 2.2.3.4. περ. ζ' της Διακήρυξης ... περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα ένεκα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, δεν μπορεί επικουρικά να τεθεί ζήτημα εφαρμογής του λόγου αποκλεισμού της περ. α' του άρθρου 2.2.3.4. περί παραβίασης γενικά της εργατικής νομοθεσίας. Από τα παραπάνω προκύπτει, δηλαδή, πως στην περίπτωση διαγωνιστικής διαδικασίας για την σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης/καθαρισμού (όπως συμβαίνει στην Διακήρυξη ...) οι προβλέψεις και προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 νοούμενες ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» δεν συνιστούν ταυτόχρονα και περίπτωση συνδρομής παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας, σύμφωνα με την περ. α' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης. ... Από τα παραπάνω συνάγεται πως: α) υπάρχει υποχρέωση της, ως αναθέτοντος φορέα, να ζητήσει οίκοθεν και λάβει πιστοποιητικό από το ΣΕΠΕ, σύμφωνα με το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 και β) για την συνδρομή του λόγου αποκλεισμού περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά όλες οι προϋποθέσεις του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, ήτοι πχ τρία τουλάχιστον πρόστιμα υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας για 21 παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους του ΣΕΠΕ εντός της διετίας πριν την λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών στον διαγωνισμό. Συνακόλουθα δεν τίθεται ζήτημα ψευδούς δήλωσης/παροχής παραπλανητικών πληροφοριών ειδικά στην περίπτωση κατά την οποία δεν δηλωθεί από οικονομικό φορέα στο ΕΕΕΣ επιβολή προστίμου από το ΣΕΠΕ που όμως δεν στοιχειοθετεί τον λόγο αποκλεισμού ένεκα του άρθρου 68 του ν. 3863/2010. Γίνεται δεκτό, δηλαδή, πως ειδικά στην περίπτωση αυτή υποχωρεί

η υποχρέωση δήλωσης κάθε πραγματικού γεγονότος στο ΕΕΕΣ (40/2019 Επ. Αν. ΣΤΕ) μιας και ο αναθέτων φορέας υποχρεούται οίκοθεν να αναζητήσει σχετικές πληροφορίες και ταυτόχρονα για την συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ένεκα του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 απαιτείται σωρευτική συνδρομή των οικείων προϋποθέσεων. Αν δεν υφίσταται σωρευτικά η συνδρομή αυτών των περιστατικών η μη αναφορά των λοιπών πραγματικών γεγονότων στο ΕΕΕΣ, ενόψει της μη εφαρμογής του λόγου αποκλεισμού της παρ. α της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, κατά τα ανωτέρω, δεν στοιχειοθετεί αυτοτελή λόγο αποκλεισμού περί παραπλανητικών πληροφοριών. [...] Κατόπιν τούτων, φαίνεται να συντρέχει, καταρχήν, λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περ. ζ' της Διακήρυξης εις βάρος της εταιρείας «... [...] Συμπερασματικά θα πρέπει να γίνει δεκτό πως συντρέχει εις βάρος της προσφεύγουσας ο λόγος αποκλεισμού της περ. ζ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ο οποίος λόγος αποκλεισμού ρητά και με σαφήνεια στηρίζεται και εφαρμόζει τις προβλέψεις του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 για την συνδρομή του οποίου οι σχετικές κυρώσεις δεν απαιτείται να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική. Αντικρούεται και καταρρίπτεται πλήρως, δηλαδή, το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου της ένδικης προσφυγής. [...]» ... 2) Α. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της η ως άνω προσφεύγουσα εταιρεία όλως αόριστα και αβάσιμα ισχυρίζεται πως πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της εταιρείας μας καθώς δήθεν: Η αιτιολογία με την οποία κρίθηκαν ανεπαρκή τα προβληθέντα εκ μέρους της μέτρα αυτοκάθαρσης είναι ελλιπής και η απόφαση περί ανεπάρκειας των μέτρων εκδόθηκε κατά κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας αξιολόγησης της επάρκειας των μέτρων. Θέτει, δε, θέμα και αντισυνταγματικότητας των σχετικών διατάξεων,

Β. Προς αντίκρουση του συνόλου των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας επισημαίνουμε και εκθέτουμε τα εξής: Καταρχάς παραθέτουμε το εφαρμοστέο στην προκείμενη περίπτωση θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης ...: [...] Στην προκείμενη περίπτωση η προσφεύγουσα εταιρεία δίνοντας καταφατική απάντηση («ΝΑΙ») στα πεδία του από 23-10-2019 συμπληρωθέντος ΕΕΕΣ της αναφορικά με την παραβίαση ή

μη των υποχρεώσεων της του εργατικού δικαίου και την συνδρομή ή μη εις βάρος της σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δήλωσε ταυτόχρονα την λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης ως εξής: «....». Ακολούθως και σε απάντηση έγγραφης επιστολής της Επιτροπής του Διαγωνισμού η προσφεύγουσα απέστειλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ το από 27-04-2020 υπόμνημά της με το οποίο εν συντομία επανέλαβε τις ανωτέρω δηλώσεις της για την λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης. Ταυτόχρονα απέστειλε μία σειρά συνημμένων αποδεικτικών εγγράφων προκειμένου να καταδείξει την αλήθεια των λεγομένων της. Ενόψει τούτων και των ανωτέρω εκτιθέμενων προβλέψεων της Διακήρυξης και του ν. 4412/2016 η Επιτροπή του Διαγωνισμού συνέταξε σχέδιο απόφασης επί της επάρκειας των προβλεπόμενων μέτρων αυτοκάθαρσης της προσφεύγουσας το οποίο απέστειλε στην αρμόδια Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 για την έκδοση σύμφωνης γνώμης. Επισημαίνεται, δε, πως μαζί με το σχέδιο αυτό απέστειλε στην Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και όλα τα συνημμένα 36 έγγραφα που είχε λάβει από την προσφεύγουσα με το από 27-04-2020 υπόμνημα αυτής. Ακολούθως η Αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή επί της Επάρκειας των Ληφθέντων Επανορθωτικών Μέτρων Οικονομικών Φορέων προς Απόδειξη της Αξιοπιστίας τους του Υπουργείου Ανάπτυξης & Επενδύσεων, νόμιμα και εμπρόθεσμα κατά τις προβλέψεις των παραγράφων 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, συνέταξε και εξέδωσε την από 16-10-2020 Γνωμοδότηση με ΘΕΜΑ 28Δ: «Εξέταση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων του οικονομικού φορέα ... προς απόδειξη της αξιοπιστίας του στα πλαίσια του διεθνή ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την σύμβαση «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ – ΚΤΗΡΙΩΝ ΤΗΣ» (Διακήρυξη Δημοπρασίας αριθ. ...). Στο σώμα της Γνωμοδότησης αυτής περιλαμβάνονται πλήρως και αυτολεξεί οι έγγραφες δηλώσεις της εδώ προσφεύγουσας στο από 23-10-2019 ΕΕΕΣ της αναφορικά τόσο με τις παραβάσεις στις οποίες έχει υποπέσει όσο και με τα μέτρα αυτοκάθαρσης που ισχυρίζεται πως έχει λάβει. Επίσης παρατίθενται αυτολεξεί οι δηλώσεις της προσφεύγουσας στο από 27-04-2020 υπόμνημά της. Ακολούθως, δε, παρατίθενται ονομαστικά 1) έως και 26) όλα τα

σχετικά αποδεικτικά έγγραφα που κατέθεσε συνημμένα η προσφεύγουσα με το από 27-04-2020 υπόμνημά της. Συνάγεται, δηλαδή, κατά τεκμήριο, πως η Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 έλαβε όλα τα αποδεικτικά έγγραφα που προσκόμισε η προσφεύγουσα ενώπιον της Επιτροπής του Διαγωνισμού ... και ταυτόχρονα πως εξέτασε και αξιολόγησε όλα αυτά τα έγγραφα.

Ακολούθως και έχοντας λάβει πλήρη γνώση των ανωτέρω η Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 δέχθηκε τα κάτωθι: «Από τα προσκομισθέντα έγγραφα προκύπτουν τα εξής: Βάσει της απαντητικής επιστολής του ΣΕΠΕ με αριθμ. πρωτ 75106/20-2-2020 στην ... σε ερώτημά της για παροχή στοιχείων σχετικά με πράξεις επιβολής προστίμου προκύπτει ότι δεν έχουν επιβληθεί πράξεις επιβολής προστίμου (ΠΕΠ) από τις Υπηρεσίες Επιθεώρησης Ασφαλείας & Υγείας στην Εργασία του ΣΕΠΕ για τον εν λόγω Οικονομικό Φορέα ενώ έχουν επιβληθεί από τις Υπηρεσίες Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του ΣΕΠΕ, όπως προκύπτει με το αριθμ. πρωτ ΕΞ-73875/19-02- 2020. Στην εν λόγω εταιρεία όπως προκύπτει από τα στοιχεία έχουν επιβληθεί σε βάρος της, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς επτά (7) πράξεις επιβολής προστίμου για της οποίες έχει ασκήσει προσφυγή που όμως ανεξαρτήτως τελεσίδικης κρίσης τους θέτουν εν αμφιβόλω την επαγγελματική αξιοπιστία της. Από τα ως άνω αναφερόμενα μέτρα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίστηκαν προκύπτει ότι δεν καλύπτονται οι απαιτήσεις της νομοθεσίας περί αυτοκάθαρσης και συγκεκριμένα: - Αναφορικά με την τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των κυρώσεων (πράξεων επιβολής προστίμου) που έχουν επιβληθεί από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, αυτή καίτοι απαιτείται για τις παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας για όλες εν γένει τις δημόσιες συμβάσεις, στην περίπτωση του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος για τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης δεν απαιτείται οι κυρώσεις να έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Η αξιολόγηση για την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του εν λόγω οικονομικού φορέα, πρέπει να βασιστεί σε πραγματικά γεγονότα (ύπαρξη

πράξεων επιβολής προστίμου) και όχι σε εκτιμήσεις αναφορικά με την μελλοντική έκβαση των προσφυγών στα διοικητικά δικαστήρια ή σε δήλωση προθέσεων. Το ισχύον νομικό πλαίσιο δεν συναρτά το πλήθος των παραβάσεων με το μέγεθος του οικονομικού φορέα (αριθμός εργαζομένων κτλ). Κατά δήλωση του, ο οικονομικός φορέας έχει αναπτύξει μέσα από το σύστημα διαχείρισης ποιότητας ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 που διαθέτει, ένα σύστημα εποπτείας των έργων το οποίο του επιτρέπει να προλαμβάνει σφάλματα που είχαν ως συνέπεια στο παρελθόν την επιβολή κυρώσεων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 08.02.2010. Επομένως ο οικονομικός φορέας διέθετε την σχετική πιστοποίηση στο χρόνο επιβολής των κυρώσεων και αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. 38 Επίσης, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι έχει εκπαιδεύσει το προσωπικό ασφαλείας του σε θέματα που αφορούν τις διαδικασίες που πρέπει να τηρηθούν ώστε να αποφευχθούν παρατυπίες στην εφαρμογή της εργατικής νομοθεσίας, μέσω του συστήματος διαχείρισης της υγείας και της ασφάλειας των εργαζομένων στην εργασία OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 20.12.2013. Επομένως ο οικονομικός φορέας διέθετε την σχετική πιστοποίηση στο χρόνο επιβολής των κυρώσεων και αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. Η μη αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν συνδέεται με οποιονδήποτε τρόπο με τις παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Εν κατακλείδι τα περιγραφόμενα από τον οικονομικό φορέα μέτρα δεν μπορούν να αξιολογηθούν ως επαρκή, αφενός λόγω του αριθμού των κυρώσεων με χαρακτηρισμό «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Προς επίρρωση των ανωτέρω, επισημαίνονται τα κάτωθι: - Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39 παρ. (B) του ν. 4488/2017

«Αποκλεισμός από δημόσιες συμβάσεις και χρηματοδοτήσεις λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας»: [...] Να σημειωθεί εξάλλου, ότι η αναγκαστικού δικαίου ειδική διάταξη για τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού και φύλαξης, ήτοι η περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 39 παρ. Α) του Ν. 4488/2017, ως ειδικότερη και νεότερη κατισχύει οποιασδήποτε άλλης γενικότερης και παλαιότερης διάταξης. Η εν λόγω διάταξη δεν προβλέπει ως προϋπόθεση την τελεσιδικία των αποφάσεων επιβολής προστίμου, αλλά αρκεί η επιβολή τους, κατά τη ρητή διατύπωση της διάταξης. [...] - Τα τεχνικά μέτρα αυτοκάθαρσης που επικαλείται η εν λόγω εταιρεία αφορούν νόμιμες υποχρεώσεις της εταιρείας, τις οποίες εάν δεν είχε εκπληρώσει η υποψήφια εταιρεία δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό. Τα πιστοποιητικά διαχείρισης της υγείας κλπ τα οποία επικαλείται και προσκομίζει έχουν αποκτηθεί σε χρόνο προγενέστερο των προστίμων που της έχουν επιβληθεί και συγκεκριμένα κατά τα έτη 2010 και 2013, ενώ τα σχετικά πρόστιμα έχουν επιβληθεί τα έτη 2017, 2018 και 2019. Η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα καθώς και τα ασφαλιστήρια συμβόλαια αστικής ευθύνης, ουδεμία σχέση έχουν με τις παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας στις οποίες υπέπεσε η υποψήφια εταιρεία και για τις οποίες τις επιβλήθηκαν τα σχετικά πρόστιμα.

