

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 12^η Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Απόστολος Σιαπέρας-Εισηγητής, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5.7.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 835/5.7.2019, του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ΔΗΜΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ (Δ.Ε.Υ.Α.Η.) (εφεξής «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «παρεμβαίνουσα») που εδρεύει, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμόν 237/13.6.2019 απόφασης του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα (από το πρακτικό της με αριθμό 16/2019 συνεδρίασης του Διοικητικού του Συμβουλίου) με θέμα: «ΕΓΚΡΙΣΗ 1^{ΟΥ} ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟ «ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΟΙΚ. ΑΓ. ΣΥΛΛΑ» (εφεξής «προσβαλλόμενη»), κατά το μέρος που αποδέχεται την προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδεικνύει αυτή προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Απόστολο Σιαπέρα
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 4.525,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 285428025959 0903 0020, την από 5/7/2019 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»). Το ως άνω παράβολο υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 905.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμόν πρωτ. 4232/9-5-2019 διακήρυξη, ο αναθέτων φορέας προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του έργου «ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΟΙΚ ΑΓ. ΣΥΛΛΑ», με CPV 45252100-9 (Κατασκευαστικές εργασίες για σταθμούς επεξεργασίας ακάθαρτων υδάτων). Η προθεσμία εκτέλεσης του έργου ανέρχεται σε δέκα οκτώ (18) μήνες για το Τμήμα Α (Κατασκευή ΕΕΛ και εξάμηνη δοκιμαστική Λειτουργία) και δέκα (10) χρόνια για το Τμήμα Β (Δεκαετής λειτουργία και συντήρηση). Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής και η εκτιμώμενη αξία της ανέρχεται στο ποσό των 905.000 ευρώ (με αναθεώρηση) μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3.Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στις 10.05.2019 στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ με ΑΔΑΜ 19PROC004923935, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 82718.

4. Επειδή η ΔΕΥΑ Ηρακλείου ιδρύθηκε σε εφαρμογή του Ν.1069/1980 σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 3 του οποίου, « οι Δ.Ε.Υ.Α., εντός της περιοχής

Αριθμός απόφασης: 969/2019

αρμοδιότητάς τους, είναι υπεύθυνες για: α) την παραγωγή και διανομή στους καταναλωτές του προϊόντος που καλείται «νερό ανθρώπινης κατανάλωσης», όπως αυτό ορίζεται στην ισχύουσα νομοθεσία, β) τη συλλογή των λυμάτων από τους εγκεκριμένους καταναλωτές του οικείου ή των οικείων Δήμων και την παραγωγή του προϊόντος που καλείται «επεξεργασμένα αστικά λύματα, κατάλληλα για ασφαλή διάθεση στο περιβάλλον», όπως αυτό ορίζεται στην ισχύουσα νομοθεσία, γ) τη μελέτη, κατασκευή, συντήρηση, εκμετάλλευση, διοίκηση και λειτουργία των έργων υδροληψίας, έργων επεξεργασίας νερού, δικτύων μεταφοράς νερού, δικτύων διανομής ύδρευσης, δικτύων αποχέτευσης ακάθαρτων και ομβρίων υδάτων, μονάδων επεξεργασίας αστικών υγρών αποβλήτων, διατάξεων διάθεσης του προϊόντος της περίπτωσης β`, καθώς και μονάδων επεξεργασίας και διάθεσης του υπολείμματος των ανωτέρω διαδικασιών επεξεργασίας της περιοχής αρμοδιότητάς τους». Ως εκ τούτου, η διαδικασία ανάθεσης διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ δυνάμει του άρθρου 222 παρ.2 σε συνδυασμό με το άρθρο 230 του Ν. 4412/2016

5.Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

6.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 5.7.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 25.6.2019, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

7.Επειδή η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα του εν θέματι διαγωνισμού της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση

Αριθμός απόφασης: 969/2019

προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, και την ανάδειξή της σε προσωρινό ανάδοχο, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

8.Επειδή την 8.7.2019 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

9.Επειδή με την με αριθμό 1041/2019 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

10.Επειδή ο αναθέτων φορέας στις 15.7.2019, ήτοι εμπροθέσμως, απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες εμπεριέχονται στο υπ' αριθμό πρωτ. 6850/15.7.2019 έγγραφό του.

11.Επειδή η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπροθέσμως στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 16.7.2019 με αρ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ. 683/2019 παρέμβασή της δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 8.7.2019 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, και με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της επίμαχης απόφασης με την οποία και κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος.

12.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13.Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, υποβάλλοντας τις με αριθμό συστήματος 122191 και 122186 προσφορές τους αντίστοιχα.

Η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το υπ' αριθμόν πρωτ. 5226/5-6-2019 1^ο Πρακτικό της, αφού διεπίστωσε την εγκυρότητα των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων, κατέταξε κατά φθίνουσα σειρά μειοδοσίας τις οικονομικές τους προσφορές. Πρώτη κατετάγη η προσφορά της παρεμβαίνουσας, με μέση έκπτωση 31,00% και δεύτερη αυτή της προσφεύγουσας, με μέση έκπτωση 15,21%, η δε Επιτροπή εισηγήθηκε την ανάθεση της κατασκευής στην παρεμβαίνουσα. Το Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα με την προσβαλλόμενη απόφασή του ενέκρινε το αποτέλεσμα της διαδικασίας και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο την παρεμβαίνουσα.

14.Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης για τους εξής λόγους:

«II. Λόγος Προσφυγής

*ΨΕΥΔΗΣ ΔΗΛΩΣΗ ΣΤΟ ΤΕΥΔ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «.....»
ΠΕΡΙ ΜΗ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΦΩΝΙΩΝ ΜΕ ΣΚΟΠΟ ΤΗ ΣΤΡΕΒΛΩΣΗ ΤΟΥ
ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΜΗ ΤΕΛΕΣΗΣ ΣΟΒΑΡΟΥ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΟΥ
ΠΑΡΑΠΤΩΜΑΤΟΣ*

6. Σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016 [...].

Περαιτέρω, στο άρθρο 79 στις παρ. 3 και 4 ορίζεται ότι «[...]».

7. Περαιτέρω, στο άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι [...].

8. Δυνάμει των ανωτέρω νομοθετικών ρυθμίσεων το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) για τις συμβάσεις άνω των ορίων και το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (εφεξής ΤΕΥΔ) για τις συμβάσεις κάτω των ορίων όπως στην υπό κρίση περίπτωση αποτελεί μια επί της ουσίας συμπυκνωμένη υπεύθυνη δήλωση αφενός περί μη συνδρομής των νόμω προβλεπόμενων λόγων αποκλεισμού του δηλούντος από τη διαγωνιστική διαδικασία και αφετέρου περί πλήρωσης όλων των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ως αυτά προαποφασίζονται από την εκάστοτε δημοπρατούσα δημόσια υπηρεσία και παρατίθενται στα τεύχη του διαγωνισμού. Μάλιστα, όπως ο ίδιος ο νόμος ορίζει, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ

Αριθμός απόφασης: 969/2019

κατατίθεται ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα πρόσωπα επί σκοπώ αποσυμφόρησης των δημοσίων αρχών και ελάφρυνσης από το πρόσθετο διοικητικό βάρος που θα συνεπάγονταν η αξιολόγηση πολυάριθμων αποδεικτικών εγγράφων σε προκαταρκτικό στάδιο, άποψη υπέρ της οποίας τάσσεται και η Αρχή σας όπως διαφαίνεται σε πολυάριθμες αποφάσεις αυτής (ενδεικτ.: ΑΕΠΠ 1074/2018, 727/2018).

9. Ως εκ τούτου, δεδομένης της ιδιαίτερης προαποδεικτικής δύναμης του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ καθότι αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής σε ένα δημόσιο διαγωνισμό, αυτό θα πρέπει να συμπληρώνεται πλήρως, ορθώς αλλά πρωτίστως αληθώς. Πράγματι, ένα ΕΕΕ/ΤΕΥΔ κατά περιεχόμενο ψευδές καταδεικνύει την δόλια πρόθεση του δηλούντος να παραπλανήσει την αναθέτουσα αρχή επί σκοπώ δημιουργίας ψευδών παραστάσεων είτε με ψευδείς δηλώσεις είτε με απόκρυψη της αλήθειας με απώτερο στόχο το προσπορισμό αθέμιτου περιουσιακού οφέλους. Κατά τα διδάγματα δε τη νομικής επιστήμης και του κοινού ποινικού δικαίου η εν λόγω παράνομη συμπεριφορά στοιχειοθετεί την ειδική υπόσταση του εγκλήματος της απάτης (ΠΚ 1386), αυξημένη δε βαρύτητα με ποινικές προεκτάσεις προσδίδει στο ΕΕΕΣ και ο ν. 4412/2016 στο άρθρο 79 παρ. 1 του οποίου ορίζεται 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 [...]». Μάλιστα, ο ν. 1599/1986 στο άρθρο 22 παρ. 6 αναφέρει για την περίπτωση της ψευδούς δήλωσης ότι «Όποιος εν γνώσει του δηλώνει ψευδή γεγονότα ή αρνείται ή αποκρύπτει τα αληθινά με έγγραφη υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 8 τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών. Εάν ο υπαίτιος των πράξεων αυτών σκόπευε να προσπορίσει στον εαυτό του ή σε άλλον περιουσιακό όφελος βλάπτοντας τρίτον ή σκόπευε να βλάψει άλλον, τιμωρείται με κάθειρξη μέχρι δέκα ετών, εάν το όφελος ή η βλάβη υπερβαίνουν το ποσό

Αριθμός απόφασης: 969/2019

των είκοσι πέντε εκατομμυρίων (25.000.000) δραχμών. Σε περίπτωση ανάκλησης της υπεύθυνης δήλωσής του εφαρμόζονται οι διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 227 του Ποινικού Κώδικα».