- Τα αναφερόμενα ως οργανωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης και θέματα προσωπικού δεν αποδεικνύουν συμμόρφωση με τις επιβληθείσες αποφάσεις προστίμων λόγω παράβασης της εργατικής νομοθεσίας. Από τα έγγραφα που προσκομίζει η ως άνω εταιρεία δεν προκύπτει ότι έχει καταβάλει τα πρόστιμα που της επιβλήθηκαν με τις ως άνω αποφάσεις του ΣΕΠΕ. Οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας δεν αφορούσαν ελλιπή εκπαίδευση του προσωπικού, ούτε συνεπώς τα σχετικά μέτρα εκπαίδευσης μπορούν να θεωρηθούν ως μέτρα αυτοκάθαρσης για τα συγκεκριμένα παραπτώματα.

- Το γεγονός ότι η ως άνω εταιρεία έχει προσφύγει κατά των σχετικών αποφάσεων επιβολής προστίμων δεν αποδεικνύει συμμόρφωση ή αυτοκάθαρση, αντιθέτως αμφισβήτηση τους, η οποία όμως δεν έχει ακόμη κριθεί δικαστικά. Εξάλλου για τις συγκεκριμένες αποφάσεις του ΣΕΠΕ δεν

υπάρχει απόφαση αναστολής της εκτέλεσής τους, γεγονός που σημαίνει ότι αυτές είναι ενεργές και παράγουσες έννομα αποτελέσματα. Η Επιτροπή για το ανωτέρω θέμα 28Δ αφού μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτήν στοιχείων και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της, θεωρεί πως λόγω ελλείψεως αποδεικτικών στοιχείων ο ανωτέρω οικονομικός φορέας δεν αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή αποφασίζει ομόφωνα την παροχή ΜΗ σύμφωνης γνώμης επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης της και επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας «...» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της.» Ενόψει της παροχής μη σύμφωνης γνώμης από την Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 η ΕΧΕΙ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ ΟΠΩΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΘΕΙ. [...]

3) Α. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της η ως άνω προσφεύγουσα εταιρεία όλως αόριστα και αβάσιμα ισχυρίζεται πως πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της εταιρείας μας καθώς δήθεν: Δεν συντρέχει πλέον για την προσφεύγουσα ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, διότι κατά τα τελευταία δύο έτη επιβλήθηκε στην εταιρεία αυτή μόνο μία πράξη επιβολής προστίμου για παράβαση της εργατικής νομοθεσίας. Η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, διότι η από 16-10-2020 Γνωμοδότηση κατέστη ανεπίκαιρη μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 17-09-2021.

Β. Προς αντίκρουση του συνόλου των ανωτέρω αβάσιμων ισχυρισμών της προσφεύγουσας εταιρείας επισημαίνουμε τα εξής: Από την συστηματική ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων που δεσμεύουν τόσο την ως αναθέτοντα φορέα, όσο και την προσφεύγουσα, ως συμμετέχοντα οικονομικό φορέα προκύπτει ΡΗΤΑ, με ευκρίνεια και δίχως αμφισημία πως κρίσιμο κατά την υποβολή των προσφορών για την διαπίστωση ή μη του λόγου αποκλεισμού της περ. ζ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης ... είναι ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΑ το χρονικό σημείο λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών στον Διαγωνισμό, ήτοι η 24η-10-2019. Εκείνο το χρονικό σημείο ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΑ χρησιμοποιείται για τον υπολογισμό της διετίας του άρθρου 68 του ν.

3863/2010. Αντίθετη, δε, ερμηνεία θα έπληττε τις αρχές της τυπικότητας, της ασφάλειας δικαίου, της διαφάνειας και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Επομένως αν διαπιστώνεται πως εντός του χρονικού διαστήματος των δύο (2) ετών πριν την λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών συντρέχει περίπτωση συνδρομής της περ. γ' του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, τίθεται, καταρχήν, θέμα συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της περ. ζ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης. Θα πρέπει να επισημάνουμε, δε, πως η ερμηνεία που επιχειρεί η προσφεύγουσα είναι *contra legem* μιας και έρχεται σε πλήρη αντίθεση με το γράμμα του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 ως ανωτέρω εκτίθεται. Είναι καταρχήν αδιάφορη, δε, η οψιγενής νομότυπη συμπεριφορά της προσφεύγουσας. Αναφορικά, δε, με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί του δήθεν ανεπίκαιρου της Γνωμοδότησης 28Δ αυτός καταπίπτει από όλα τα ανωτέρω. Σε κάθε περίπτωση, δε, σημειώνουμε πως η έκδοση απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία καθυστέρησε χωρίς υπαιτιότητα της ..., μιας και όπως πολύ καλά γνωρίζει η προσφεύγουσα μετά την έκδοση της επίμαχης αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 έτεροι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς προέβαλαν με υπομνήματα τους οψιγενείς κατ' αυτούς μεταβολές κλπ που έπρεπε να αξιολογηθούν ως προς τα πραγματικά και νομικά περιστατικά τους από την Επιτροπή του Διαγωνισμού. [...]».

10. Επειδή, στο σχετικό έγγραφο Απόψεων του αναθέτοντος φορέα αρχής αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση 2^η Προσφυγή τα εξής: «[...] II. ΚΑΤ' ΙΔΙΑΝ ΑΝΤΙΚΡΟΥΣΗ ΤΟΥ ΣΥΝΟΛΟΥ ΤΩΝ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΛΟΓΩΝ ΤΗΣ ΕΝΔΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ:

1) Β. Οι παραπάνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ωστόσο, θα πρέπει να απορριφθούν στο σύνολο τους ως αόριστοι και νόμω και ουσία αβάσιμοι για τους κάτωθι λόγους: Καταρχάς οι ανωτέρω αβάσιμοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας καταρρίπτονται ήδη από το αιτιολογικό του από 04-06-2021 Ενιαίου Πρακτικού Αξιολόγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού ... που εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 1400/17-09-2021 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου

της εταιρείας μας στο οποίο γίνονται δεκτά τα εξής: «Όπως, ήδη, αναφέρθηκε οι εταιρείες «...» με δ.τ. «...» και «...» με δ.τ. «...» έδωσαν αρνητική απάντηση («ΟΧΙ») στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ αναφορικά με την συνδρομή ή μη εις βάρος τους σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ωστόσο, στην υπ' αριθμ. 721/2020 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β' 5992/31-12-2020) αναφέρεται ότι: «Την 21.7.2011 (με ημ. αρ. ...) κοινοποιήθηκε στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (εφεξής και «ΓΔΑ») καταγγελία 16 κατά τριών (3) εταιριών που δραστηριοποιούνται στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, ήτοι των εταιρειών α) «....» (εφεξής και «...») για παράβαση του άρθρου 1 του ν. 703/1977, ως ίσχυε, και του άρθρου 1 του ν. 3959/2011. ... 2. Με αφορμή την ως άνω καταγγελία η ... εκκίνησε και αυτεπάγγελτη έρευνα στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, για διερεύνηση τυχόν παραβάσεων των ως άνω διατάξεων και πραγματοποίησε σειρά μέτρων έρευνας. ... Στην παρούσα ενότητα, παρατίθενται τα βασικά ευρήματα τα οποία στοιχειοθετούν πρακτικές συνεννόησης της εταιρίας ... με ανταγωνίστριες εταιρίες στο πλαίσιο διαγωνιστικών διαδικασιών. Τα εν λόγω ευρήματα απαρτίζονται από ηλεκτρονικά και έγχαρτα αρχεία, τα οποία εντοπίστηκαν στο πλαίσιο επιτόπιου ελέγχου που διεξήχθη στα γραφεία της εν λόγω εταιρίας στις 21.3.2012 και αφορούν στις κάτωθι διαγωνιστικές διαδικασίες για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης. ... 101. Κατόπιν των ανωτέρω, προκειμένου να αποτυπωθεί η θέση της ..., στο πλαίσιο ανωμοτί κατάθεσης [...] στις 18.12.2015, δόθηκαν διευκρινίσεις εκ μέρους της εν λόγω εταιρίας και αποτυπώθηκαν οι θέσεις της επί των ζητημάτων, για τα οποία ερωτήθηκε. ... Η υπ' αρ. οικ. 5073/9.6.2020 Έκθεση επιδόθηκε την 3.7.2020 στα μέρη. ... Σε συνέχεια της κοινοποίησης της υπ' αρ. οικ. 5073/9.6.2020 Εισήγησης του Εισηγητή Παναγιώτη Φώτη, με κλήση προς συζήτηση της υπόθεσης ενώπιον της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού για την 24η Σεπτεμβρίου 2020, η οποία κατόπιν αιτημάτων των μερών αναβλήθηκε για την 20η Οκτωβρίου 2020, ... οι έξι (6) επιχειρήσεις (Αριθμ. Γραμματείας ΕΑ), ..., ... εκδήλωσαν εγγράφως το ενδιαφέρον τους για διερεύνηση της δυνατότητας υπαγωγής τους στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών και

κατέθεσαν σχετικό αίτημα, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στην παρ. 30 της Ανακοίνωσης για τη διαδικασία διευθέτησης διαφορών.

9. Σε συνέχεια των εν λόγω αιτημάτων, η ΕΑ σε συνεδρίασή της στις 17.9.2020 έκρινε ομόφωνα ότι η παρούσα υπόθεση είναι πρόσφορη και μπορεί να υπαχθεί στην εν λόγω διαδικασία διευθέτησης, καθώς πληροί τα κριτήρια υπαγωγής σε αυτή. ... 10. Στη συνέχεια, κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 32 της 17 Ανακοίνωσης για τη διαδικασία διευθέτησης διαφορών, η ΕΑ ενημέρωσε τα ενδιαφερόμενα μέρη με σχετικές κλητεύσεις στις 18.9.2020 για τις ... και ... και στις 21.9.2020 για τις ... και ..., όρισε ημερομηνία έναρξης των διμερών συσκέψεων με έκαστη από αυτές και ανέβαλε τη συζήτηση της υπόθεσης αορίστως ως προς τα λοιπά εμπλεκόμενα κατά την Εισήγηση μέρη, τα οποία δεν υπέβαλαν σχετική εκδήλωση ενδιαφέροντος για τη διαδικασία διευθέτησης. 11. Ακολούθησαν διμερείς συσκέψεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού με κάθε μία από τις αιτούσες τη διευθέτηση εμπλεκόμενες επιχειρήσεις στις 23.9.2020, 25.9.2020, 29.9.2020 και 2.10.2020. ... 12. Με το πέρας των ως άνω διμερών συσκέψεων ... για κάθε μία ενδιαφερόμενη εταιρία, υπεβλήθησαν στις 12.10.2020 έξι (6) προτάσεις διευθέτησης διαφοράς από τα ενδιαφερόμενα μέρη, ...,

Κατόπιν της υποβολής των προτάσεων διευθέτησης διαφοράς από τα ενδιαφερόμενα μέρη, η ΕΑ σε συνεδρίασή της στις 15.10.2020 έκρινε ότι αυτές αποτελούσαν έκφραση της δέσμευσης των ενδιαφερομένων μερών να συνεργασθούν και ότι αποτύπωναν τα αποτελέσματα των διμερών συσκέψεων που είχαν διεξαχθεί και ως εκ τούτου ανέθεσε στον Εισηγητή τη σύνταξη εισήγησης διευθέτησης.. Στη συνέχεια των ανωτέρω κοινοποιήθηκε στις εμπλεκόμενες επιχειρήσεις, σύμφωνα με την παρ. 37 της υπ' αρ. 704/2020 απόφασης της ΕΑ, η υπ' αρ. 9513/ 10.11.2020 Εισήγηση Διευθέτησης του Εισηγητή (εφεξής και «Έκθεση») και κλήθηκαν εντός προθεσμίας 10 ημερών, ήτοι μέχρι τις 27.10.2020, να επιβεβαιώσουν με σχετική δήλωσή τους (εφεξής και «Δήλωση Διευθέτησης») ανέκκλητα, ανεπιφύλακτα και με σαφήνεια ότι η Έκθεση του Εισηγητή απηχεί τις Προτάσεις Διευθέτησης Διαφοράς που έχουν υποβάλλει και, ως εκ τούτου, ισχύει η δέσμευσή τους για υπαγωγή στη Διαδικασία Διευθέτησης Διαφορών. Δυνάμει της ανωτέρω Έκθεσης, τα

εμπλεκόμενα μέρη υπέβαλλαν εμπρόθεσμα Δήλωση Διευθέτησης, κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 37 της υπ' αρ. 704/2020 απόφασης της ΕΑ, με την οποία δήλωσαν ότι η εν λόγω Έκθεση απηχεί τις Προτάσεις Διευθέτησης Διαφοράς που υπέβαλλαν στην ΕΑ και, ως εκ τούτου, ισχύει ανεπιφύλακτα η δέσμευση τους για την υπαγωγή τους στην Διαδικασία Διευθέτησης Διαφορών κατά το μέρος που αφορά έκαστο μέρος σε αυτήν. ... Όπως αναλυτικά παρατίθεται στην υπ' αρ. 5073/9.6.2020 Έκθεση και ρητώς και ανεπιφυλάκτως έγινε δεκτό από τα μέρη, στην υπό εξέταση υπόθεση προκύπτει η ανταλλαγή στοιχείων και δη οικονομικών προσφορών μεταξύ της ... και αφενός της ανταγωνιστικής επιχείρησης ... και αφετέρου των ανταγωνιστικών επιχειρήσεων ... και ..., στο πλαίσιο της συμμετοχής τους σε διαγωνιστικές διαδικασίες που προκηρύχθηκαν κατά τα έτη 2010 και 2011. Οι ως άνω προσφορές, που αποτέλεσαν και το αντικείμενο της υπό εξέταση ανταλλαγής, κατ' αντιπαραβολή με τα στοιχεία κατακύρωσης του εκάστοτε φορέα, συμπίπτουν απόλυτα αριθμητικά με τις τελικώς κατατεθειμένες. Στα εν λόγω έργα, μειοδοτούσα ήταν η ..., οι δε λοιπές συμμετέχουσες αποτελούν μικρότερες, ατομικές ως επί το πλείστον, επιχειρήσεις με έδρα την επαρχία, με τις οποίες η ... είχε μεν συνεργασία υπεργολαβιών σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες, εντούτοις στις κρινόμενες περιπτώσεις συμμετείχαν άπασης ως ανταγωνίστριες. ... ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ Η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αποφάσισε, ομόφωνα και σε φανερή ψηφοφορία, τα ακόλουθα: ... Γ. Διαπιστώνει ότι οι εταιρίες, ..., ... και ..., παραβίασαν, όπως αποδέχθηκαν και σύμφωνα με τα όσα εκτίθενται στο σκεπτικό, τα άρθρα 1 ν. 3959/2011 και 1 ν. 703/1977, ως ακολούθως: 1) για το χρονικό διάστημα από 13.12.2011 μέχρι 2.2.2012 ως προς τη παράβαση των εταιριών, ... και ... και από 11.11.2010 μέχρι 15.7.2011 ως προς την παράβαση των εταιριών ... και Δ. Επιβάλλει πρόστιμο στις προαναφερόμενες εταιρίες για τη συμμετοχή τους στη διαπιστωθείσα στο σκεπτικό παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 1 του ν. 703/1977, για τη διάρκεια συμμετοχής εκάστης στην παράβαση κατά το ανωτέρω χρονικό διάστημα, ως ακολούθως: 1) πρόστιμο ύψους διακοσίων πενήντα χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ και πενήντα λεπτών (€ 256.750,57). ... Ε.

Υποχρεώνει τις προαναφερόμενες επιχειρήσεις να παραλείπουν στο μέλλον τις διαπιστωθείσες στο ως άνω σκεπτικό παραβάσεις. ΣΤ. Επαπειλεί τις ανωτέρω επιχειρήσεις με πρόστιμο και χρηματική ποινή, εάν με απόφαση της Επιτροπής βεβαιώνεται η επανάληψη των διαπιστωθεισών παραβάσεων στο μέλλον».

Από την ανωτέρω απόφαση της Ε.Α., λοιπόν, αποδεικνύεται, κατά αμάχητο τεκμήριο, πως α) η συμμετέχουσα, στον παρόντα ... διαγωνισμό, εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον δ.τ. «....» γνώριζε, ήδη, από το έτος 2011, πως εκκρεμεί εις βάρος της έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για παραβίαση της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού, διεξήχθη, δε, έρευνα στα γραφεία αυτής το έτος 2012, ενώ κατέθεσε σχετικές διευκρινίσεις, ενώπιον της Ε.Α., το έτος 2015, β) συνέτρεχε κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών στον διαγωνισμό ... εκκρεμής έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού εις βάρος της προσφέρουσας, κάτι που αυτή, ωστόσο, ΔΕΝ δήλωσε στο από 24-10-2019 ΕΕΕΣ της, ενώ είχε σχετική προς τούτο υποχρέωση, γ) ενόψει της έκδοσης και επίδοσης της υπ' αριθμ. 5073/09-06-2020 Εισήγησης και του προσδιορισμού δικασίμου ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η προσφέρουσα, μαζί με κάποιους άλλους ελεγχόμενους φορείς (όχι όλους), αναγνωρίζοντας την βασιμότητα των κατηγοριών εις βάρος της και προκειμένου να αποφύγει δυσμενέστερη κρίση, ζήτησε και υπήχθη σε καθεστώς διαδικασίας διευθέτησης του άρθρου 25α του ν. 3959/2011, αναγνωρίζοντας ανεπιφύλακτα και αμετάκλητα την συμμετοχή της σε συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού κατά τα έτη 2010-2012 και δ) για τον λόγο αυτό της επεβλήθη από την Επιτροπή Ανταγωνισμού πρόστιμο ύψους 256.750,57 Ευρώ. [...]

Στο «Μέρος III: Λόγοι Αποκλεισμού: Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» του Υποδείγματος ΕΕΕΣ υφίσταται το κάτωθι ερώτημα: «Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; Απάντηση: Ναι / Όχι Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες - Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη

σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”); Ναι / Όχι Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν - Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Ναι / Όχι Διαδικτυακή Διεύθυνση – Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων - Αρχή ή Φορέας έκδοσης». Στο Μέρος VI: Τελικές δηλώσεις» του Υποδείγματος ΕΕΕΣ, δε, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς καλούνται να προβούν δίχως επιφυλάξεις στις εξής δηλώσεις: «Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι τα στοιχεία που έχω αναφέρει σύμφωνα με τα μέρη II έως V ανωτέρω είναι ακριβή και ορθά και ότι έχω πλήρη επίγνωση των συνεπειών σε περίπτωση σοβαρών ψευδών δηλώσεων». Οι παραπάνω προβλέψεις και περιπτώσεις υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού εντοπίζονται αυτούσιες και στο ν. 4412/2016, όπως ισχύει στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, που ρητά σύμφωνα με το άρθρο 1.4 της Διακήρυξης περιλαμβάνεται στο θεσμικό πλαίσιο αυτής ως εξής: [...] Στην προκείμενη περίπτωση με τις δηλώσεις της στην ένδικη προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρεία ομολογεί και παραδέχεται ρητά και δίχως επιφυλάξεις, πως είχε πλήρη γνώση της διεξαχθείσας εις βάρος της έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, τουλάχιστον από το έτος 2012, μιας και συμμετείχε ενεργά παρέχοντας σχετικές πληροφορίες, έγγραφα και στοιχεία στην εν λόγω Αρχή. Δεν υπάρχει, δηλαδή, καμία αμφιβολία πως η προσφεύγουσα γνώριζε την διεξαγόμενη εις βάρος της έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για πιθανή παραβίαση εκ μέρους της της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού κατά το χρονικό στάδιο υποβολής της προσφοράς της στον Διαγωνισμό ... στις 24-10-2019. Το αντίθετο, κατά το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς της στον Διαγωνισμό ... είχε πλήρη γνώση της διεξαγόμενης από το 2011 έρευνας εις βάρος της. Ωστόσο και παρά την γνώση αυτή, κατά παραβίαση του καθήκοντος αληθείας και ειλικρίνειας του διαγωνιζομένου, έδωσε εν γνώσει της αρνητική απάντηση («ΟΧΙ») στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ αναφορικά με την διάπραξη ή μη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Την ανακριβή και παραπλανητική αυτή της δήλωση, δε, δικαιολογεί η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη, ότι δήθεν ευλόγως θεωρούσε πως δεν υπήρχαν εύλογες ενδείξεις εις βάρος της για παραβίαση της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού, άρα δεν υπείχε σχετική υποχρέωση αναφοράς

της διεξαγόμενης έρευνας εις βάρος της στο από 24-10-2019 ΕΕΕΣ που υπέβαλλε στον Διαγωνισμό Φυσικά ο ισχυρισμός αυτός, καταρχάς, είναι όλως προσχηματικός και παρελκυστικός μιας και εν τέλει α) με την υπ' αριθμ. πρωτ. 5073/09-06-2020 Εισήγηση προς την Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού προέκυπτε παραβατική συμπεριφορά της, β) η ίδια η προσφεύγουσα ενόψει των προφανώς αδιάσειστων εις βάρος της στοιχείων ζήτησε και πράγματι υπήχθη σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25α του ν. 3959/2011. Σχετικά εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού με την οποία της επεβλήθη πρόστιμο ύψους 256.750,57 €. Η υπαγωγή της, δε, σε διαδικασία διευθέτησης συνιστά ανεπιφύλακτη και αμετάκλητη παραδοχή και ομολογία της πως προέβη σε αθέμιτες αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές κατά παραβίαση του ν. 3959/2011. Πέραν τούτων η προσφεύγουσα παραδέχεται και ομολογεί πως δεν δήλωσε την διεξαγόμενη εις βάρος της έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού στο από 24-10-2019 συμπληρωθέν ΕΕΕΣ της, καθώς θεώρησε ότι η έρευνα αυτή δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού ούτε πραγματικό γεγονός ικανό να επιφέρει λόγο αποκλεισμού εις βάρος της. [...]

2) Α. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η ως άνω εταιρεία όλως αόριστα και αβάσιμα ισχυρίζεται πως δήθεν πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της εταιρείας μας καθώς: «Πέραν τούτου, ο ισχυρισμός της προσβαλλόμενης απόφασης και της Επιτροπής του Διαγωνισμού ότι η διεξαγωγή έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού συνιστούσε «πραγματικό γεγονός» που όφειλε η εταιρεία μας να δηλώσει στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της κατά την παρατιθέμενη νομολογία του ΣτΕ από τον αναθέτοντα φορέα (ΕΑ ΣτΕ 93/2020, ΣτΕ 753, 754/2020) είναι όλως εσφαλμένος και απορριπτέος ως αβάσιμος. [...] Β. Εν προκειμένω η προσφεύγουσα παρελκυστικά και όλως αβάσιμα προσπαθεί με μία κατά το δοκούν ερμηνεία να πείσει την Αρχή Σας πως δήθεν με την υπ' αριθμ. 1819/2020 απόφαση της Ολ ΣτΕ μεταστράφηκε η νομολογία και κατά συσταλτική ερμηνεία της έννοιας του «πραγματικού γεγονότος» δεν υπέχουν πια υποχρέωση οι οικονομικοί φορείς όπως δηλώνουν στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ τις περιπτώσεις εκκρεμούς έρευνας εις βάρος τους από την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Ωστόσο η «ερμηνεία» αυτή της

προσφεύγουσας είναι προσχηματική και βρίθει «λογικών αλμάτων» και αντιφάσεων, καθώς από το παρατιθέμενο απόσπασμα της υπ' αριθμ. 1819/2020 απόφασης της Ολ. ΣτΕ προκύπτει ότι η πρόθεση για υπαγωγή ενός οικονομικού φορέα σε διαδικασία διευθέτησης του ν. 3959/2011 δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου την αμετάκλητη αποδοχή-ομολογία εκ μέρους του οικονομικού αυτού φορέα πως όντως προέβη σε αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές. Η παραδοχή αυτή, όμως, της εν λόγω απόφασης του ΣτΕ δεν αφορά, και δεν περιορίζει το εύρος των «πραγματικών γεγονότων» τα οποία υποχρεούται και καλείται να δηλώνει κάθε οικονομικός φορέας στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ προς τήρηση της αρχής της ειλικρίνειας του διαγωνιζομένου. Οι εν λόγω πραγματικές και νομικές περιστάσεις, δηλαδή, είναι όλως διάφορες και ξεχωριστές μ' αποτέλεσμα οι παραδοχές της υπ' αριθμ. 1819/2020 απόφασης της Ολ. ΣτΕ να μην αφορούν και να μην καταλαμβάνουν και ανατρέπουν τις παραδοχές των υπ' αριθμ. 40/2019, 117/2019, 23/2020, 93/2020 αποφάσεων Επ. Αν. ΣτΕ, όπως και φυσικά των υπ' αριθμ. 753 και 754/2020 αποφάσεων του ΣτΕ. Άλλωστε δεν έγκειται, όπως γίνεται δεκτό από το ΣτΕ, στην εξουσία του οικονομικού φορέα να κρίνει και να αξιολογήσει αν τα επίμαχα πραγματικά περιστατικά συνιστούν ή όχι δυνητικά λόγους αποκλεισμού. Η αρμοδιότητα αυτή παρέχεται μόνο στον αναθέτοντα φορέα/αναθέτουσα αρχή. Αντίθετη, δε, ερμηνευτική εκδοχή θα είχε ως αποτέλεσμα την καταστρατήγηση/παραβίαση των αρχών της ασφάλειας δικαίου, της τυπικότητας και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων σε διαγωνιστικές διαδικασίες. Έχει αποκρυσταλλωθεί, λοιπόν, με τις υπ' αριθμ. 753,754/2020 ΣτΕ και 23,93/2020 Επ. Αν. ΣτΕ πως οικονομικός φορέας εις βάρος του οποίου εκκρεμεί έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού υποχρεούται όπως το δηλώσει τούτο στο ΕΕΕΣ. Μη αναφορά, δε, αυτού του «πραγματικού αυτού γεγονότος» οδηγεί άνευ ετέρου στον αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της περ. η) της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και στον αποκλεισμό του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα κατά δέσμια αρμοδιότητα της ως αναθέτοντος φορέα. Η μεταγενέστερη, δε, προβολή μέτρων αυτοκάθαρσης αναφορικά με το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα δεν αίρει σε καμία περίπτωση τον αυτοτελή αυτό λόγο αποκλεισμού περί παροχής