10. Περαιτέρω, κατά το ν. 4412/2016 η παροχή ψευδούς δήλωσης συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 αυτού που προβλέπει ότι εφόσον ο οικονομικός φορέας κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 ή προς επίρρωση αυτών των πληροφοριών, αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης.

11. Επί των εν γένει λόγων αποκλεισμού, υποχρεωτικών και δυνητικών, σημειώνουμε τα ακόλουθα: Στις παρ. 1 και 2 του αρ. 73 του ν. 4412/2016 γίνεται λόγος για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα από μια διαγωνιστική διαδικασία τους οποίους οι αρμόδιες υπηρεσίες είναι υποχρεωμένες να συμπεριλάβουν στο σώμα της διακήρυξης. Στην παράγραφο 4 του ερμηνευόμενου άρθρου προβλέπονται οι δυνητικοί για την αναθέτουσα αρχή λόγοι αποκλεισμού οι οποίοι ωστόσο, αφ' ης στιγμής συμπεριληφθούν στη διακήρυξη η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο ενός δημοσίου διαγωνισμού, αποκτούν υποχρεωτικό χαρακτήρα. Αυτό γιατί κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007), (ΑΕΠΠ 660/2018). Επιπλέον, όπως νομολογιακά έχει γίνει δεκτό, όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από την

αναθέτουσα αρχή την υποχρεώνουν κατά δέσμια αρμοδιότητα να αποκλείσει κάθε προσφορά που παρουσιάζει έλλειψη/απόκλιση από αυτούς (ΣΤΕ 743/2000) για τον απλούστατο λόγο ότι οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που έχει θέσει η ίδια στα έγγραφα της σύμβασης (ΔΕΕ, απόφαση της C-171/15, σκέψη 38) προς διασφάλιση της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας που επιβάλλει την εφαρμογή των όρων και προϋποθέσεων κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή αλλά και κατά την αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. 1-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I- 2043, σκέψη 54).

12. Μεταξύ λοιπόν των λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του αρ. 73 του ν. 4412/2016 (οι οποίοι έχουν μεταφερθεί αυτούσιοι και στο άρθρο 22.Α.4. της διακήρυξης) ορίζεται ότι αποκλείεται οικονομικός φορέας που ευρίσκεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις «[...] γ) αν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, [...] ζ) αν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, [...] θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του [...]»

13. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει υποψήφιο οικονομικό φορέα αν διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι αυτός συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Η εν λόγω διάταξη προϋπήρχε του ισχύοντος ευρωπαϊκού και εθνικού νομοθετικού πλαισίου κατά το οποίο η αποδεδειγμένη (με δικαστική απόφαση) ως άνω συμπεριφορά του υποψηφίου

αποτελούσε λόγο αποκλεισμού υποψηφίου ως περίπτωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Στο πλαίσιο αυτό το ΔΕΕ είχε κρίνει (απόφαση της 18.12.2014, υπόθεση C-470/13) ότι αθέμιτες πρακτικές που παραβιάζουν την απαγόρευση περιορισμού του ανταγωνισμού και οι οποίες βεβαιώνονται με δικαστική απόφαση που περιβάλλεται με ισχύ δεδικασμένου εμπíπτουν στην έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος. Με τη θέσπιση της νέας διάταξης, που αποτελεί αυτοτελή λόγο αποκλεισμού υποψηφίου, η αναθέτουσα μπορεί να αρκείται σε επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα της αθέμιτης συμπεριφοράς, προκειμένου να προβεί στον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, δίχως δηλαδή να χρειάζεται να αποδεικνύει, κατά τρόπο ανεπίδεκτο αμφισβήτησης, τη συγκεκριμένη αθέμιτη συμπεριφορά. Τούτο προκύπτει και από την ίδια τη διατύπωση της εν λόγω διάταξης («...διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις...»).

14. Κατ' αντιστοιχία των ανωτέρω, και το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα (στο οποίο όπως προελέχθη υπάγονται και οι αντανταγωνιστικές πρακτικές, συμπράξεις, εναρμονισμένες πρακτικές) αποδεικνύεται με κάθε κατάλληλο μέσο και όχι μόνο με δικαστικές ή διοικητικές αποφάσεις μιας και η επίμαχη αυτή έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία και φερεγγυότητα του συγκεκριμένου φορέα. Ασφαλώς, καθ' ότι η έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος είναι μια εν πολλοίς αόριστη αξιολογική έννοια επιδεκτική *ad hoc* εκτιμήσεως των πραγματικών περιστατικών, απαιτείται η κατά περίπτωση προσέγγιση και αξιολόγηση αυτών ώστε να παρέχεται στον εκάστοτε υποψήφιο η δυνατότητα ανταπόδειξης και προβολής επιχειρημάτων υπέρ της συνέχισής του στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

15. Σε αυτό το μήκος κύματος, το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο επιτρέπει στον εκάστοτε οικονομικό φορέα που θα δηλώσει ότι έχει ή είχε προβεί σε αθέμιτες πρακτικές, νόθευση του ανταγωνισμού ή επαγγελματικό παράπτωμα, να δηλώσει ποια είναι τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε προκειμένου να κριθεί η επάρκεια αυτών και η συνακόλουθη σύννομη συμμετοχή του στα μετέπειτα στάδια ενός δημοσίου διαγωνισμού. Η υποβολή ωστόσο ψευδών

Αριθμός απόφασης: 969/2019

δηλώσεων (στην έννοια των οποίων εμπίπτει και η αποσιώπηση της αλήθειας) στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ εκ μέρους υποψηφίου οικονομικού φορέα, πέραν της τυχόν θεμελίωσης ποινικών αδικημάτων και των κυρώσεων ψευδούς υπεύθυνης δήλωσης συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμό σύμφωνα με την περ. ζ. της παρ. 4 του αρ. 73 ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία εφόσον ο οικονομικός φορέας κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 ή προς επίρρωση αυτών των πληροφοριών αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης (βλ. Δ. Ράικο, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο- Νομολογία, Τόμος Ι, 2018, σ.773 επ.).

16. Στην υπό κρίση υπόθεση, η εταιρεία «.....» στο υποβληθέν ΤΕΥΔ της (σχετ. 1) (καθότι ο διαγωνισμός είναι κάτω των ορίων), στο ερώτημα «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» έχει απαντήσει «ΟΧΙ». Ομοίως, στο ερώτημα «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» έχει απαντήσει και πάλι «ΟΧΙ». Με αυτές του τις δηλώσεις περί μη τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και μη σύναψης συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς η εταιρεία «.....» με πρόδηλα παραπλανητική συμπεριφορά και με πρόθεση απόκρυψης της αλήθειας από την αναθέτουσα αρχή, ψευδώς δηλώνει ότι δεν έχει προβεί σε καμία από τις ως άνω ενέργειες. Πράγματι, το έτος 2017 η Επιτροπή Ανταγωνισμού κατόπιν αυτεπάγγελτης έρευνάς της σχετικά με διαγωνισμούς δημοπράτησης δημοσίων έργων του Νομού Πέλλας και δη για την ανάθεση του έργου «ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΗ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ- ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΧΩΡΩΝ ΑΝΕΞΕΛΕΓΚΤΗΣ ΔΙΑΘΕΣΗΣ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΩΝ (Χ.Α.Δ.Α.) ΝΟΜΟΥ ΠΕΛΛΑΣ», επέβαλε στην εταιρεία «.....» δυνάμει της υπ' αριθμ. 644/2017 Απόφασής της σε Ολομέλεια (σχετ. 2) διοικητικό πρόστιμο ποσού € 133.176,00 για νόθευση του ανταγωνισμού δια χειραγώγησης προσφορών

κατόπιν συμφωνιών με τους έτερους αναφερόμενους στην οικεία απόφαση οικονομικούς φορείς.

17. Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε η εταιρεία «.....» ουδόλως θίγει το εν λόγω ζήτημα, μάλιστα δε απαντά αρνητικά ως προς τη σύναψη συμφωνιών με άλλους φορείς και τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που η σύναψη τέτοιων συμφωνιών συνιστά, με απώτερο στόχο την απόκρυψη από την αναθέτουσα αρχή πραγματικών περιστατικών και βεβαιωμένων παραβάσεων που μπορούν να κλονίσουν τη φερεγγυότητα του εν λόγω οικονομικού φορέα και που υπό κανονικές συνθήκες (χωρίς πειστική ανταπόδειξη) θα τον έθεταν εκτός διαγωνισμού. Αντιθέτως, στον υπό κρίση διαγωνισμό η «.....» με πλήρη συνείδηση της ψευδούς δήλωσής της και με πρόθεση παραπλάνησης της αναθέτουσας αρχής, ούσα μειοδότης έχει αξιώσεις κήρυξής της ως οριστικής αναδόχου έχοντας ήδη τελέσει δυο αδικήματα, αυτό της ψευδούς δήλωσης (αρ. 22 παρ. 6 του ν. 1599/1986) και της απάτης σε βάρος της δημοπρατούσας υπηρεσίας για περιστατικά που έχουν έννομες συνέπειες.