παραπλανητικών πληροφοριών και ανακριβούς δήλωσης. Προς επίρρωση, δε, των ισχυρισμών μας ότι δεν έχει ανατραπεί η νομολογία που διαμορφώθηκε και αποκρυσταλλώθηκε με τις υπ' αριθμ. 753, 754/2020 ΣτΕ και 23, 93/2020 Επ. Αν. ΣτΕ και πως εξακολουθεί να υφίσταται η υποχρέωση κάθε οικονομικού φορέα εις βάρος του οποίου εκκρεμεί έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού να δηλώσει τούτο σε κάθε περίπτωση στο ΕΕΕΣ, παραπέμπουμε σε μία σειρά πρόσφατων αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π. που εκδόθηκαν μετά την επίμαχη 1819/2020 απόφαση της Ολ. ΣτΕ: ... Ειδικότερα: Με τις υπ' αριθμ. 1160/2020 (σκέψη 19), 1161/2020 (σκέψη 12) και 1180/2020 (σκέψη 25) αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. γίνεται δεκτό: «Ειδικά σε σχέση με την απάντηση του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ «εάν έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού», κατά πάγια νομολογία (ΕΑ ΣτΕ 40/2019, 237/2019, 279/2019, 23/2020) έχει κριθεί ότι η απάντηση του οικονομικού φορέα στο ερώτημα αυτό αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον, συγκεκριμένα δε, αν αυτός συνήψε ή όχι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνίες που αποσκοπούσαν στην στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος αυτού η εκ μέρους του διαγωνιζόμενου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Ειδικότερα, με την ΕΑ ΣτΕ 93/2020 κρίθηκε ότι η υποχρέωση του προσφέροντα να δηλώσει στο ΕΕΕΣ τις επίμαχες συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού αφορά τόσο τη σύναψη των εν λόγω συμφωνιών όσο και τη διενέργεια έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού σχετικά με τη σύναψή τους ως πραγματικά γεγονότα και δεν αίρεται η εν λόγω υποχρέωση από τυχόν εκτιμήσεις του προσφέροντος σχετικά με το αν η υπό εξέλιξη έρευνα θα καταλήξει στην απαλλαγή του, αναλόγως αν τα δηλούμενα πραγματικά περιστατικά συνιστούν, κατά νόμο, εύλογες ενδείξεις για τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή αν συντρέχουν λόγοι άρσης του αποκλεισμού του (ΕΑ ΣτΕ 40/2019, 93/2020). [...] Ειδικά, δε, επί των τροποποιήσεων που επέφερε στους ν. 4412/2016 και 3959/2011 το άρθρο 235 του ν. 4635/2019, επισημαίνεται, πως κατ' εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας στις δημόσιες συμβάσεις, οι

τροποποιήσεις αυτές δεν εφαρμόζονται στην Διακήρυξη ..., καθώς ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών σ' αυτήν ορίστηκε η 24η /10/2019 (βλ. το υπ' αριθμ. πρωτ. ... 21432/16-10-2019 έγγραφο του Αναπληρωτή Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας μας), ενώ ο ν. 4635/2019 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ στις 30-10-2019 (ΦΕΚ Α' 167/30-10-2019), το άρθρο 235, δε, αυτού προβλέπει, μεταξύ άλλων, ότι: «Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου.». [...] Άλλωστε η μεταγενέστερη υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 συνιστά αμετάκλητη ομολογία του οικονομικού φορέα περί της συμμετοχής του σε στρεβλωτικές του ανταγωνισμού συμπεριφορές. Συνακόλουθα βάσει της ομολογίας αυτής επιβεβαιώνεται η, καταρχήν, ύπαρξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος της περίπτωσης ζ' του άρθρου 2.2.3.4. της 39 Διακήρυξης ... Ενόψει, δε, της επιβεβαίωσης ύπαρξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εις βάρος του οικονομικού φορέα που υφίστατο/είχε τελεστεί/πραγματοωθεί σαν πραγματικό γεγονός πριν την υποβολή των προσφορών στην ... καταδεικνύεται ότι υπήρχε υποχρέωση δήλωσης του πραγματικού αυτού γεγονότος στο ΕΕΕΣ ως καταρχήν περίπτωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. [...] Από την συστηματική ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων και ιδίως της μεταβατικής διάταξης του άρθρου 235 αναφορικά με την προσθήκη εδαφίων στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016 και τις προβλέψεις του άρθρου 241 του ν. 4635/2019 με σαφήνεια και πληρότητα προκύπτουν τα εξής:

Α) Στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία ..., ήτοι διαδικασία που η συμπλήρωση και υποβολή των προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών

φορέων (εννοείται και των αντίστοιχων ΕΕΕΣ) είχε ολοκληρωθεί πριν την δημοσίευση του νόμου αυτού, δεν εφαρμόζονται οι νέες προβλέψεις. Στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ..., δηλαδή, κατά ρητή νομοθετική επιλογή μέσω των ειδικών μεταβατικών διατάξεων του άρθρου 235 ν. 4635/2019 εφαρμόζονται οι προγενέστερες διατάξεις των άρθρων 73 και 79 ν. 4412/2016, αλλά και του νόμου 3959/2011, όπως είχε τροποποιηθεί με τον ν. 4389/2016. Οι ειδικότερες και μεταγενέστερες, δε, προβλέψεις των άρθρων 73 και 79 του ν. 4412/2016 υπερισχύουν των προγενέστερων και γενικότερων προβλέψεων του άρθρου 44 ν. 3959/2011, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 106 του ν. 4389/2016. Ρητά, δηλαδή, προκύπτει πως οι νέες διατάξεις δεν έχουν αναδρομική εφαρμογή στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία. Ερμηνεία, συνεπώς, περί αναδρομικής εφαρμογής των νέων διατάξεων του άρθρου 235 ν. 4635/2019 στον Διαγωνισμό ... αποτελεί ξεκάθαρα *contra legem* ερμηνεία που θίγει και παραβιάζει ταυτόχρονα τις αρχές της τυπικότητας, της ασφάλειας δικαίου και της ισότιμης μεταχείρισης των επιμελών και ειλικρινών διαγωνιζομένων και δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

Β) Ρητά συνάγεται πως στο εφαρμοστέο νομοθετικό καθεστώς της διαγωνιστικής διαδικασίας ... η υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25Α του ν. 3959/2011 συνιστά καταρχήν περίπτωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος της περ. θ) της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ιδίως ενόψει των ειδικότερων και μεταγενέστερων έναντι του ν. 3959/2011 προβλέψεων του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Επιβεβαιώνονται, παράλληλα, οι ισχυρισμοί μας πως και μετά την εισαγωγή του λόγου αποκλεισμού της περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 εξακολουθούν να περιέχονται στο εννοιολογικό περιεχόμενο του λόγου αποκλεισμού της περ. θ) της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 οι με οιοδήποτε τρόπο αθέμιτες συμπράξεις προσβολής του ανταγωνισμού. Κάτι φυσικά που ήδη έχει καταστεί σαφές και αποδεκτό και με τις παραδοχές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην από 18-03-2021 Ανακοίνωσή της. [...] Τέλος και όλως επικουρικά θα πρέπει να επισημάνουμε τα εξής: Ένεκα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας σύμφωνα με τους οποίους αναλογικά στην επίμαχη περίπτωση πρέπει να γίνουν δεκτές ερμηνευτικές παραδοχές που έχουν

προταθεί επί της αναδρομικότητας των άρθρων 102, 103, 310 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν με το ν. 4782/2021, σε εκκρεμείς κατά την δημοσίευση του ν.4782/2021 διαγωνιστικές διαδικασίες επισημαίνουμε πως οι ερμηνευτικές αυτές παραδοχές δεν αποτελούν την μοναδική ερμηνευτική εκδοχή και δεν δύνανται να εφαρμοστούν άνευ ετέρου μιας και δεν έχει αποκρυσταλλωθεί η νομολογία. [...] Υπό την έννοια των ανωτέρω, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 1517/2021, σκ. 34, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου, 1386/2021, σκ. 46, μειοψηφία Χρ. Ζαράρη). ... Συναφώς γίνεται δεκτό: 507/2021 Α.Ε.Π.Π.: «...Συνεπώς, σε περίπτωση ελλιπούς ή/ και ανακριβούς ΕΕΕΣ/ ΤΕΥΔ, η οικεία προσφορά είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, χωρίς η Αναθέτουσα Αρχή να νομιμοποιείται να καλέσει τον διαγωνιζόμενο προς παροχή διευκρινίσεων, ούτε να θεωρήσει ότι το ελλείπον ή το ανακριβές στοιχείο του ΕΕΕΣ/ ΤΕΥΔ μπορεί να αναπληρωθεί από το περιεχόμενο άλλων στοιχείων της προσφοράς του διαγωνιζόμενου. Κατά συνέπεια, η παράλειψη του οικονομικού φορέα να αναφέρει πραγματικό σχετιζόμενο με λόγο αποκλεισμού και επανορθωτικά μέτρα στο ΕΕΕΣ του, αφενός δεν δύναται να αναπληρωθεί από παραπομπές σε άλλα έγγραφα, που πάντως εκ περισσού και χωρίς να ζητηθούν υποβλήθηκαν με την προσφορά (εν προκειμένω δε, δεν υπάρχει καν παραπομπή εκ του ΕΕΕΣ στη σχετική υπεύθυνη δήλωση, αλλά ρητή αρνητική απάντηση στους λόγους αποκλεισμού χωρίς καμία παραπομπή ή έστω συνοπτική μνεία του πραγματικού που αναφέρεται στις υπεύθυνες δηλώσεις, ενώ υφίσταται πλήρης σιγή και ουδεμία παραπομπή και όσον αφορά τα επανορθωτικά μέτρα), αφετέρου δεν δύναται να συμπληρωθεί εκ των υστέρων[...].».

11. Επειδή, στο σχετικό έγγραφο Απόψεων του αναθέτοντος φορέα αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση 3^η Προσφυγή τα εξής: «[...] Εν συντομία με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της η ως άνω εταιρεία ισχυρίζεται πως δήθεν: α) Ο αποκλεισμός της εχώρησε κατά ανεπίτρεπτη πλάνη περί τα πράγματα της Επιτροπής του Διαγωνισμού ..., μιας και η προσφεύγουσα δεν γνώριζε κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της στις 24-10-2019 πως εκκρεμεί εις βάρος της έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Έλαβε, δε, γνώση της εκκρεμούς έρευνας μόλις στις 03-07-2020, όταν και της επιδόθηκε η υπ' αριθμ. πρωτ. 5073/09-06-2020 Εισήγηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ήτοι μεταγενέστερα από την προθεσμία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών στον Διαγωνισμό Άρα εύλογα και αιτιολογημένα σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της η προσφεύγουσα δεν προέβη σε παροχή παραπλανητικών πληροφοριών κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ της στις 24-10-2019. β) Δεν υπάρχει στο πρότυπο υποδείγματος ΕΕΕΣ του Διαγωνισμού ... πεδίο για να δηλώσει πραγματικά περιστατικά αναφορικά με αθέμιτες συμπράξεις κατά παραβίαση της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού. γ) Η προσφεύγουσα έχει απαλλαγεί οριστικά από οποιαδήποτε έρευνα της Επιτροπής Ανταγωνισμού εις βάρος της.

Β. Όλα τα ανωτέρω υπό α), β) και γ), ωστόσο, ανατρέπονται πλήρως από τα εξής: Καταρχάς παραθέτουμε το αναλυτικό και εμπειριστατωμένο αιτιολογικό απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, όπως εκτίθεται στο από 04-06-2021 Ενιαίο Πρακτικό Αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού ...:

«Περαιτέρω σύμφωνα με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Ανακοίνωση του Προέδρου του Εμπορικού & Βιομηχανικού Επιμελητηρίου Θεσσαλονίκης, στις 2408-2015 καταχωρήθηκε στο ΓΕΜΗ το από 29-07-2015 υπ' αριθμ. 41 πρακτικό της έκτακτης γενικής συνέλευσης των μετόχων της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 1 του καταστατικού της που αφορά την επωνυμία της εταιρείας. Την ίδια ημερομηνία καταχωρήθηκε στο ΓΕΜΗ ολόκληρο το νέο κείμενο καταστατικού μαζί με τις τροποποιήσεις του. Όπως προκύπτει, δε, από το άρθρο 1 του συνημμένου στην ανωτέρω Ανακοίνωση τροποποιηθέντος καταστατικού: «Η ανώνυμη εταιρεία που είχε συσταθεί με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...», η οποία επωνυμία

είχε τροποποιηθεί με την από 28/8/2003 απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης σε «...» και ο διακριτικός της τίτλος σε «...» και, εν συνεχεία, με την από 2/9/2008 απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης σε «...» και «...» αντίστοιχα και, εν συνεχεία, με την από 7/9/2011 Απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης σε «...» και «...» αντίστοιχα, φέρει πλέον την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...». Από το συνδυασμό των παραπάνω καταδεικνύεται πως η Επιτροπή Ανταγωνισμού ήδη από το έτος 2011 είχε ξεκινήσει έρευνα αναφορικά με το αν η συμμετέχουσα στον Διαγωνισμό ... εταιρεία με την ισχύουσα τωρινή επωνυμία «...» είχε παραβιάσει ή μη τις διατάξεις περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού. Συνέτρεχε, δηλαδή, εις βάρος της εν λόγω συμμετέχουσας στον παρόντα Διαγωνισμό κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της και συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ της (24-10-2019) εκκρεμής εις βάρος της έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού την οποία δεν δήλωσε, ενώ είχε σχετική προς τούτο υποχρέωση. [...] Η μη έγκαιρη δήλωση/ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής/φορέα από τον οικονομικό φορέα, δε, αναφορικά με διενεργούμενη έρευνα εις βάρος του για στρέβλωση του ανταγωνισμού από την οικεία Αρχή, οδηγεί στην σωρευτική συνδρομή του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης η' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία αποκλείεται οικονομικός φορέας «εάν επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση» (βλ. αντίστοιχα περίπτωση στ' του άρθρου 2.2.3.4. της παρούσας Διακήρυξης). [...] Κατ' αμάχητο τεκμήριο, λοιπόν, καταδεικνύεται από τις ανωτέρω ρητές και σαφείς δηλώσεις της αρμόδιας Επιτροπής Ανταγωνισμού, πως η εδώ προσφεύγουσα εταιρεία είχε πλήρη γνώση της διενεργούμενης εις βάρος της έρευνας χρόνια πριν την υποβολή της προσφοράς της, στις 24-10-2019, στον Διαγωνισμό ..., μιας και είχε διεξαχθεί επιτόπιος σχετικός έλεγχος στα γραφεία της τα έτη 2012 και 2016 από τα αρμόδια όργανα της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Συνεπώς -εν γνώσει της και

απροκάλυπτα- η προσφεύγουσα αναληθώς ισχυρίζεται, ότι δήθεν έλαβε για πρώτη φορά γνώση της διεξαχθείσας εις βάρος της έρευνας για πιθανή παραβίαση του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού από την αρμόδια Αρχή (ΕΑ) μόλις στις 03-07-2020 οπότε και της επεδόθη η υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. 5073/09-06-2020 Εισήγηση. Δεν τίθεται, δηλαδή, οιαδήποτε αμφιβολία πως η προσφεύγουσα γνώριζε την διεξαγόμενη εις βάρος της έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για πιθανή παραβίαση εκ μέρους της της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού κατά το χρονικό στάδιο υποβολής της προσφοράς της στον Διαγωνισμό ... στις 24-10-2019. [...] Άλλωστε όπως προκύπτει και από την από 09-09-2020 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας περί οψιγενών μεταβολών, που απέστειλε στην Επιτροπή του Διαγωνισμού μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η τελευταία δεν σημείωσε/ανέφερε ότι τότε, ήτοι με την κοινοποίηση της έκθεσης του Εισηγητή Παναγιώτη Φώτη έλαβε για πρώτη φορά γνώση της διεξαχθείσας εις βάρος του έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Ο εν λόγω ισχυρισμός, δηλαδή, ανέκυψε όλως παρελκυστικά και αβάσιμα προς υποστήριξη της ένδικης προδικαστικής προσφυγής. Οι εν λόγω διαπιστώσεις, δε, επιτείνουν και καταδεικνύουν την κατά τεκμήριο πλήρη γνώση της προσφεύγουσας αναφορικά με την ύπαρξη εκκρεμούς έρευνας εις βάρος της από την Επιτροπή Ανταγωνισμού με θέμα την τέλεση πιθανών αθέμιτων συμπράξεων χρόνια πριν την υποβολή της προσφοράς της στον διαγωνισμό ... στις 24-10-2019. Συνακόλουθα, καθίσταται σαφές, πως ενόψει -της εν γνώσει- της προσφεύγουσας αρνητικής δήλωσης στο ΕΕΕΣ στο πεδίο περί της διάπραξης ή μη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, συντρέχει και γεννάται κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ εις βάρος της ο αυτοτελής λόγος αποκλεισμού της περ. στ) του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης ... και της περ. η) της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, που κατά δέσμια αρμοδιότητα της ... συνεπάγεται τον αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας, δίχως την δυνατότητα προβολής μέτρων αυτοκάθαρσης ή συμπληρώσεων στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 310 ν. 4412/2016, σύμφωνα και με την εκτιθέμενη στο από 04-06-2021 Ενιαίο Πρακτικό Αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού κρατούσα νομολογία (ιδίως 753,754/2020 ΣτΕ, 40,117/2019,

23,93/2020 Επ. Αν. ΣτΕ). Ως προς τον υπό β) ισχυρισμό της προσφεύγουσας πως δήθεν στο υπόδειγμα ΕΕΕΣ δεν περιλαμβάνονταν σχετικό πεδίο για την αναφορά «πραγματικών γεγονότων» σχετικές με αθέμιτες συμπράξεις εκθέτουμε τα εξής: Καταρχάς, ήδη, ανωτέρω παραθέσαμε πως ρητά στο άρθρο 2.2.3.4. της Διακήρυξης έχει προβλεφθεί ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού η εξής περίπτωση: «ζ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία». Ενόψει της πρόβλεψης αυτής υπάρχει ρητά αντίστοιχο πεδίο στο οικείο υπόδειγμα του ΕΕΕΣ που καλείται να συμπληρώσει κάθε συμμετέχων οικονομικό φορέας. [...] Από τις παραπάνω ενωσιακές διατάξεις συνάγεται με σαφήνεια πως η παραβίαση των κανόνων περί ελεύθερου ανταγωνισμού (ήτοι των άρθρων 101, 102 ΣΛΕΕ και 1, 2 του νόμου 3959/11 αντίστοιχα) συνιστά λόγο αποκλεισμού του εμπλεκόμενου οικονομικού φορέα, καθώς η συγκεκριμένη παράβαση, είτε εμπίπτει στην έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (άρθρο 57 παρ.4 στοιχείο γ της Οδηγίας 2014/24), είτε συνιστά ιδιαίτερο-επώνυμο λόγο αποκλεισμού, αν έχει τη μορφή συμμετοχής σε περιοριστική του ανταγωνισμού συμφωνία-σύμπραξη (άρθρο 57 παρ.4 στοιχείο δ της ίδιας Οδηγίας). [...] Όπως ρητά προκύπτει από το από 08-07-2020 δελτίο τύπου της ΕΑ η υπ' αριθμ. πρωτ. 5073/09-06-2020 Εισήγηση ΔΕΝ είναι δεσμευτική για την Επιτροπή Ανταγωνισμού, η οποία θα αποφασίσει συνεκτιμώντας τα δεδομένα της διαδικασίας και τις απόψεις των μερών. Η εν λόγω Εισήγηση, δηλαδή, δεν συνιστά οριστική κρίση/απόφαση της ΕΑ β) Όπως προκύπτει από το ημερολόγιο της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εκτίθεται στην επίσημη ιστοσελίδα της, στις 12-02-2021 υπήρξε θέμα συνεδρίασης της ΕΑ ως εξής: «Συνέχιση συζήτησης της υπόθεσης που αφορά την εξέταση της καταγγελίας κατά των εταιρειών «...», «...» και «...» (νυν «...») για παραβίαση των άρθρων 1 Ν. 703/1977 και 1 Ν. 3959/2011, καθώς και επί της αυτεπάγγελτης έρευνας στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας για διαπίστωση τυχόν παράβασης των άρθρων 1 Ν. 703/1977, 1 Ν. 3959/2011 και 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης».

Μετά την περαίωση, δηλαδή, της διαδικασίας διευθέτησης του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 με την υπ' αριθμ. 721/2020 απόφαση της ΕΑ, η εν λόγω Αρχή συνεχίζει την δικαιοδοτική διαδικασία ελέγχου επί των υπόλοιπων εταιρειών που δεν υπήχθησαν σε διευθέτηση μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η προσφεύγουσα. Σχετική, δε, απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού μέχρι και σήμερα ΔΕΝ έχει εκδοθεί. Ενόψει τούτων εύλογα η προσφεύγουσα αποκλείστηκε, κατά δέσμια αρμοδιότητα της (βλ. και άρθρο 2.4.6 της Διακήρυξης ...) δυνάμει της περ. στ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης λόγω παροχής παραπλανητικών πληροφοριών κατά την υποβολή της προσφοράς της μέσω των δηλώσεών της στο ΕΕΕΣ. Χρόνος πλήρωσης, άλλωστε, του αυτοτελούς αυτού λόγου αποκλεισμού αποτελεί σύμφωνα με την παρατιθέμενη νομολογία το στάδιο υποβολής της προσφοράς. Την δεδομένη, δηλαδή, χρονική στιγμή η προσφεύγουσα προέβη εν γνώσει της σε ανακριβείς/παραπλανητικές πληροφορίες που θίγουν την αξιοπιστία της για την ανάληψη της υπό σύναψη σύμβασης. [...]».

Τέλος, σημειώνεται ότι ως προς τον 2^ο λόγο που περιλαμβάνεται στην υπό κρίση 3^η Προσφυγή (περίπτωση εφαρμογής της παρ. 5 του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019 στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία) και ως προς τον 3^ο λόγο που περιλαμβάνεται στην υπό κρίση 3^η Προσφυγή (παροχή διευκρινίσεων, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016), ο οικείος αναθέτων φορέας επαναλαμβάνει όσα εκτέθηκαν στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας Απόφασης σε σχέση με την 2^η Προδικαστική Προσφυγή.

12. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβαση αναφέρονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «... II. Λόγοι Παρέμβασης - Αντίκρουσης της προδικαστικής προσφυγής

1. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά τον χρόνο υπογραφής του ΕΕΕΣ της αλλά και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της (24.10.2019), δεν γνώριζε την ύπαρξη σε βάρος της εκκρεμούς ελέγχου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, την οποία πληροφορήθηκε -όπως η ίδια υποστηρίζει- στις 3 Ιουλίου 2020, οπότε και της κοινοποιήθηκε η υπ' αρ. πρωτ. 5073/9.6.2020 Έκθεση του αρμοδίου Εισηγητή και κλητεύθηκε να παραστεί στη συνεδρίαση

της Ολομέλειας της Επιτροπής την 24η Σεπτεμβρίου 2020, επικουρικά δε επικαλείται το άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με άρθρο 235 του Ν. 4635/2019, καθώς και το νέο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016.