18. Τα ανωτέρω έχουν ιδιαίτερη σημασία και βαρύτητα καθώς ανεξαρτήτως της μετέπειτα της ως άνω απόφασης πορείας της εν λόγω υπόθεσης, η εταιρεία «.....» είχε την υποχρέωση να δηλώσει στο ΤΕΥΔ της τα περιστατικά εκείνα που είχαν λάβει χώρα, τα τυχόν επανορθωτικά μέτρα που υιοθέτησε και την εν γένει πορεία της υπόθεσης. Επομένως το μείζον δεν έγκειται στο τι επακολούθησε από την έκδοση της ανωτέρω απόφασης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού αλλά στην αθέμιτη απόκρυψη από την αναθέτουσα αρχή όλων των τεκταινόμενων κατά το χρόνο εκείνο και μέχρι την ημερομηνία του υπό κρίση διαγωνισμού. Η εταιρεία «.....» έφερε αυτή την υποχρέωση και μάλιστα ασχέτως του ότι η εν λόγω υπόθεση αφορούσε διαγωνισμό διάφορο του υπό κρίση και μάλιστα παρελθοντικό. Όμοια έχει κρίνει και το Συμβούλιο της Επικρατείας όπου στην *ad hoc* ΕΑ 40/2019 απόφασή του (σχετ. 3) σχετικά με το εάν αν οι συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού που αφορούν παρελθοντικούς διαγωνισμούς καταλαμβάνουν και τους τρέχοντες, αναφέρει επί λέξει τα εξής: «Επειδή η προέχουσα ως άνω αιτιολογία της πράξεως της ΑΕΠΠ πιθανολογείται σοβαρά

ότι είναι μη νόμιμη, όπως βασίμως προβάλλεται με την αίτηση. Ειδικότερα, όπως συνάγεται από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία (βλ. ιδίως σκ. 101 και 102 του προοιμίου της) όσο και ο νόμος 4412/2016 και η προαναφερθείσα διακήρυξη αποσκοπούν ν' αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας. Η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του οικονομικού φορέα προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με τη σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού. Για το λόγο, άλλωστε, αυτόν παρέχεται στην Αρχή η εξουσία να στηριχθεί όχι μόνο σε διαπιστώσεις σχετικά με τη συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, αλλά και σε «επαρκώς εύλογες ενδείξεις» οι οποίες οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο εν λόγω φορέας συνήψε τέτοιες συμφωνίες στο παρελθόν. Η ερμηνεία αυτή προκύπτει άλλωστε, σαφώς και από την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 24.10.2018 επί της υποθέσεως C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke München GmbH) η οποία εφόσον επέλυσε το ζήτημα του χρονικού σημείου ενάρξεως της προβλεπόμενης από το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 56 παρ.7 της Οδηγίας 2014/24 προθεσμίας (χρόνος εκδόσεως της σχετικής αποφάσεως της αρμόδιας Αρχής και όχι χρόνος συντελέσεως της παραβάσεως), έχει προδήλως δεχθεί, ενόψει του πραγματικού εκείνης της υποθέσεως το λογικώς προαπαιτούμενο, ότι δηλαδή το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επίμαχης διαδικασίας αναθέσεως και ασυνδέτως προς αυτήν. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία το άρθρο 57 παρ. 4 περ (δ) της Οδηγίας αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού που έχουν συναφθεί αποκλειστικά στο πλαίσιο του εκάστοτε τρέχοντος διαγωνισμού, υπολαμβάνει το άτοπο, ότι δηλαδή ο υποβάλλον προσφορά για συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας καλείται να παραδεχθεί ταυτόχρονα ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού από τη συγκεκριμένη διαδικασία, και δη λόγος ανεπίδεκτος θεραπείας [...].».

19. Η ίδια απόφαση συνεχίζει κατωτέρω και δημιουργώντας νομολογιακό προηγούμενο διευκρινίζει ότι στην ερώτηση αν ο οικονομικός φορέας έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η όποια απάντηση δοθεί «[...] αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον, συγκεκριμένα δε, αν αυτός συνήψε ή όχι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνίες που αποσκοπούσαν στη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος αυτού η εκ μέρους του διαγωνιζόμενου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας αυτού του πραγματικού γεγονότος», αποσαφηνίζοντας έτσι το Ανώτατο Ακυρωτικό ότι η αληθής δήλωση στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ πραγματικών περιστατικών (παρελθοντικών ή μη) περί νόθευσης του ανταγωνισμού, παρέχει εύλογες μεν ενδείξεις πλην όμως δεν οδηγεί σε αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου άνευ άλλου τινός. Αντιθέτως, σηματοδοτεί την έναρξη των νομίμων διαδικασιών για τη διερεύνηση των ληφθέντων μέτρων επανόρθωσης και εξυγίανσης των κακώς πεπραγμένων σε βάρος του υγιούς ανταγωνισμού προκειμένου να διαπιστωθεί αν ο διαγωνιζόμενος διατηρεί το δικαίωμά του να συμμετάσχει στο διαγωνισμό. Άπαντα τα ανωτέρω υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας δεν θα αποκρύψει το πρώτον όλες αυτές τις πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των νομίμων λόγων αποκλεισμού του.

Εκ των ως άνω συνάγεται ότι δεν έγκειται στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής ο αποκλεισμός ή μη της εταιρίας, καθώς όπως ρητά ορίζεται στην *ad hoc* ΣΤΕ ΕΑ 40/2019 απόφαση: «... Έτσι, πιθανολογείται σοβαρά ως βάσιμη η προβαλλόμενη αιτίαση, ότι τα μέλη της παρεμβαίνουσας, απαντώντας αρνητικά στο ως άνω ερώτημα του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας απέκρυσαν πληροφορία που απαιτείτο για την εξακρίβωση της απουσίας νομίμου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, κατά παράβαση της περιπτώσεως (ζ) του άρθρου 22.Α.4 της διακηρύξεως (άρ. 73 παρ. 4 περ. (ζ) του ν.4412/2016 και αρ. 57 παρ. 4 περ. (η) της Οδηγίας) και άρα μη νομίμως απερρίφθη η σχετική αιτίαση της

προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ με την 1082/2018 πράξη του 3ου Κλιμακίου της...».

15. Επειδή στις απόψεις του αναθέτοντος φορέα αναφέρονται αυτολεξεί τα ακόλουθα:

«Όσον αφορά το λόγο της εξεταζόμενης προσφυγής ότι η εταιρεία προέβη σε ψευδή δήλωση περί μη σύναψης συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, καθώς και ότι δεν έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αποκρύπτοντας δολίως από την αναθέτουσα αρχή σοβαρές πληροφορίες, οι οποίες θα καθιστούσαν τη συμμετοχή της στο συγκεκριμένο διαγωνισμό αδύνατη και κατ' αυτόν τον τρόπο παραβίασε τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ ν.4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4 παρ. ζ της διακήρυξης, διατυπώνονται τα ακόλουθα:

Η συμμετέχουσα δεν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού κατά την εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, όπως απαιτεί η σχετική διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ ν.4412/2016, ούτε συνάγεται ότι απέκρυψε αυτές τις πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού, καθόσον, δεν προκύπτει ότι η εταιρεία αυτές συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που εκκίνησε με την υπ' αρ. 4232/09-05-2019 υπό κρίση διακήρυξη, ούτε έχει διαπιστωθεί από τα αρμόδια όργανα ότι διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και κατ' ακολουθία ουδέν ψευδές δήλωσε περί αυτού, πολλώ δε μάλλον δεν κρίθηκε ένοχος για ψευδή δήλωση, αλλ' ούτε απέκρυψε σχετικώς, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού που τέθηκαν με τη συγκεκριμένη διακήρυξη μέσω του υποβληθέντος ΤΕΥΔ, αφού δεν στοιχειοθετείται η συνδρομή τους.

Ως εκ τούτου οι σχετικές δηλώσεις «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», «Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» και «Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα παροχής των απαιτούμενων εγγράφων και

πληροφοριών εμπιστευτικού χαρακτήρα της παρούσας διαδικασίας», απαντηθείσες αρνητικά, δεν συνιστούν ψευδείς και δη εκ δόλου δηλώσεις στο ΤΕΥΔ, αφού ούτε προέκυψε, καθόσον ούτε καν προβλήθηκε, ύπαρξη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού που αναπτύχθηκε με τη συγκεκριμένη εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, ούτε έχει κριθεί ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

Περαιτέρω, η περίπτωση γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, δεν αφορά σε τυχόν συμφωνίες που συνήψε ο υποψήφιος με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά το παρελθόν και δη σε διαδικασίες ανάθεσης διάφορες από την εν προκειμένω σε εξέλιξη ευρισκόμενη διαδικασία. Η εν λόγω διάταξη αφορά και αναφέρεται αποκλειστικά στη διαδικασία ανάθεσης για την οποία προσφεύγει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας.

Για το λόγο αυτό ο ενωσιακός νομοθέτης έθεσε ως προϋπόθεση για τη στοιχειοθέτηση του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού την ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων, και όχι την ύπαρξη δικαστικών ή διοικητικών αποφάσεων. Αν το ζητούμενο με το δυνητικό λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ήταν παρελθούσες "καρτελικές" συμφωνίες των οικονομικών φορέων, τότε ασφαλώς δεν θα έτασσε την ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων για τη στοιχειοθέτησή τους.