2. Ως προς τον ανωτέρω ισχυρισμό της προσφεύγουσας λεκτέα τα ακόλουθα: Στο δε άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης», παρ. 1, προβλέπεται ότι: «Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α ' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 ... Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών». [...] Επιπλέον, από τις μνημονεθείσες διατάξεις της διακήρυξης συνάγεται ότι ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, έχει αναχθεί από τον αναθέτοντα φορέα, σύμφωνα και σε αρμονία με όσα ορίζονται με τις διατάξεις των άρθρων του Ν. 4412/2016 και τον κανονισμό 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» (L 3/6.1.2016), ο οποίος εκδόθηκε κατά τα

προβλεπόμενα στο άρθρο 59 παρ. 2 της οδηγίας 2014/24, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται, με τη διαπίστωσή του, την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής/φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου δια του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής. [...] Εξάλλου, κρίσιμος, κατά τα ανωτέρω, χρόνος για τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής/φορέα έλεγχο και διαπίστωση της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού των ανωτέρω όρων της διακηρύξεως στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου, κατ' εκτίμηση των παρατιθέμενων από αυτόν στοιχείων, είναι ο χρόνος υποβολής του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, αυτός είναι και ο κρίσιμος χρόνος γενέσεως. Και τούτο, διότι κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ εκδηλούται η συμπεριφορά του διαγωνιζομένου, η οποία συνιστά τον ως άνω αυτοτελή λόγο αποκλεισμού λόγω ψευδούς δηλώσεως, η οποία δεν δύναται να αναιρεθεί μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που τον οδήγησαν στη συμπεριφορά αυτή. Τα μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία, ακόμη και αν ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού σχετικά με τη σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεν αίρουν πάντως τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ο οποίος συνίσταται στην ανακριβή δήλωση και απόκρυψη (δια του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ) των σχετικών με τον προαναφερθέντα λόγο στοιχείων, αναγκαίων για τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής/φορέα στον κρίσιμο χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ. [...] 5. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα παρόλο που, όπως αποδεικνύεται στη συνέχεια, γνώριζε σαφώς αρκετό χρονικό διάστημα πριν τη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό ότι εκκρεμούσε διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού σχετικά με καταγγελία εις βάρος της, που κοινοποιήθηκε στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού στις 21.7.2011 (υπ' αρ. πρωτ. 4744), για παράβαση των άρθρων 1 του Ν. 703/1977, ως ίσχυε, και 1 του Ν. 3959/201 1, εν τούτοις, δεν συμπλήρωσε ως όφειλε το σχετικό πεδίο, στο Μέρος III: Λόγοι αποκλεισμού, Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα, στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ που προσκόμισε, το οποίο φέρει ημερομηνία 24.10.2019, απαντώντας θετικά

δηλαδή στο ερώτημα αν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Αντιθέτως, στο ερώτημα αυτό απάντησε αναληθώς «ΟΧΙ», γεγονός που αναντίρρητα κλονίζει την αξιοπιστία του και τη φερεγγυότητά του και οδηγεί στον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό, καθώς συνιστά ψευδή δήλωση, αφού με τις πράξεις και παραλείψεις της προκύπτει ότι έχει κάνει σοβαρές ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, αποκρύπτοντας αυτές τις πληροφορίες, με σκοπό να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων από τον αναθέτοντα φορέα, αναφορικά με τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση. [...] Αντιστοίχως, δεν μπορεί να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν γνώριζε την ύπαρξη σχετικής έρευνας. Διότι μπορεί μεν για την προσφεύγουσα να μην αναφέρεται κάτι στην ανωτέρω 721/2020 απόφαση, παρά μόνο ότι ελέγχθηκε για συμμετοχή σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, αλλά για να καταλήξει ο εισηγητής προηγουμένως σε μία πρόταση, ακόμα και απαλλακτική, πρέπει να γίνει δεκτό, κατά την κοινή λογική, αλλά και από τη διαδικασία που ακολουθεί η Επιτροπή Ανταγωνισμού όπως παραθέτουμε ανωτέρω, ότι στα δέκα χρόνια σχεδόν που διήρκησε η έρευνά του θα πρέπει με κάποιο τρόπο να όχλησε την προσφεύγουσα. Προφανώς και η Επιτροπή Ανταγωνισμού ακολούθησε για όλους τους ελεγχόμενους την ίδια διαδικασία. Εν ολίγοις, δεν μπορεί ο εισηγητής απλώς να περίμενε την παρέλευση μίας δεκαετίας χωρίς να αναζητήσει κάποια στοιχεία από την προσφεύγουσα, γνωστοποιώντας τη ότι διεξήγαγε σχετική έρευνα. Είναι δε αδιάφορο ότι εν τέλει δεν καταδικάστηκε η προσφεύγουσα, αφού όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ της την διεξαγωγή της έρευνας ως πραγματικό γεγονός (ΣτΕ ΕΑ 93, 91, 23/2020, 40/2019), ανεξαρτήτως της όποιας κατάληξης ή εκτίμησης δικής της. Σε κάθε περίπτωση, με την ad hoc απόφαση 93/2020 της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικράτειας, κρίθηκε ότι, ακόμα και αν μία έρευνα περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού βρίσκεται σε εξέλιξη, εν τούτοις η υποχρέωση του προσφέροντος να δηλώνει στο ΕΕΕΣ τις επίμαχες συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού αφορά τόσο τη σύναψη των εν λόγω συμφωνιών όσο και

την διενέργεια έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού σχετικά με τη σύναψή τους ως πραγματικά γεγονότα και δεν αίρεται η εν λόγω υποχρέωση από τυχόν εκτιμήσεις του προσφέροντος σχετικά με το αν η υπό εξέλιξη έρευνα θα καταλήξει στην απαλλαγή του, με το αν τα δηλούμενα πραγματικά περιστατικά συνιστούν, κατά νόμο, εύλογες ενδείξεις για τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή με το αν συντρέχουν λόγοι άρσεως του αποκλεισμού του (πρβλ. ΕΑ 40/2019, 23/2020). [...] Αναφορικά δε με το άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με άρθρο 235 του Ν. 4635/2019, καθώς και το νέο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, ότι δηλαδή πρέπει να τύχουν εφαρμογής στην υπό κρίση περίπτωση, τονίζουμε, αναφορικά με το άρθρο 79, ότι οι τροποποιήσεις που επήλθαν ορίζεται ρητά ότι δεν έχουν αναδρομική εφαρμογή στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία συνεπώς δεν θα μπορούσαν να εφαρμοστούν εν προκειμένω, καθώς ο διαγωνισμός διεξάγεται υπό το νομικό πλαίσιο που ίσχυε πριν την ψήφιση του Ν. 4635/2019. Ειδικότερα προβλέπεται το εξής στο άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε: «...Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά από την έναρξη ισχύος τον παρόντος είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί το ΕΕΕΣ, οι προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, <δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού των περ. ζ' ή/ και θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του παρόντος και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου».

Από τη σαφή διατύπωση του νόμου, και με δεδομένο ότι το ΕΕΕΣ έχει προφανώς ήδη υποβληθεί, η νεότερη ρύθμιση δεν εφαρμόζεται στην υπό κρίση περίπτωση. Η προσφεύγουσα, εξάλλου, έχει αποδεχθεί τους όρους της διακήρυξης, τους οποίους ουδέποτε αμφισβήτησε, ούτε δηλώνει ότι έχει υποβάλει προσφορά με επιφύλαξη, συνεπώς ανεπιτρέπτως επιχειρεί τώρα το πρώτον με την προσφυγή της να αμφισβητήσει τη διακήρυξη.

Ταυτόχρονα, ούτε το άρθρο 102 θα μπορούσε να τύχει εφαρμογής, καθώς, όπως έχει κριθεί, οι διατάξεις του άρθρου 42 του Ν. 4782/2021, με το οποίο

αντικαταστάθηκε το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, δεν είναι δυνατό να εφαρμοσθούν σε εκκρεμείς κατά την έναρξη ισχύος τους (9.3.2021 και όχι 1.6.2021 που αναφέρει η προσφεύγουσα) διαγωνιστικές διαδικασίες, όπως η επίδικη. Τούτο δε διότι, πέραν του ότι ο Ν. 4782/2021 δεν προβλέπει ρητώς εφαρμογή του άρθρου 42 και σε εκκρεμείς διαδικασίες, ο κατά τις διατάξεις του άρθρου αυτού τρόπος ασκήσεως της αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να ζητεί διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις των προσφορών - πέραν ορισμένων γενικών κατευθύνσεων που παρέχει ο νόμος και η αιτιολογική του έκθεση, όπως η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας και η μη τροποποίηση της προσφοράς με τρόπο που να παρέχεται αθέμιτο πλεονέκτημα - δεν είναι εφικτό να καθορισθεί ειδικότερα βάσει ενός ομοιόμορφου κριτηρίου, λαμβανομένης υπόψη της εξαιρετικά μεγάλης ποικιλομορφίας των περιπτώσεων εφαρμογής τους, αλλά και του περιθωρίου εκτιμήσεως των σχετικών δεδομένων από τις αναθέτουσες αρχές σε κάθε ατομική περίπτωση (πρβλ., κατ' αντιδιαστολή, τα ομοιόμορφα κριτήρια που θεσπίσθηκαν με τις νεότερες διατάξεις, στις υποθέσεις που κρίθηκαν με τις ΣΤΕ 2141/2019 επτ., 2029/2015, Ε.Α. 291, 133/2019, 129/2018). Η συμπλήρωση, επομένως, της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν μπορεί να βρει έρεισμα στις διατάξεις του άρθρου 42 του Ν. 4782/2021 (ΣΤΕ ΕΑ 237/2021, σκ. 17). [...] Σε κάθε περίπτωση, ανεξάρτητα από το αν στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία εφαρμόζεται το άρθρο 102 προ ή μετά την τροποποίηση του με το Ν. 4782/2021, δεν θα μπορούσε να εφαρμοστεί ως προς τη συγκεκριμένη πλημμέλεια, αφού θα οδηγούσε ανεπιτρεπτως στην αλλαγή της απάντησης στο συγκεκριμένο πεδίο του ΕΕΕΣ από «ΟΧΙ» σε «ΝΑΙ», κάτι το οποίο συνιστά τροποποίηση της προσφοράς (βλ. *ad hoc* ΣΤΕ ΕΑ 239/2019). [...]

13. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενων τριών (3) Προσφυγών, προκύπτουν τα εξής:

Α) Απόρριψη της Προσφοράς της 1^{ης} προσφεύγουσας «....»

► Στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ως αυτοτελής λόγος αποκλεισμού για τους συμμετέχοντες, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει «εν αμφιβόλω την ακεραιότητά τους», ως

τέτοιο δε παράπτωμα νοείται ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης η αναφερόμενη στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 3862/2010 περίπτωση, ήτοι η επιβολή σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, «υψηλής» ή/και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους (άρ. 2.2.3.4 περ. θ'). Η διάταξη αυτή, ως ειδικότερη, δεδομένου ότι έχει ως πεδίο εφαρμογής τους διαγωνισμούς υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, φαίνεται ότι **κατισχύει του όρου 2.2.3.2 περ. γ' της Διακήρυξης**, ο οποίος, αποδίδοντας το περιεχόμενο των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, προβλέπει ότι συνιστά λόγο αποκλεισμού η έκδοση των ίδιων ακριβώς ως άνω πράξεων σε βάρος του οικονομικού φορέα, υπό την πρόσθετη, όμως, προϋπόθεση ότι οι σχετικές κυρώσεις έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. (βλ. σχετικώς 1182/2020 ΙΒ' Δ.Εφ.Αθ (ακυρωτικό), σκ. 11, υπ' αριθμ. 1499/2021 και 1570/2021 Αποφάσεις ΑΕΠΠ κλπ), απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών του 1^{ου} προσφεύγοντος περί ασάφειας των επίμαχων όρων.

► Υπενθυμίζεται στο σημείο αυτό, ότι, κατά τη ρητή και σαφή διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, στο πλαίσιο των δυνατοτήτων που παρείχε το ενωσιακό δίκαιο στον Έλληνα νομοθέτη, για την αξιολόγηση των κατά περίπτωση δηλούμενων επανορθωτικών μέτρων υποψηφίου, λόγω υπαγωγής του στους προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού συστάθηκε Επιτροπή, η οποία αποτελεί Επιτροπή ειδικού σκοπού (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 237/2019), κατά νόμον αρμόδια προς κρίση και διατύπωση σύμφωνης γνώμης προς την αναθέτουσα αρχή περί της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, σύμφωνα με την οριζόμενη στο άρθρο 73 παρ. 7 και 8 του Ν. 4412/2016 διαδικασία. Η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8-9, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις σχετικές διατάξεις, διενεργεί έλεγχο, εκφέροντας ουσιαστική αξιολογική κρίση, επί τη βάσει εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών, τα οποία επικαλείται ο φέρων τον λόγο

αποκλεισμού οικονομικός φορέας, προς απόδειξη λήψεως εκ μέρους του συγκεκριμένων επανορθωτικών μέτρων. Η δε αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής δεν δύναται να αποστεί από αυτήν, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, αλλά αποφαίνεται, υιοθετώντας την αρνητική σύμφωνη γνώμη, κατά δέσμια αρμοδιότητα. Οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της Διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία Απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελ. 191). Ωστόσο, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και τη Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑΘ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑΘ).