Τούτο διότι, πέραν των άλλων, θα ήταν αντικειμενικά αδύνατο για οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή να κρίνει εάν διαθέτει τέτοιες εύλογες ενδείξεις και δη επαρκείς αναφορικά με τη σύναψη συμφωνιών που στοχεύουν στη στρέβλωση του ανταγωνισμού, οι οποίες αναπτύχθηκαν ή αναπτύσσονται από τον οικονομικό φορέα στο πλαίσιο άλλων διαγωνιστικών διαδικασιών και για τις οποίες προφανώς δεν θα είχε εκδοθεί απόφαση δικαστική ή διοικητική που να τις επιβεβαιώνει. Εξάλλου, τυχόν υιοθέτηση της προσέγγισης ότι η έννοια του συγκεκριμένου δυνητικού λόγου αποκλεισμού αφορά σε άλλες ή και σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες που κατά το παρελθόν συμμετείχε ο οικονομικός φορέας κατά παράβαση των σχετικών περί ανταγωνισμού διατάξεων, θα έθετε ζήτημα ευθείας παραβίασης των αρχών της αναλογικότητας και της ισότητας. Τούτο, διότι θα έφερνε σε δυσχερή θέση

όσους υποψηφίους έχουν ήδη κριθεί και τιμωρηθεί για το σχετικό παράπτωμα από τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές, εν προκειμένω την Επιτροπή Ανταγωνισμού, και οι οποίοι θα υποχρεώνονταν εκ νέου να τιμωρηθούν για την ίδια παρελθούσα παραβατική συμπεριφορά δια του αποκλεισμού τους από τις εφεξής διαγωνιστικές διαδικασίες».

16.Επειδή η παρεμβαίνουσα στην με αριθμ. ΓΑΚ ΠΑΡ 683/2019 παρέμβασή της και προς αντίκρουση των ισχυρισμών της υπό εξέταση προσφυγής ισχυρίζεται ότι:

«ΛΟΓΟΣ ΑΝΤΙΚΡΟΥΣΕΩΣ: Επί του προβαλλόμενου λόγου περί της ψευδούς δηλώσεως στο ΤΕΥΔ περί μη σύναψης συμφωνιών με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού και της μη τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος λεκτέα είναι τα ακόλουθα:

1. Με την 12η σκέψη της Προδικαστικής Προσφυγής προβάλλεται από την Προσφεύγουσα ότι «Μεταξύ λοιπόν των λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του αρ. 73 του ν. 4412/2016 (οι οποίοι έχουν μεταφερθεί αυτούσιοι και στο άρθρο 22.Α.4. της διακήρυξης) ορίζεται ότι αποκλείεται οικονομικός φορέας που ευρίσκεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις «[...] γ) αν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, [...] ζ) αν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, [...] θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του [...]».

1.2. Κατά συνέπεια η Προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι δεδομένης της συμπερίληψης των λόγων των περ. γ, ζ και θ της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 στην Διακήρυξη της παρούσης διαγωνιστικής διαδικασίας, αυτοί απέκτησαν υποχρεωτικό περιεχόμενο.

1.3. Πλην όμως σφάλλει ο προβληθείς ισχυρισμός, καθόσον εκτιμά, ότι η συμπερίληψη των εν λόγω δυνητικών λόγων αποκλεισμού στην Διακήρυξη μιας διαγωνιστικής διαδικασίας ιδρύουν στην αναθέτουσα αρχή δεσμία αρμοδιότητα αποκλεισμού, όπως, αντιστοίχως συμβαίνει, με τους λόγους των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ενώ σκοπός της αναθέτουσας με την ένταξη των εν λόγω όρων στην Διακήρυξη δεν είναι η μεταβολή του χαρακτήρα τους από δυνητικών λόγων αποκλεισμού σε υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά η παροχή στην ίδια αναθέτουσα της εξουσίας να κρίνει, συντρεχόντων των πραγματικών περιστατικών, αν υφίσταται λόγος αποκλεισμού, εφ' όσον πληρούνται το πραγματικό των περιπτώσεων της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

1.4. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή με την συμπερίληψη των όρων της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 αποκτά, το πρώτον, τη δυνατότητα (που χωρίς την συμπερίληψη δεν θα την είχε από το κανονιστικό πλαίσιο), και όχι την δεσμία αρμοδιότητα, να αποκλείσει έναν οικονομικό φορέα εφ' όσον διαπιστώσει συνδρομή ενός εκ των προαναφερόμενων λόγων (Ράικος, Δημόσιες Συμβάσεις, Σάκκουλα, 2018, σελ. 673).

Κατά συνέπεια είναι απορριπτέα η ερμηνευτική εκδοχή της Προσφεύγουσας ως μη νόμιμης.

2. Περαιτέρω, με την 15η σκέψη της η Προσφεύγουσα καταλήγει στον προβαλλόμενο λόγο περί ψευδών δηλώσεων με το ακόλουθο περιεχόμενο «Σε αυτό το μήκος κύματος, το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο επιτρέπει στον εκάστοτε οικονομικό φορέα που θα δηλώσει ότι έχει ή είχε προβεί σε αθέμιτες πρακτικές, νόθευση του ανταγωνισμού ή επαγγελματικό παράπτωμα, να δηλώσει ποια είναι τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε προκειμένου να κριθεί η επάρκεια αυτών και η συνακόλουθη σύννομη συμμετοχή του στα μετέπειτα στάδια ενός δημοσίου διαγωνισμού. Η υποβολή ωστόσο ψευδών δηλώσεων (στην έννοια των οποίων εμπίπτει και η αποσιώπηση της αλήθειας) στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ εκ μέρους υποψηφίου οικονομικού φορέα, πέραν της τυχόν θεμελίωσης ποινικών αδικημάτων και των κυρώσεων ψευδούς υπεύθυνης δήλωσης συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμό σύμφωνα με την περ. ζ. της παρ. 4 του αρ. 73 ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία εφόσον ο οικονομικός

φορέας κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 ή προς επίρρωση αυτών των πληροφοριών αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης (βλ. Δ. Ράικο, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο- Νομολογία, Τόμος Ι, 2018, σ.773 επ.).»

Κατά συνέπεια, ισχυρίζεται η Προσφεύγουσα, ότι τυγχάνει εφαρμογής ο αποκλεισμός μας από την διαγωνιστική διαδικασία, καθόσον, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της (σκ. 16), ημείς έχουμε -δήθεν- ψευδώς δηλώσει την μη τέλεση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και μη σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς, ενώ, σύμφωνα πάντα με την Προσφεύγουσα, μετά την υπ' αριθμ. 644/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΣΧΕΤ. 1) για την επιβολή διοικητικού προστίμου 133.176,00 Ευρώ για την παράβαση της νόθευσης του ανταγωνισμού, έχουμε υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα υπό την μορφή της παράβασης των κανόνων ανταγωνισμού. Περαιτέρω, η Προσφεύγουσα σημειώνει, ότι τα ως άνω έχουν ιδιαίτερη σημασία και βαρύτητα, παρελκούς της μετέπειτα πορείας της εν λόγω υποθέσεως (!), υπογραμμίζοντας ότι διαπράξαμε αθέμιτη απόκρυψη από την αναθέτουσα αρχή όλων των «τεκταινόμενων» κατά τον χρόνο της επίμαχης διαγωνιστική διαδικασίας.

Σύμφωνα με την Προσφεύγουσα, η οποία φέρει και το οικείο βάρος απόδειξης, "αποδεικνύεται" ότι έχουμε υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα εξ αιτίας του ότι «(...) το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα (στο οποίο όπως προελέχθη υπάγονται και οι αντιανταγωνιστικές πρακτικές, συμπράξεις, εναρμονισμένες πρακτικές) αποδεικνύεται με κάθε κατάλληλο μέσο και όχι μόνο με δικαστικές ή διοικητικές αποφάσεις μιας και η επίμαχη αυτή έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία και φερεγγυότητα του συγκεκριμένου φορέα. Ασφαλώς, καθ' ότι η έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος είναι μια εν πολλοίς αόριστη

αξιολογική έννοια επιδεκτική *ad hoc* εκτιμήσεως των πραγματικών περιστατικών, απαιτείται η κατά περίπτωση προσέγγιση και αξιολόγηση αυτών ώστε να παρέχεται στον εκάστοτε υποψήφιο η δυνατότητα ανταπόδειξης και προβολής επιχειρημάτων υπέρ της συνέχισής του στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία» (σκ. 14 της Προδικαστικής Προσφυγής).

Καταληκτικώς δε, επικαλείται «*ad hoc*» (όπως ισχυρίζεται) νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, την υπ' αριθμ. 40/2019 Ε.Α., η οποία κατά τους ισχυρισμούς της τυγχάνει εφαρμογής στην προκειμένη περίπτωση.

2.1. Κατά συνέπεια, προβάλλεται με την παρούσα Προσφυγή η μομφή της τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος υπό ειδικότερη υπόσταση των αντιανταγωνιστικών πρακτικών, συμπράξεων, εναρμονισμένων πρακτικών, με αφορμή της έκδοσης, σε βάρος μας, της υπ' αριθμ. 644/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΣΧΕΤ. 2).

2.2. Ταύτα είναι απορριπτέα ως μη νόμιμα και αβάσιμα και τούτο καθ' όσον, σύμφωνα με την Διακήρυξη της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, ειδικώς για την περίπτωση θ του άρθρου 22.Α.4., ήτοι του όρου περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ορίζεται ότι : «Για την περίπτωση θ της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ υποβάλλονται πιστοποιητικά χορηγούμενα από τα αρμόδια επιμελητήρια και φορείς (ΤΕΕ, ΓΕΩΤΕΕ, ΕΕΤΕΜ) από τα οποία αποδεικνύεται ότι τα πρόσωπα με βεβαίωση του Μ.Ε.Κ. που στελεχώνουν την εργοληπτική επιχείρηση, δεν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.».

Επομένως εκ της άνω ρυθμίσεως προβλέπεται εκ του κανονιστικού πλαισίου της Διακηρύξεως όχι μόνον ο ειδικός λόγος αποκλεισμού, αλλά και τα αποδεικτικά μέσα προκειμένου να διαπιστωθεί η μη συνδρομή του.