► Στην προκείμενη περίπτωση τηρήθηκε κατά γράμμα η προβλεπόμενη διαδικασία ελέγχου και ουσιαστικής αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε ο προσφεύγων, απορριπτομένων των ισχυρισμών του περί ανεπαρκούς/πλημμελούς αιτιολογίας της γνωμοδοτικής Επιτροπής. Ειδικότερα, η Επιτροπή Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού συνέταξε σχέδιο Απόφασης επί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης της προσφεύγουσας το οποίο και απέστειλε στην αρμόδια Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 (μαζί με όλα τα συνημμένα 36 έγγραφα που υπέβαλε η προσφεύγουσα με το, από 27.04.2020 Υπόμνημά της) για την έκδοση σύμφωνης γνώμης. Ακολούθως, η Αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή επί της Επάρκειας των Ληφθέντων Επανορθωτικών Μέτρων Οικονομικών Φορέων προς Απόδειξη της Αξιοπιστίας τους του Υπουργείου Ανάπτυξης & Επενδύσεων, νόμιμα και εμπρόθεσμα, κατά τις προβλέψεις των παραγράφων 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, συνέταξε και εξέδωσε την, από 16.10.2020, Γνωμοδότηση (ΘΕΜΑ 28Δ), στην οποία αναφέρονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «... Η αξιολόγηση για την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού

παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του εν λόγω οικονομικού φορέα, πρέπει να βασιστεί σε πραγματικά γεγονότα (ύπαρξη πράξεων επιβολής προστίμου) και όχι σε εκτιμήσεις αναφορικά με την μελλοντική έκβαση των προσφυγών στα διοικητικά δικαστήρια ή σε δήλωση προθέσεων. Το ισχύον νομικό πλαίσιο δεν συναρτά το πλήθος των παραβάσεων με το μέγεθος του οικονομικού φορέα (αριθμός εργαζομένων κτλ). Κατά δήλωση του, ο οικονομικός φορέας έχει αναπτύξει μέσα από το σύστημα διαχείρισης ποιότητας ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 που διαθέτει, ένα σύστημα εποπτείας των έργων το οποίο του επιτρέπει να προλαμβάνει σφάλματα που είχαν ως συνέπεια στο παρελθόν την επιβολή κυρώσεων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 08.02.2010. Επομένως, ο οικονομικός φορέας διέθετε την σχετική πιστοποίηση στο χρόνο επιβολής των κυρώσεων και αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. Επίσης, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι έχει εκπαιδεύσει το προσωπικό ασφαλείας του σε θέματα που αφορούν τις διαδικασίες που πρέπει να τηρηθούν ώστε να αποφευχθούν παρατυπίες στην εφαρμογή της εργατικής νομοθεσίας, μέσω του συστήματος διαχείρισης της υγείας και της ασφάλειας των εργαζομένων στην εργασία OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 20.12.2013. Επομένως ο οικονομικός φορέας διέθετε την σχετική πιστοποίηση στο χρόνο επιβολής των κυρώσεων και αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. Η μη αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν συνδέεται με οποιονδήποτε τρόπο με τις παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Εν κατακλείδι, τα περιγραφόμενα από τον οικονομικό φορέα μέτρα δεν μπορούν να αξιολογηθούν ως επαρκή, αφενός λόγω του αριθμού των κυρώσεων με

χαρακτηρισμό «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. [...] - Τα τεχνικά μέτρα αυτοκάθαρσης που επικαλείται η εν λόγω εταιρεία αφορούν νόμιμες υποχρεώσεις της εταιρείας, τις οποίες εάν δεν είχε εκπληρώσει η υποψήφια εταιρεία δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό. Τα πιστοποιητικά διαχείρισης της υγείας κλπ τα οποία επικαλείται και προσκομίζει έχουν αποκτηθεί σε χρόνο προγενέστερο των προστίμων που της έχουν επιβληθεί και συγκεκριμένα κατά τα έτη 2010 και 2013, ενώ τα σχετικά πρόστιμα έχουν επιβληθεί τα έτη 2017, 2018 και 2019. Η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα καθώς και τα ασφαλιστήρια συμβόλαια αστικής ευθύνης, ουδεμία σχέση έχουν με τις παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας στις οποίες υπέπεσε η υποψήφια εταιρεία και για τις οποίες τις επιβλήθηκαν τα σχετικά πρόστιμα. [...] Οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας δεν αφορούσαν ελλιπή εκπαίδευση του προσωπικού, ούτε συνεπώς τα σχετικά μέτρα εκπαίδευσης μπορούν να θεωρηθούν ως μέτρα αυτοκάθαρσης για τα συγκεκριμένα παραπτώματα. - Το γεγονός ότι η ως άνω εταιρεία έχει προσφύγει κατά των σχετικών αποφάσεων επιβολής προστίμων δεν αποδεικνύει συμμόρφωση ή αυτοκάθαρση, αντιθέτως αμφισβήτηση τους, η οποία όμως δεν έχει ακόμη κριθεί δικαστικά. [...]».

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα δύναται ευχερώς να διαπιστωθεί, ότι όχι ελέγχθηκαν τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε ο προσφεύγων, αλλά και ότι διατυπώθηκαν ρητώς και σαφώς συγκεκριμένα συμπεράσματα επί της ανεπάρκειας αυτών, τα οποία συνοψίζονται στα εξής: α) οι Προσφυγές επί των επίμαχων πράξεων δεν αποτελούν, σε καμία περίπτωση, μέτρα αυτοκάθαρσης, β) τα τεχνικά μέτρα αυτοκάθαρσης που επικαλείται ότι έλαβε η εταιρία (π.χ έλεγχος παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο, λειτουργία εξειδικευμένου γραφείου νομικής υποστήριξης κλπ), αφορούν σε νόμιμες υποχρεώσεις της, γ) τα πιστοποιητικά διαχείρισης της υγείας κλπ έχουν αποκτηθεί σε προγενέστερο της έκδοσης των προστίμων χρόνο και δ) τα αναφερόμενα οργανωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης και τα θέματα προσωπικού δεν αποδεικνύουν συμμόρφωση με τις επιβληθείσες πράξεις προστίμων, αφοί οι διαπιστωθείσες παραβάσεις δεν αφορούσαν στην ελλιπή εκπαίδευση του προσωπικού. Συνεπώς, στην εξεταζόμενη περίπτωση ουδόλως προκύπτει

κάποια υπέρβαση των άκρων ορίων εκτιμητικής και αξιολογικής ευχέρειας ή κάποιο πρόδηλο ή τελούν σε παράβαση της αναλογικότητας και της ισότητας, σφάλμα της αρμόδιας Γνωμοδοτικής Επιτροπής, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι ουδόλως ήταν απαιτητό, όπως αυτή απαντήσει -σημείο προς σημείο- για όλες τις οργανωτικές ενέργειες τις οποίες δήλωσε ο προσφεύγων ως επανορθωτικά μέτρα. Ωστόσο, η ως άνω Επιτροπή κάλυψε δια της αιτιολογίας της κάθε επανορθωτικό μέτρο, αλλά και κάθε ισχυρισμό περί λήψεως τέτοιων μέτρων, απορριπτομένων των αιτιάσεων της εταιρίας «....», ότι δηλαδή η Επιτροπή περιορίσθηκε «... σε μια γενικόλογη αναφορά περί μη επάρκειας των τεχνικών μέτρων και των μέτρων σε επίπεδο προσωπικού, χωρίς να εξειδικεύει σε ποιο ακριβώς αναφέρεται και σε τι συνίσταται η ανεπάρκεια αυτή...»

► Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Γνωμοδότηση της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 κατέστη χρονικά και ουσιαστικά ανεπίκαιρη, διότι ελήφθη κατά την, από 16.10.2020, Συνεδρίασή της, ενώ μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης Απόφασης (17.09.2021), παρήλθε χρονικό διάστημα έντεκα (11) μηνών, κατά το οποίο μεταβλήθηκαν ουσιαστικά κρίσιμα δεδομένα που αφορούν στον τρόπο οργάνωσης και λειτουργίας της, τα οποία, όμως, δεν ελήφθησαν υπόψη. Ωστόσο, δέον υπομνησθεί στο σημείο αυτό πως, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία και την ένδικη Διακήρυξη, κρίσιμο χρονικό διάστημα για την διαπίστωση (ή μη) του λόγου αποκλεισμού της περ. ζ' του άρθρου 2.2.3.4. της Διακήρυξης, είναι αποκλειστικά η λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών στον Διαγωνισμό, ήτοι, εν προκειμένω, η 24^η Οκτωβρίου 2019. Συνεπώς, για τον υπολογισμό της διετίας του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, λαμβάνεται υπόψη μόνο η ως άνω ημερομηνία. Τυχόν δε αντίθετη ερμηνεία θα έπληττε τις θεμελιώδεις αρχές της τυπικότητας, της ασφάλειας δικαίου, της διαφάνειας και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Με βάση τα προλεχθέντα, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, εάν συντρέχει η περίπτωση γ' του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 εντός του χρονικού διαστήματος των δύο (2) ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, στοιχειοθετείται ο λόγος

αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. περ. ζ' της οικείας Διακήρυξης. Για τους ανωτέρω λόγους ορθώς επισημαίνεται από τον αναθέτοντα φορέα ότι *«Είναι καταρχήν αδιάφορη, δε, η οψιγενής νομότυπη συμπεριφορά της προσφεύγουσας»*, απορριπτομένων εν συνόλω των σχετικών ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Συναφώς, η υπό κρίση 1^η Προσφυγή δέον απορριφθεί.

Β) Απόρριψη της Προσφοράς της 2^{ης} προσφεύγουσας «...»

Στο άρθρο 2.2.3.4. της ένδικης Διακήρυξης ορίζεται ρητά ότι: *«Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] στ) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων του αναθέτοντα φορέα, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση.»*. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, νομίμως κρίθηκε με την προσβαλλόμενη πράξη, ότι η προσφεύγουσα κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών, παρείχε εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες, που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις Αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση της σύμβασης (βλ. άρ. 73 παρ. 4 περ. η του Ν. 4412/2016). Και τούτο, διότι η εν λόγω εταιρία δεν δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. την έναρξη της σε βάρος της διενεργηθείσας έρευνας για συμπεριφορές στρεβλωτικές του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών στον ένδικο Διαγωνισμό (24.10.2019), δεν θεώρησε ότι υπήρχαν εύλογες ενδείξεις, προκειμένου να δηλώνει θετικά στο Ε.Ε.Ε.Σ της, την διεξαγωγή της προκείμενης έρευνας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διότι η σχετική Εισήγηση της κοινοποιήθηκε την 3^η Ιουλίου 2020. Ωστόσο, ο ως άνω ισχυρισμός δέον απορριφθεί, διότι ως, άλλωστε, και η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει: *«... Η ως άνω έρευνα της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού διήρκησε από το έτος 2011 έως και το έτος 2020. Η εταιρεία μας συμμετείχε παρέχοντας πληροφορίες έγγραφα και στοιχεία στην αυτεπάγγελτη*

έρευνα της Επιτροπής ενώ μόλις την 3-07-2020 κοινοποιήθηκε προς ημάς όπως και στα λοιπά εμπλεκόμενα μέρη η με αριθμ. οικ. 5073/9-6-2020 Εισήγηση του Εισηγητή ... με κλήση προς συζήτηση της υπόθεσης ενώπιον της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού για την 24η Σεπτεμβρίου 2020, η οποία κατόπιν αιτημάτων των μερών αναβλήθηκε για την 20η Οκτωβρίου 2020....».

Επίσης, από το περιεχόμενο της υπ' αριθμ. 721/2020 Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, προκύπτει άνευ οιασδήποτε αμφιβολίας - ως βασίμως υποστηρίζει ο οικείος αναθέτων φορέας - ότι η εταιρία «...»: α) γνώριζε, ήδη από το έτος 2011, πως εκκρεμεί σε βάρος της έρευνα από την ως άνω Επιτροπή για παραβίαση της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού, διεξήχθη, δε, έρευνα στα γραφεία αυτής το έτος 2012, ενώ κατέθεσε σχετικές διευκρινίσεις, ενώπιον της Επιτροπής, το έτος 2015, β) κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών στον ένδικο Διαγωνισμό, υπήρχε σε εκκρεμότητα η επίμαχη έρευνα εις βάρος της, γεγονός που, ωστόσο, δεν δηλώθηκε στο, από 24.10.2019, Ε.Ε.Ε.Σ της, μολονότι είχε σχετική προς τούτο υποχρέωση, γ) ενόψει της έκδοσης και επίδοσης της υπ' αριθμ. 5073/09.06.2020 Εισήγησης και του προσδιορισμού δικασίμου ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η προσφέρουσα (όπως και άλλοι οικονομικοί φορείς που τελούσαν υπό έλεγχο), αναγνωρίζοντας την βασιμότητα των κατηγοριών και προκειμένου να αποφύγει δυσμενέστερη κρίση, ζήτησε και υπήχθη σε καθεστώς διαδικασίας διευθέτησης του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011, γεγονός που συνιστά ανεπιφύλακτη και αμετάκλητη αναγνώριση της συμμετοχής της σε συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού, κατά τα έτη 2010-2012 και δ) της επιβλήθηκε πρόστιμο ύψους 256.750,57 ευρώ.