2.3. Εν προκειμένω, από την προσκομισθείσα στην αναθέτουσα αρχή ενημερότητα πτυχίου προκύπτει, ότι δεν υπάρχουν πειθαρχικές ποινές σε βάρος μας ή σε βάρος των στελεχών μας για σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

Κατά συνέπεια είναι καθ' όλα αβάσιμος ο προβληθείς ισχυρισμός ότι έχουμε υποπέσει σε επαγγελματικό παράπτωμα εξ αιτίας - δήθεν - συμμετοχής

μας σε αντιαναγωνιστικές ενέργειες που συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Εξ άλλου αν η αποδοθείσα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού μομφή (και ανεξαρτήτως της βασιμότητας της) σε βάρος μας συνιστούσε επαγγελματικό παράπτωμα, τόσο η ίδια όσο και το αρμόδιο Υπουργείο αλλά και τα σχετικά επιμελητήρια θα μας απέδιδαν τα οικεία πιστοποιητικά επισημειωμένα με την οικεία μομφή, γεγονός που ουδόλως συντρέχει.

Αντ' αυτού η εταιρεία μας δεν έχει υποπέσει σε κανένα επαγγελματικό παράπτωμα, δεν μας έχει επιβληθεί καμιά διοικητική κύρωση απαγόρευσης συμμετοχής μας σε δημόσιους ή ιδιωτικούς διαγωνισμούς είτε από τον καθ' ύλην αρμόδιο Υπουργό είτε από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή, δεν μας έχει αφαιρεθεί η άδεια λειτουργίας ή δεν έχει επιβληθεί καμιά πειθαρχική κύρωση, ούτε σε εμάς ούτε σε βάρος των νομίμως εκπροσώπων μας από το Υπουργείο Μεταφορών και Υποδομών.

2.4. Άλλωστε, εάν για την Δημόσια Διοίκηση, η οποία επιλήφθηκε δια της Επιτροπής Ανταγωνισμού, στο πλαίσιο εξέτασης συγκεκριμένου περιστατικού μας αποδόθηκε μομφή, δια της επιβολής σχετικής χρηματικής κύρωσης, μη συνιστάμενη, όμως, σε διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, καθ' όλα εύλογα διατηρούμε την πεποίθηση περί της μη υπάρξεως σε βάρος μας σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

Εκτός κι αν η Προσφεύγουσα απαιτεί από εμάς να κρίνουμε δυσμενώς τον εαυτό μας χωρίς να υφίσταται σχετική κρίση των αρμοδίων οργάνων της Διοίκησης. Ταύτα αν εύρισκαν έρεισμα είτε στις οικείες διατάξεις της Διακήρυξης είτε της νομοθεσίας, θα ήταν σαν να μας επιβάλλεται να ισχυριστούμε ότι είμαστε φοροφυγάδες χωρίς η Φορολογική Διοίκηση να μας έχει αποδώσει την σχετική κατηγορία, ή κατά μείζονα λόγο -ως εν προκειμένω ισχύει- επί αποχής του επιλαμβανομένου αρμοδίου φορέα (Επιτροπή Ανταγωνισμού) να αποδώσει τέλεση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, η έννομη τάξη να επιβάλλει στον διοικούμενο να την αποδώσει στον εαυτό του.

Εν όψει, συνεπώς, των προαναφερόμενων, πως θα μπορούσε να μας αποδοθεί μομφή ότι δεν συμπληρώσαμε ειλικρινώς το οικείο χωρίο του ΤΕΥΔ με το ΝΑΙ στο ερώτημα περί πειθαρχικών παραπτωμάτων.

Επομένως είναι όλως αβάσιμος και μη νόμιμος ο προβαλλόμενος λόγος ότι δήθεν τελέσαμε το αδίκημα της ψευδούς δηλώσεως ενώπιον της αναθέτουσας αρχής με αιτία την μη συμπλήρωση του οικείου χωρίου περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, καθόσον ως ήδη προαποδείχθηκε δεν έχουμε τελέσει επαγγελματικό παράπτωμα. Εκτός κι αν τα ως άνω συνάγονται ερμηνευτικώς από την Διακήρυξη, γεγονός που θα ίδρυε την υποχρέωσή για την αναθέτουσα αρχή να εκδώσει σχετικές ερμηνευτικές οδηγίες προς συμμετέχοντες.

Κατά συνέπεια, είναι αβάσιμος ο προβαλλόμενος λόγος της Προσφεύγουσας ως μη νόμιμος και αβάσιμος.

3. Εις ότι αφορά την υπ' αριθμ. 40/2019 Ε.Α. ΣΤΕ, την οποία επικαλείται η Προσφεύγουσα λεκτέα είναι τα ακόλουθα:

3.1. Με την προσεπικλειθείσα απόφαση του Συμβούλιου της Επικρατείας σε σχηματισμό της Επιτροπής Αναστολών, έκρινε ότι οι εκεί αναφερόμενες εταιρείες που πράγματι παρέλειψαν να συμπληρώσουν ορθώς το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) «είχαν υποπέσει σε ενιαία και διαρκή παράβαση του άρθρου 1 ν. 703/1977 και του άρθρου 1 ν. 3959/2011 καθώς και των άρθρων πρώην 85 (ήδη 81) της Συνθήκης για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας και 101 της Συνθήκης για την Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ενώσεως και οι ίδιες το αποδέχθηκαν»

Επομένως, με την ως άνω απόφαση του το ΣΤΕ εδέχθη ότι συντρέχει περίπτωση ψευδούς δηλώσεως των συμμετεχόντων στην διαγωνιστική διαδικασία, δοθέντος ότι αυτές μετά και την αποδοχή της αποδοθείσας παραβάσεως από την Επιτροπή Ανταγωνισμού εσφαλμένως έκριναν ότι δεν όφειλαν να συμπληρώσουν το οικείο χωρίο με ΝΑΙ.

3.2. Εν προκειμένω, όμως, μετά την έκδοση σε βάρος μας της υπ' αριθμ. 644/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΣΧΕΤ. 2) ασκήσαμε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την από 04-10-2017 (ΠΡ 1005/2017) Προσφυγή μας (ΣΧΕΤ. 3) κατ' άρθρον 30 παρ. 1 του Ν. 3959/2011, βάλλοντας κατά της νομιμότητας και της βασιμότητας της προειρημένης αποφάσεως, η οποία Προσφυγή μας συζητήθηκε κατά την δικάσιμο της 14-05-2019, και αναμένεται επ' αυτής

Αριθμός απόφασης: 969/2019

σχετική απόφαση, σύμφωνα με την επίκαιρη εικόνα από τον ηλεκτρονικό ιστότοπο του ως άνω Δικαστηρίου (ΣΧΕΤ. 4).

Κατά συνέπεια, ουδόλως μπορεί να τύχει εφαρμογής στην παρούσα περίπτωση η προσεπικληθείσα απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, εν όψει των διαφορετικών (και μάλιστα ουσιωδώς) πραγματικών περιστατικών.

Κατά συνέπεια και εν όψει των ανωτέρω δεν ευρίσκει νόμιμο έρεισμα η ερμηνευτική εκδοχή, ότι -δήθεν- υπείχαμε υποχρέωση συμπλήρωσης των σχετικών ερωτημάτων περί του πειθαρχικού παραπτώματος με ΝΑΙ, καθόσον πιθανή συμπλήρωση του ΝΑΙ θα υπολάμβανε, μεταξύ άλλων, δική μας ενοχή ή πιθανή αποδοχή της υπ' αριθμ. 644/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, την νομιμότητα της οποίας αμφισβητούμε, όπως προαναλύθηκε.

3.3. Εν τούτοις, *ad hoc* νομολογιακή θέση εξηνέχθη, και μάλιστα, πρόσφατα. Πιο συγκεκριμένα, η εταιρεία μας συμμετείχε σε διαγωνιστική διαδικασία για το έργο «Επέκταση εγκατάστασης επεξεργασίας λυμάτων (Ε.Ε.Λ.) Γιάννουλης» με αναθέτουσα αρχή την Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης και Αποχέτευσης του Δήμου Λάρισας, στην εν λόγω δε, διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχε και η εδώ Προσφεύγουσα συμμετέχοντας στο κοινοπρακτικό σχήμα «.....» η οποία αρχικώς είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος και κατόπιν ασκηθείσης Προδικαστικής Προσφυγής ενώπιον Σας απερρίφθη η προσφορά της κατά την ουσία της με την υπ' αριθμ. 490/2019 απόφαση του 3ου Κλιμακίου Σας. Εν συνεχεία το ως άνω κοινοπρακτικό σχήμα άσκησε την με αριθμ. Πράξης Κατάθεσης ANM17/17-05-2019 Αίτησης Αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Λαρίσης ζητώντας την αναστολή της προειρημένης αποφάσεως Σας (490/2019) εισφέροντας, κυρίως, και μάλιστα ενώπιον του ακροατηρίου, την μόλις δημοσιευθείσα υπ' αριθμ. 40/2019 Ε.Α. ΣτΕ, την οποία επικαλείται και ενώπιον Σας. Κατά της εν λόγω δε Αιτήσεως ασκήσαμε Παρέμβαση ζητώντας την απόρριψη της, προσκομίζοντας δε, και σχετικό Υπόμνημα μας. Μετά ταύτα και μόλις προ ολίγων ημερών ενημερωθήκαμε προφορικώς από την γραμματεία του ως άνω Δικαστηρίου, καθότι δεν έχει προλάβει να καθαρογραφεί η απόφαση, ότι το ως άνω Δικαστήριο με την υπ' αριθμ. AN18/2019 απόφαση του απέρριψε την

Αίτηση Αναστολής της ήδη Προσφεύγουσας κάνοντας δεκτή την Παρέμβαση μας.

4. Σε ότι αφορά δε, την προβολή εκ μέρους της Προσφεύγουσας της παραβάσεως της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, λεκτέα είναι ότι σύμφωνα με την υπ' αριθ. 1082/2018 απόφαση της Αρχής Σας, η εν λόγω διάταξη δεν αφορά σε τυχόν συμφωνίες που έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας με άλλους οικονομικούς φορείς κατά το παρελθόν.

«Η εν λόγω διάταξη αφορά, ως σχετικός έχει ερμηνευθεί και αναφέρεται αποκλειστικά στη διαδικασία ανάθεσης για την οποία προσφεύγει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας. Για το λόγο αυτό ο ενωσιακός νομοθέτης έθεσε ως προϋπόθεση για τη στοιχειοθέτηση του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού την ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων, και όχι την ύπαρξη δικαστικών ή διοικητικών αποφάσεων, που σε άλλους λόγους αποκλεισμού υιοθέτησε. Αν το ζητούμενο με το δυνητικό λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ήταν παρελθούσες καρτελικές συμφωνίες των οικονομικών φορέων, τότε ασφαλώς δεν θα έτασσε την ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων για τη στοιχειοθέτησή τους. Τούτο διότι, πέραν των άλλων, θα ήταν αντικειμενικά αδύνατο για οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή να κρίνει εάν διαθέτει τέτοιες εύλογες ενδείξεις και δη επαρκείς αναφορικά με τη σύναψη συμφωνιών που στοχεύουν στη στρέβλωση του ανταγωνισμού, οι οποίες αναπτύχθηκαν ή αναπτύσσονται από τον οικονομικό φορέα στο πλαίσιο άλλων διαγωνιστικών διαδικασιών και για τις οποίες προφανώς δεν θα είχε εκδοθεί απόφαση δικαστική ή διοικητική που να τις επιβεβαιώνει. Εξάλλου, τυχόν υιοθέτηση της προσέγγισης ότι η έννοια του συγκεκριμένου δυνητικού λόγου αποκλεισμού αφορά σε άλλες ή και σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες που κατά το παρελθόν συμμετείχε ο οικονομικός φορέας κατά παράβαση των σχετικών περί ανταγωνισμού διατάξεων, θα έθετε ζήτημα ευθείας παραβίασης των αρχών της αναλογικότητας και της ισότητας. Τούτο, διότι θα έφερνε σε δυσχερή θέση όσους υποψηφίους έχουν ήδη κριθεί και τιμωρηθεί για το σχετικό παράπτωμα από τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές, εν προκειμένω την Επιτροπή

Αριθμός απόφασης: 969/2019

Ανταγωνισμού, και οι οποίοι θα υποχρεώνονταν εκ νέου να τιμωρηθούν για την ίδια παρελθούσα παραβατική συμπεριφορά δια του αποκλεισμού τους από τις εφεξής διαγωνιστικές διαδικασίες.»

4.2. Κατά συνέπεια, και εν όψει της ως άνω ερμηνευτικής εκδοχής της Αρχής πρέπει να απορριφθεί και το σκέλος αυτό ως μη νόμιμη ο λόγος της Προδικαστικής Προσφυγής της Προσφεύγουσας».

17.Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 253 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων.[...].».

18.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 281 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 293 και της περιοδικής ενδεικτικής προκήρυξης του άρθρου 291 περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, [...]».

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 304 «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής» του ν. 4412/2016:

«1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης. [...]»

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 305 «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι»:

«1. Οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας, σε συνοπτικό διαγωνισμό ή σε απευθείας ανάθεση, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. Όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο.

2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό, ιδιαίτερα όσον αφορά στα όρια για τις απαιτήσεις που αφορούν τους ετήσιους κύκλους εργασιών.

3. Ο λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 περιλαμβάνεται πάντοτε στους κανόνες και τα κριτήρια της παραγράφου 1».

21. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 308 «Κανόνες που εφαρμόζονται σε περίπτωση χρήσης των κριτηρίων αποκλεισμού και ποιοτικής επιλογής του Βιβλίου Ι» του ν. 4412/2016:

«1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81.

2. Προς το σκοπό εφαρμογής των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 307, εφόσον, δυνάμει του άρθρου 305, οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, οι αναθέτοντες φορείς ελέγχουν, σύμφωνα με την παράγραφο 1 εάν οι άλλοι

φορείς στην ικανότητα των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής ή εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, στους οποίους αναφέρονται οι αναθέτοντες φορείς, δυνάμει του άρθρου 73 και 74. [...]»

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι:

«4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:

α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18,

β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου,

γ) εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,

δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,

ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 48, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,

στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως

Αριθμός απόφασης: 969/2019

αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις,

ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79,

η) εάν ο οικονομικός φορέας 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,

θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του.

5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β' της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β' της παρ. 4.

6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2.

Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας

βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4.

7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση.

8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση

της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ'αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή.

9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.

10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος».

23.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: « 1. 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.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες

όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. 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.

Όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε βάση δεδομένων, σύμφωνα με την παρ. 6, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις πληροφορίες που απαιτούνται για τον συγκεκριμένο σκοπό, όπως την ηλεκτρονική διεύθυνση της βάσης δεδομένων, τυχόν δεδομένα αναγνώρισης και, κατά περίπτωση, την απαραίτητη δήλωση συναίνεσης.

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν να χρησιμοποιήσουν εκ νέου ΕΕΕΣ το οποίο έχει ήδη χρησιμοποιηθεί σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον επιβεβαιώνουν ότι οι πληροφορίες του εγγράφου εξακολουθούν να είναι αληθείς. [...].

3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή.

4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. Μέχρι την έκδοση του τυποποιημένου εντύπου του προηγούμενου εδαφίου, γίνεται δεκτή υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986.

5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.

Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82. [...]».

24.Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

25.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

26.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ39/2017): «[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει

Αριθμός απόφασης: 969/2019

αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης».

27. Επειδή, η παρ. 10 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, προστεθείσα με το άρθρο 107 παρ. 9 ν. 4497/2017, μεταφέρει την ρύθμιση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 7 του άρ. 57 της Οδηγίας 2014/24 και ορίζει ότι εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.

28. Επειδή, εξ άλλου, το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 μεταφέρει την ρύθμιση των πρώτων εδαφίων της παρ. 7 του άρ. 57 της Οδηγίας 2014/24 και προβλέπει τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από μελλοντικές και εν εξελίξει διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, ο οποίος επιβάλλεται για εύλογο διάστημα με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας & Ανάπτυξης, Δικαιοσύνης και Υποδομών & Μεταφορών, μετά από σύμφωνη γνώμη, προκειμένου περί συμβάσεων δημοσίων έργων, του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου της Γ.Γ. Υποδομών (άρ. 74 παρ. 3). Ως προϋπόθεση τάσσεται από την διάταξη (άρ. 74 παρ. 1, όπως αντικ. από το άρ. 107 παρ. 10 ν. 4497/2017) η διαπίστωση, ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού -μεταξύ άλλων- των ως άνω παραγράφων 1 και 4 του άρθρου 73 και ότι, επί πλέον, ο οικονομικός αυτός φορέας δεν έχει λάβει τα κατ' άρ. 73 παρ. 7 μέτρα για ν' αποδείξει την αξιοπιστία του. Η περίοδος αποκλεισμού που επιβάλλεται δυνάμει αυτής της διατάξεως, καθορίζεται με βάση την αρχή της αναλογικότητας και κατ' εκτίμησιν σειράς προσφόρων κριτηρίων, δεν μπορεί δε να υπερβεί τα τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού συμβάντος επί των (δυνητικών) κατά την παράγραφο 4 του άρθρου 73 λόγων αποκλεισμού (άρθρο 74 παρ. 2, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 107 παρ. 11 ν. 4497/2010).

29. Επειδή, η διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού, ενεργοποιώντας την ευχέρεια που της παρέχει το άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016, ορίζει τα εξής: «22.Α.4 Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία

σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις : (α) ... (β) (γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, (δ) ... (ε) ... (στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας, (η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχείρησε 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, θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του». Ακολούθως, ορίζεται ότι «Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.Α.1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.Α.4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος». Ακολούθως το αυτό άρθρο 22 της διακηρύξεως προβλέπει τα εξής: «22.Α.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους [...] 22.Α.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος

αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση.

22.A.8. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

22.A.9. Οικονομικός φορέας που του έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης».

30. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

31. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα

Αριθμός απόφασης: 969/2019

επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

32. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

33. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 305 και 308 του ν. 4412/2016 οι αναθέτοντες φορείς, σε περίπτωση διαγωνιστικών διαδικασιών που εμπíπτουν στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73 του Βιβλίου Ι του ν.4412/2016 και εάν αναφέρονται σε αυτούς εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81 του ανωτέρω νόμου.

34. Επειδή, στις αιτιολογικές σκέψεις 101-102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι: «(101) Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαίνονται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την

ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του. (102) Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που

λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας [...]».

35. Επειδή σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, ο νομοθέτης αφήνει στη διακριτική ευχέρεια κάθε αναθέτουσας αρχής να περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης (προκήρυξη, διακήρυξη) τις περιπτώσεις της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 με την οποία εισάγεται μία σειρά προαιρετικών λόγων αποκλεισμού. Ωστόσο, εφόσον η αναθέτουσα αρχή συμπεριλάβει κάποια από τις περιπτώσεις της παρ. 4 του άρθρου 73 ως λόγο αποκλεισμού στη Διακήρυξη, τότε οφείλει να αποκλείσει κατά δέσμια αρμοδιότητα τον οικονομικό φορέα αν διαπιστώσει ότι συντρέχει κάποια από αυτές δυνάμει της ρητής πρόβλεψης της Διακήρυξης, η οποία δεσμεύει και την ίδια και δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα (βλ. ΑΕΕΠ 365/2018 και Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 20, αριθμ. απόφ. 42/30-5-2017).