Περαιτέρω, αλυσιτελώς προβάλλεται από την 2^η προσφεύγουσα η υπ' αριθμ. 1819/2020 Απόφαση της Ολ ΣτΕ, καθόσον ως βασίμως υποστηρίζει η, η πρόθεση για υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης του Ν. 3959/2011 «...δεν περιορίζει το εύρος των «πραγματικών γεγονότων» τα οποία υποχρεούται και καλείται να δηλώνει κάθε οικονομικός φορέας στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ προς τήρηση της αρχής της ειλικρίνειας του διαγωνιζομένου...». Θα πρέπει μάλιστα να επισημανθεί στο σημείο αυτό ότι, κατά πάγια νομολογία (βλ. 753, 754/2020

ΣτΕ και 23, 93/2020 Επ. Αν. ΣτΕ), οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να συμπληρώνουν με ειλικρίνεια την πραγματική τους κατάσταση στο Ε.Ε.Ε.Σ., και δη στα πεδία που αφορούν στους λόγους αποκλεισμού. Περαιτέρω, οι υποψήφιοι ουδόλως δύνανται να διατυπώσουν αξιολογική κρίση στο έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ, περί του εάν συντρέχει στο πρόσωπό τους λόγος αποκλεισμού εξαιτίας των πραγματικών γεγονότων που δηλώνουν. Και τούτο, διότι οι υποψήφιοι καλούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας να διαπιστώσει εν τέλει, εάν συντρέχει (ή όχι) λόγος αποκλεισμού τους από τη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. 40, 117/2019 Επ. Αν. ΣτΕ). Άλλωστε, η εμπέδωση σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του υποψήφιου αναδόχου προϋποθέτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την τυχόν σχετική αξιολόγηση τρίτου, αλλά στηρίζεται σε ίδια αξιολογική κρίση σχετικά με την επικείμενη συμπεριφορά του υποψήφιου αναδόχου (ΔΕΕ, Υπόθεση C-41/2018, Meca Srl / Comune di Napoli, C-267/2018, Delta/CNAIR, C-395/2018, Tim/Consip Spa, ΕΑ ΣτΕ 237/2019).

Περαιτέρω, με την ΕΑ ΣτΕ 93/2020 κρίθηκε ότι η υποχρέωση του προσφέροντα να δηλώσει στο Ε.Ε.Ε.Σ τις επίμαχες συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, αφορά τόσο στη σύναψη των εν λόγω συμφωνιών, όσο και στη διενέργεια έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού σχετικά με τη σύναψή τους ως πραγματικά γεγονότα και δεν αίρεται η εν λόγω υποχρέωση από τυχόν εκτιμήσεις του προσφέροντος σχετικά με το εάν η υπό εξέλιξη έρευνα θα καταλήξει στην απαλλαγή του, αναλόγως αν τα δηλούμενα πραγματικά περιστατικά συνιστούν, κατά τον νόμο, εύλογες ενδείξεις για τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή αν συντρέχουν λόγοι άρσης του αποκλεισμού του (ΕΑ ΣτΕ 40/2019,93/2020). Δοθέντος δε ότι κάθε εκκρεμής έρευνα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού θα πρέπει να δηλώνεται στο Ε.Ε.Ε.Σ, δεν δύναται η έκδοση Απόφασης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού να χαρακτηριστεί ως οψιγενής μεταβολή και να δηλωθεί μετά την συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ, ήτοι, να δηλωθεί μεταγενεστέρως μια συμπεριφορά, για την οποία είχε ξεκινήσει έρευνα σε χρονικό σημείο πριν την

συμπλήρωση του εν λόγω εντύπου, ως αβασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων.

Πιο συγκεκριμένα, στην κρινόμενη υπόθεση θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής: α) η μεταγενέστερη δήλωση του οικονομικού φορέα για υπαγωγή της διαφοράς σε διευθέτηση του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011 και η προσκόμιση μέτρων αυτοκάθαρσης δεν αίρει τον αυτοτελή λόγο αποκλεισμού περί παροχής παραπλανητικών πληροφοριών της περίπτωσης στ' του άρθρου 2.2.3.4. της ένδικης Διακήρυξης. Άλλωστε, η μεταγενέστερη υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011, συνιστά αμετάκλητη ομολογία του οικονομικού φορέα περί της συμμετοχής του σε στρεβλωτικές του ανταγωνισμού συμπεριφορές και

β) από τις ειδικές μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019, συνάγεται ότι στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία εφαρμόζονται οι προγενέστερες διατάξεις των άρθρων 73 και 79 του Ν. 4412/2016, αλλά και του Ν. 3959/2011, όπως είχε τροποποιηθεί με τον Ν. 4389/2016. Ειδικότερα, το γεγονός ότι η αρχικώς ορισθείσα προθεσμία υποβολής των προσφορών στον ένδικο Διαγωνισμό (17.10.2019) μετατέθηκε για τις 24.10.2019, **συνεπάγεται πως οι διατάξεις του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019, ο οποίος δημοσιεύτηκε στις 30.10.2019, δεν καταλαμβάνουν τις διαγωνιστικές διαδικασίες στις οποίες έχει παρέλθει η προθεσμία υποβολής των προσφορών πριν την δημοσίευση του νόμου αυτού, ως εν προκειμένω** (βλ. σχετικώς, μεταξύ πολλών, υπ' αριθμ. 480/2020 Απόφαση της Αρχής, όπου ορίζεται ότι: «.... Ο Ν. 4635/2019 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Α/167 στις 30.10.2019. Λαμβάνοντας υπόψη ότι ... ο νομοθέτης δεν προέβλεψε την αναδρομική ισχύ των προαναφερόμενων ευνοϊκών διατάξεων και για διαγωνιστικές διαδικασίες που είχαν εκκινήσει πριν τη θέση τους σε ισχύ, αλλά κατά τις οποίες είχαν ήδη συμπληρωθεί και υποβληθεί τα ΕΕΕΣ, διαπιστώνεται ότι δεν προκύπτει η δυνατότητα άντλησης αναδρομικής ωφέλειας ...» και υπ' αριθμ. 735/2020 Απόφαση ΣτΕ, όπου ορίζεται ότι: «...οι νεότερες ρυθμίσεις που εισήχθησαν με το άρθρο 235 του ν. 4635/2019 για την τροποποίηση των διατάξεων σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού που αφορά τη σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού αφορούν τη

συνδρομή ή μη του λόγου αποκλεισμού λόγω σύναψης συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και δεν καταργούν την υποχρέωση του διαγωνιζομένου να δηλώσει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τα σχετικά πραγματικά γεγονότα».).

Τέλος, ως προς τον ισχυρισμό του 2^{ου} προσφεύγοντος περί υποχρέωσης του αναθέτοντος φορέα να τον καλέσει προς παροχή σχετικών διευκρινίσεων, υπενθυμίζεται ότι, ως εξάλλου έχει κριθεί από την Αρχή: «... η ανακριβής δήλωση στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του διαγωνιζόμενου ΕΕΕΣ συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού κατά τα προβλεπόμενα στα άρθρα 79 παρ. 1 και 5, 103 παρ. 3 και 104 του ν. 4412/2016 και συνεπάγεται, με τη διαπίστωσή του, την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει την προσφορά του, καθώς δεν χωρεί εκ των υστέρων διόρθωση αυτής κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 102 παρ. 5 του Ν.4412/2016 (ΕΑ ΣτΕ 117/2019, ΔΕφΑθ 361/2019, ΔΕφΚομ ΑΝ20/2019)». Εξάλλου, ως ορθά επισημαίνεται από τον παρεμβαίνοντα στην υπό κρίση 3^η Προσφυγή, στην οποία, σημειώτέον, θίγονται ίδια ζητήματα με αυτά που προβάλλονται στην κρινόμενη 2^η Προσφυγή: «[...] Σε κάθε περίπτωση, ανεξάρτητα από το αν στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία εφαρμόζεται το άρθρο 102 προ ή μετά την τροποποίηση του με το Ν. 4782/2021, δεν θα μπορούσε να εφαρμοστεί ως προς τη συγκεκριμένη πλημμέλεια, αφού θα οδηγούσε ανεπιτρέπτως στην αλλαγή της απάντησης στο συγκεκριμένο πεδίο του ΕΕΕΣ από «ΟΧΙ» σε «ΝΑΙ», κάτι το οποίο συνιστά τροποποίηση της προσφοράς (βλ. *ad hoc* ΣτΕ ΕΑ 239/2019).».

Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων, νομίμως κρίθηκε από την ... ότι εις βάρος της 2^{ης} προσφεύγουσας συντρέχει αυτοτελής λόγος αποκλεισμού της από την επίμαχη διαδικασία (άρ. 2.2.3.4. περ. στ' της Διακήρυξης - παροχή παραπλανητικών πληροφοριών) και επομένως, η υπό κρίση 2^η Προσφυγή δέον απορριφθεί.

Γ) ΑΠΟΡΡΙΨΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ «...»

Για την ως άνω Προσφορά, ισχύουν *mutatis mutandis* όσα αναφέρθηκαν κατά την εξέταση της 2^{ης} Προδικαστικής Προσφυγής, καθότι η ως άνω προσφεύγουσα αποκλείσθηκε για τον ίδιο λόγο, για τον οποίον αποκλείσθηκε

και η εταιρία «...» και επίσης, προβάλλει όμοιους με την 2^η προσφεύγουσα ισχυρισμούς προς διάσωση της Προσφοράς της. Υπενθυμίζεται ότι, η 3^η προσφεύγουσα, κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ και παρά την εκ του νόμου υποχρέωσή της να αναφέρει τα επίμαχα πραγματικά περιστατικά περί της εκκρεμούσης ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού διαδικασίας, τα απέκρυψε, απαντώντας παραπλανητικά στα οικεία ερωτήματα. Πιο συγκεκριμένα, δεν δήλωσε ότι διεξαγόταν έρευνα σε βάρος της για πιθανή τέλεση «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», όπως προκύπτει και από την υπ' αριθμ. 721/2020 Απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αφού οι συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού συνιστούν επαγγελματικό παράπτωμα, σύμφωνα και με τη νομολογία του ΔΕΕ (βλ. ΔΕΕ της 14ης Δεκεμβρίου 2016, στην υπόθεση C-171/15, Connexxion Taxi Services BV κατά Staat der Nederlanden - (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV), αλλά και του Συμβουλίου της Επικράτειας (ΣΤΕ ΕΑ 72/2020, 40/2019).

Κατά πάγια νομολογία, η συμπεριφορά της εν λόγω εταιρίας στοιχειοθετεί αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της από τη διαδικασία, η δε πλημμέλεια αυτή της Προσφοράς της δεν δύναται να «θεραπευθεί» μεταγενεστέρως δια της παροχής συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων ως προς τους λόγους που την οδήγησαν στην εν λόγω συμπεριφορά. Και τούτο, διότι τα μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία, ακόμη και αν ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού σχετικά με τη σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεν αίρουν πάντως τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού, ο οποίος συνίσταται στην απόκρυψη (δια του Ε.Ε.Ε.Σ) των σχετικών στοιχείων, που ήταν αναγκαία για τη διαμόρφωση της κρίσης του αναθέτοντος φορέα κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής του εν λόγω εντύπου. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας, κατά τον οποίον θεώρησε ότι δεν υπήρχαν εύλογες ενδείξεις, προκειμένου να δηλώσει στο Ε.Ε.Ε.Σ της την εν εξελίξει έρευνα, θα πρέπει να απορριφθεί, διότι, όπως και η ίδια επικαλείται στην Προσφυγή της, προ της κοινοποίησης της σχετικής Έκθεσης του Εισηγητή στις 03.07.2020, προηγήθηκαν συγκεκριμένες διαδικασίες, από τις

οποίες αποδεικνύεται η πλήρης γνώση του επίμαχου περιστατικού. Τέλος, ως προς τα λοιπά ζητήματα [α) περίπτωση εφαρμογής της παρ. 5 του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019 στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία και β) παροχή διευκρινίσεων, σύμφωνα με το άρ. 102 του Ν. 4412/2016], ισχύουν όσα προαναφέρθηκαν κατά την εξέταση της Προσφυγής της 2^{ης} προσφεύγουσας. Με βάση τα προλεχθέντα, η υπό κρίση 3^η Προσφυγή δέον απορριφθεί.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση 1^η, 2^η και 3^η Προδικαστική Προσφυγή, αντίστοιχα, θα πρέπει να απορριφθούν και επίσης, θα πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το Παράβολο που κατέθεσαν οι τρεις (3) προσφεύγοντες (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την 1^η Προδικαστική Προσφυγή («....»).

Απορρίπτει την 2^η Προδικαστική Προσφυγή («...»).

Απορρίπτει την 3^η Προδικαστική Προσφυγή («....»).

Δέχεται την Παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση των τριών (3) προσκομισθέντων Παραβόλων, έκαστο ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ 15.000,00€ (15.000,00 + 15.000,00 + 15.000,00 = 45.000,00 ευρώ, βλ. άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στις, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΚΩΝ/ΝΟΣ ΑΝΑΣΤΑΣΟΠΟΥΛΟΣ