36. Επειδή, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ αποτελεί πρότυπο τεύχος με δεσμευτική ισχύ, το οποίο χρησιμοποιείται υποχρεωτικά από τις αναθέτουσες αρχές σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του Ν.4412/2016 κάτω των ορίων, προκειμένου οι συμμετέχοντες στις ως άνω διαγωνιστικές διαδικασίες, κατά το χρόνο υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής ή των προσφορών τους να δηλώνουν υπεύθυνα ότι, αντιστοίχως προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν εμπίπτουν στις καταστάσεις εκείνες που συνιστούν λόγους αποκλεισμού, όπως και ότι πληρούν τα ανάλογα με τη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ως προκαταρκτική απόδειξη της προσωπικής τους κατάστασης, ώστε να θεμελιώσουν κατ' αρχήν το δικαίωμα συμμετοχής τους στο διαγωνισμό (βλ. Α.Ε.Π.Π 136/2017).

37. Επειδή το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως επί τον σκοπό της διευκόλυνσης συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων και τη μείωση του χρόνου προετοιμασίας μιας προσφοράς. Ενέχει δε προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως

προς τον υποβάλλοντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Όμως, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη και η κατά τα ως άνω οπισθοβαρής καταρχήν διάρθρωση της ελεγκτικής διαδικασίας, δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων στην περίπτωση που αυτά αμφισβητούνται και δη με επίκληση συγκεκριμένο περί του αντιθέτου λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο δια προδικαστικής προσφυγής αυτού. (ΑΕΠΠ 96/2017).

38. Επειδή τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του Ν 4412/2016 θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που εγγυάται την ακώλυτη πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημόσιων συμβάσεων (βλ. Α. Σπυρίδωνος, «Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις», *ΘΠΔΔ* 6/2017, σελ. 537 επόμε.). Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στη σχετική δήλωση (βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 688, παρ.89) η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους αλλά τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεση της. Ειδικότερα, η κατά τα ως άνω σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περί συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιου κατά τα ως άνω περίπτωσης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ.(βλ. ΑΕΠΠ 118/2017).

39. Επειδή, κατά την έννοια των λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, στην περίπτωση κατά την οποία υποβάλλεται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ΕΕΕΣ με το οποίο ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι συντρέχει τέτοιος λόγος, να μεν αυτός δεν αποκλείεται αυτόματα, όπως θα συνέβαινε εάν ενέπιπτε στην παρ. 1 του άρθρου 73 του εν λόγω νόμου, είναι, όμως, δυνατόν να αποκλεισθεί εφόσον κριθεί ότι το παράπτωμα επηρεάζει τη φερεγγυότητα ή την επαγγελματική αξιοπιστία του (ΑΕΠΠ 856/2018).

40. Επειδή δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣτΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣτΕ 4720/2012).

41. Επειδή η προσφεύγουσα με την προδικαστική της προσφυγή αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης, καθώς η τελευταία προέβη σε ψευδή δήλωση στο υποβαλλόμενο εκ μέρους της ΤΕΥΔ περί μη σύναψης συμφωνιών με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και μη τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, επικαλούμενη την υπ' αριθμό 644/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, με την οποία επιβλήθηκε στην παρεμβαίνουσα διοικητικό πρόστιμο ποσού 133.176,00 ευρώ για νόθευση του ανταγωνισμού δια χειραγώγησης προσφορών κατόπιν συμφωνιών με τους έτερους αναφερόμενους στην οικεία απόφαση οικονομικούς φορείς.

Αριθμός απόφασης: 969/2019

Ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του αναφέρει ότι ορθά η παρεμβαίνουσα δεν απάντησε καταφατικά στα επίμαχα πεδία του ΤΕΥΔ της, διότι η τελευταία δεν προέβη σε σύναψη συμφωνιών με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεν τέλεσε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και ούτε απέκρυψε πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμών, ειδικά ως προς την συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, όπως απαιτεί, κατά τους ισχυρισμούς του, το άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016, αναλύοντας ειδικότερα ότι εν λόγω διάταξη αφορά και αναφέρεται αποκλειστικά στη διαδικασία ανάθεσης για την οποία προσφεύγει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας και δεν αφορά σε συμφωνίες που σύνηψε ο υποψήφιος κατά το παρελθόν και δη σε διαδικασίες ανάθεσης διάφορες από την εν προκειμένω σε εξέλιξη ευρισκόμενη διαδικασία.

Η παρεμβαίνουσα, αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, καθώς η συμπερίληψη των δυνητικών λόγων αποκλεισμού στους όρους της διακήρυξης χορηγεί στον αναθέτοντα φορέα διακριτική ευχέρεια αποκλεισμού και όχι δέσμια αρμοδιότητα. Περαιτέρω ισχυρίζεται ότι δεν έχει τελέσει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα καθώς από την υποβαλλόμενη με την προσφορά της ενημερότητα πτυχίου προκύπτει ότι δεν έχουν επιβληθεί πειθαρχικές ποινές για σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Ότι δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω η με αριθμό 40/2019 απόφαση της Ε.Α. ΣΤΕ, καθώς στην περίπτωση της παρεμβαίνουσας δεν υπήρξε αποδοχή της αποδιδόμενης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού παράβασης και έχει ασκηθεί εκ μέρους της Προσφυγή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κατά της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία εκδικάσθηκε στις 14/5/2019 και αναμένεται η έκδοση απόφασης. Επίσης, καθώς αντίστοιχες αιτιάσεις στα πλαίσια έτερου διαγωνισμού απορρίφθηκαν από την με αριθμό ΑΝ18/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Λάρισας, της οποίας έχει δημοσιευθεί το διατακτικό, αλλά όχι το σκεπτικό μέχρι σήμερα. Επιπλέον, αναφορικά με την προβολή εκ μέρους τη προσφεύγουσας της παραβάσεως της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, διότι σύμφωνα με την υπ' αριθμό 1082/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, η εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 969/2019

διάταξη δεν αφορά σε τυχόν συμφωνίες που έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας με άλλους οικονομικούς φορείς κατά το παρελθόν.

42. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, ενεργοποιώντας την ευχέρεια που του παρέχει το άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 συμπεριέλαβε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού που προβλέπει η εν λόγω διάταξη, οι οποίοι, ως εκ τούτου, έχουν καταστεί υποχρεωτικής εφαρμογής και, ειδικότερα, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξη αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία προσφέρων σε περίπτωση που υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (γ), εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας (ζ) και εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του (θ). Ωστόσο, η κατάφαση των ανωτέρω λόγων αποκλεισμού δεν οδηγούν αυτόματα στον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, καθώς ο τελευταίος, έχοντας δηλώσει με την προσφορά του την κατάφαση των λόγων αυτών, δύναται να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, σύμφωνα με τους όρους και τη διαδικασία που προβλέπεται στους όρους 22.A.7 και 22.A.8 της διακήρυξης.

43. Επειδή, στο Μέρος III («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ («ΛΟΓΟΙ ΠΟΥ ΣΧΕΤΙΖΟΝΤΑΙ ΜΕ ΑΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑ, ΣΥΓΚΡΟΥΣΗ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΩΝ Ή ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΟ ΠΑΡΑΠΤΩΜΑ») του ΤΕΥΔ εν πρώτοις τίθεται η ερώτηση «*Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;*» και επ' αυτής προσφέρονται μόνον οι απαντήσεις «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ». Περαιτέρω, τίθεται το ερώτημα «*Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς*

πληροφορίες» και προσφέρεται προς τούτο χώρος, όπου ο διαγωνιζόμενος συντάσσει την απάντησή του. Για την περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο προηγούμενο ερώτημα, τίθεται επί πλέον στον διαγωνιζόμενο και το ερώτημα: «*Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης;*», το οποίο επιδέχεται απάντηση μόνον «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ». Για δε την περίπτωση καταφατικής απαντήσεως και στο τελευταίο αυτό ερώτημα, τίθεται το ερώτημα «*Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν*» και κατόπιν αυτού προσφέρεται και πάλι χώρος προς απάντηση, την οποίαν συντάσσει ο διαγωνιζόμενος.

44. Επειδή, κατά την έννοια του ΤΕΥΔ του διαγωνισμού η απάντηση του οικονομικού φορέα στο σχετικό ερώτημα αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον, συγκεκριμένα δε, αν αυτός συνήψε ή όχι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνίες που αποσκοπούσαν στην στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος αυτού η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά 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 ο αναθέτων φορέας να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία.

45. Επειδή, η προσφεύγουσα, υποβάλει με την προδικαστική της προσφυγή την με αριθμό 644/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β' 2384/14-7-2017), με την οποία επιβλήθηκε στην προσφεύγουσα διοικητικό πρόστιμο ποσού 133.176,00 ευρώ (χωρίς, πάντως, να έχει επιβληθεί με την ίδια απόφαση και αποκλεισμός της από διαδικασίες αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων). Τούτο δε, διότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού με την εν λόγω απόφασή της είχε προηγουμένως διαπιστώσει, ότι η παρεμβαίνουσα (και άλλες οκτώ επιχειρήσεις), υπέπεσε στην παράβαση του άρθρου 1 του ν. 703/1977 κατά την περίοδο από

Αριθμός απόφασης: 969/2019

29.11.2010 μέχρι 18.04.2011, στο πλαίσιο του δημόσιου διαγωνισμού για την ανάθεση του έργου «Περιβαλλοντική Αποκατάσταση – Ανάπλαση Χ.Α.Δ.Α. Ν. Πέλλας». Ειδικότερα η αποδιδόμενη παράβαση αφορά σε χειραγώγηση του ανωτέρω διαγωνισμού, η οποία πραγματοποιήθηκε μέσω της σύναψης συμφωνιών και μέσω της υιοθέτησης εναρμονισμένων πρακτικών ανάμεσα στα εμπλεκόμενα μέρη με αντικείμενο τη μη συμμετοχή ορισμένων επιχειρήσεων στον επίμαχο διαγωνισμό παρότι έλαβαν τεύχη δημοπράτησης (καταστολή προσφοράς), την υποβολή προσφοράς-κάλυψης (εικονική προσφορά) εκ μέρους ορισμένων επιχειρήσεων στον διαγωνισμό, οι οποίες έδωσαν αδικαιολόγητα χαμηλές εκπτώσεις και την ανάδειξη μέσω των ανωτέρω μεθοδεύσεων ως αναδόχου συγκεκριμένης εταιρείας, της οποίας η προσφερθείσα έκπτωση ήταν σημαντικά χαμηλότερη σε σχέση με άλλα έργα αποκατάστασης Χ.Α.Δ.Α. αντίστοιχου σχετικά αντικειμένου που δημοπρατήθηκαν την περίοδο 2008-2016.

46. Επειδή, η σχετική ερώτηση του ΤΕΥΔ του συγκεκριμένου διαγωνισμού [αφορώσα τον λόγο αποκλεισμού του άρ. 22.Α.4. (γ) της οικείας διακηρύξεως και -κατ' επέκτασιν- της περ. (γ) του άρ. 73 παρ. 4 ν. 4412/2016] είχε διατυπωθεί ως εξής: *“Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;”*, προσφερόταν δε σύμφωνα με τ' ανωτέρω η απάντηση “ΝΑΙ” ή “ΟΧΙ”. Οι νόμιμοι εκπρόσωποι της παρεμβαίνουσας, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, υπογράφοντας ψηφιακά το έντυπο υπό ημερομηνία 24.5.2019, απήντησαν “ΟΧΙ” [και -αυτονοήτως- δεν εξέθεσαν ακολούθως ούτε πληροφορίες σχετικά με τη συμπεριφορά τους, η οποία είχε αξιολογηθεί με την 644/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ούτε μέτρα που τυχόν έλαβαν, αλλά ούτε και ανέφεραν ή προσεκόμισαν στοιχεία, από τα οποία ν' απεδεικνύετο, ότι παρά ταύτα διασφαλίζεται η αξιοπιστία τους- βλ. 22.Α.7 της διακηρύξεως, άρ. 73 παρ. 7 ν. 4412/2016]. Συνεπώς, τα μέλη της παρεμβαίνουσας, απαντώντας αρνητικά στο ως άνω ερώτημα του ΤΕΥΔ, απέκρουσαν πληροφορία που απαιτείτο για την εξακρίβωση της απουσίας νόμιμου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, κατά παράβαση της περιπτώσεως (ζ) του άρ. 22.Α.4 της διακηρύξεως [άρ. 73 παρ. 4 περ. (ζ) ν.

4412 και άρ. 57 παρ. 4 περ. (η) της Οδηγίας], συμπληρώνοντας ως εκ τούτου πλημμελώς το ΤΕΥΔ, πλημμέλεια, δε που δεν δύναται να θεραπευτεί εκ των υστέρων, κατόπιν υποβολής σχετικού διευκρινιστικού ερωτήματος κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016, καθώς τούτο εκφεύγει του κανονιστικού πλαισίου εφαρμογής της επίμαχης διάταξης. Επομένως, ο αναθέτων φορέας, για τον ανωτέρω λόγο, όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Ως αβάσιμοι, δε, θα πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί μη υποχρέωσης καταφατικής δήλωσης στο επίμαχο πεδίο του ΤΕΥΔ περί σύναψης συμφωνιών, καθώς αμφισβητεί το περιεχόμενο της ανωτέρω απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά της οποίας μάλιστα έχει ασκήσει και προσφυγή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, και τούτο διότι αφενός η επίμαχη πρόβλεψη της διακήρυξης απαιτεί απλά επαρκώς εύλογες ενδείξεις, οι οποίες ευχερώς και σαφώς συνάγονται από την ανωτέρω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, και όχι ειδικά την επιβολή προστίμου το οποίο μάλιστα να έχει καταστεί τελεσίδικο, αφετέρου διότι η ισχύς της επίμαχης απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν έχει ανασταλεί και συνεχίζει να αναπτύσσει τα έννομα αποτελέσματά της παρά την αμφισβήτησή της από την παρεμβαίνουσα με την άσκηση προσφυγής κατά αυτής.

47. Επειδή, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και του αναθέτοντος φορέα, σύμφωνα με τους οποίους η κατά τον νόμο και την διακήρυξη έννοια των «συμφωνιών», τις οποίες ο οικονομικός φορέας συνήψε με άλλους οικονομικούς φορείς «με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», δεν καταλαμβάνει τέτοιες συμφωνίες, συναφθείσες κατά το παρελθόν, στο πλαίσιο διαδικασιών αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, διαφορετικών από την εν προκειμένω ευρισκομένη σε εξέλιξη, αντιθέτως, η διάταξη του άρ. 73 παρ. 4 περ. (γ) ν. 4412 αφορά και αναφέρεται αποκλειστικά στην διαδικασία αναθέσεως, για την οποία προσφεύγει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας (επικαλούμενος, προφανώς, την παράβαση της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού από άλλους συνδιαγωνιζομένους του), εν προκειμένω, δε, η προσφεύγουσα δεν επικαλέσθηκε, ότι συνήφθη από την παρεμβαίνουσα

συμφωνία με άλλους οικονομικούς φορείς, αποβλέπουσα στην στρέβλωση του ανταγωνισμού που αναπτύχθηκε με την επίμαχη προκήρυξη, θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι. Και τούτο διότι, όπως συνάγεται από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία (βλ. ιδίως σκ. 101 και 102 του προοιμίου της) όσο και ο νόμος 4412/2016 και η προαναφερθείσα διακήρυξη αποσκοπούν ν' αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας. Η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του οικονομικού φορέα προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με την σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού. Για τον λόγο, άλλωστε, αυτόν παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η εξουσία να στηριχθεί όχι μόνο σε διαπιστώσεις σχετικά με την συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, αλλά και σε "επαρκώς εύλογες ενδείξεις", οι οποίες οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο εν λόγω φορέας συνήψε τέτοιες συμφωνίες στο παρελθόν. Η ερμηνεία αυτή προκύπτει, άλλωστε, σαφώς και από την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 24.10.2018 επί της υποθέσεως C-124/17, (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke München GmbH), η οποία, εφ' όσον επέλυσε το ζήτημα του χρονικού σημείου ενάρξεως της προβλεπομένης από το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 56 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24 προθεσμίας (χρόνος εκδόσεως της σχετικής αποφάσεως της αρμοδίας Αρχής και όχι χρόνος συντελέσεως της παραβάσεως), έχει προδήλως δεχθεί, εν όψει του πραγματικού εκείνης της υποθέσεως το λογικώς προαπαιτούμενο, ότι δηλαδή το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επίμαχης διαδικασίας αναθέσεως και ασυνδέτως προς αυτήν. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποίαν το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού που έχουν συναφθεί αποκλειστικά στο πλαίσιο του εκάστοτε τρέχοντος διαγωνισμού, υπολαμβάνει το άτοπο, ότι δηλαδή ο υποβάλλων προσφορά για συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας καλείται να παραδεχθεί

Αριθμός απόφασης: 969/2019

ταυτόχρονα, ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού του από την συγκεκριμένη διαδικασία, και δη λόγος ανεπίδεκτος θεραπείας, αφού δεν νοείται στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής η εκ μέρους του φορέα επίκληση των προβλεπόμενων από το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24 (παράγραφοι 7 και 6, πρώτα εδάφια) περιστάσεων άρσεως του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού (λ.χ. λήψη μέτρων αυτοκαθάρσεως, πάροδος τριετίας κ.λπ.) (βλ. ΕΑ ΣτΕ 40/2019).

48. Επειδή περαιτέρω, ως αόριστοι και αναπόδεικτοι θα πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ερειδόμενοι στην απόφαση ANM 17/17-5-2019 του Διοικητικού Εφετείου Λάρισας, καθώς αυτή δεν έχει δημοσιευτεί και σε κάθε περίπτωση ως απαράδεκτοι, λόγω της αυτοτέλειας εκάστης διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 3280/2007, ΕΑ 769/2011, 1239/2010), αφού οι ισχυρισμοί της αφορούν διαφορά της με την προσφεύγουσα που ανέκυψε στα πλαίσια έτερου διαγωνισμού. Συνεπώς ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

49. Επειδή η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών της προσφεύγουσας για την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας παρά το γεγονός ότι απάντησε αρνητικά και στο οικείο πεδίο του ΤΕΥΔ που αφορά την τέλεση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματός της, παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η ανωτέρω πλημμέλεια της προσβαλλόμενης παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 818/2018, σκ. 62 και ΑΕΠΠ 839/2018, σκ. 53).

50.Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

51.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

52.Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

53.Επειδή, ύστερα από τη σκέψη 51 της παρούσας, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμό 237/13.6.2019 απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα (από το πρακτικό της με αριθμό 16/2019 συνεδρίασης του Διοικητικού του Συμβουλίου) με θέμα: «ΕΓΚΡΙΣΗ 1^{ΟΥ} ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟ «ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΟΙΚ. ΑΓ. ΣΥΛΛΑ», κατά το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού τεσσάρων χιλιάδων πεντακοσίων είκοσι πέντε (4.525) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Αυγούστου 2019 και εκδόθηκε στις 2 Σεπτεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΛΙΑΚΑΤΣΙΔΑΣ