

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 31.07.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται : α) στην από 23.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 968/24.07.2020 της ένωσης εταιριών με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης και β) στην από 23.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 969/24.07.2020 της εταιρίας «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ***** και της με αριθ. 3762/10.07.2020 απόφασης του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν ματαιώνεται η διενεργούμενη διαγωνιστική διαδικασία λόγω αποκλεισμού όλων των συμμετεχόντων από αυτήν και παραπέμπεται η υπόθεση στο Τεχνικό Συμβούλιο της ***** προκειμένου να γνωμοδοτήσει περί της κατάπτωσης ή μη των εγγυητικών επιστολών των ως άνω προσφευγουσών.

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

2. Επειδή, η ***** προκήρυξε με την υπ' αριθ. *****/2018 Διακήρυξη δημόσιο, ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΗΛΕΚΤΡΟΚΙΝΗΣΗΣ, ΣΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗΣ – ΤΗΛΕΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΚΑΙ ETCS L1 ΤΗΣ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΗΣ ΜΟΝΗΣ ΣΙΔΗΡΟΔΡΟΜΙΚΗΣ ΓΡΑΜΜΗΣ ΠΑΛΑΙΟΦΑΡΣΑΛΟΣ – ΚΑΛΑΜΠΑΚΑ», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει μόνο τιμής (χαμηλότερη τιμή), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 43.684.474,77 €, χωρίς ΦΠΑ και χωρίς αναθεώρηση. Καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών είχε οριστεί η 11^η Οκτωβρίου 2018. Η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 18.08.2018, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 31.08.2018 και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 31.08.2018, όπου έλαβε τον αριθμό συστήματος :****. Στον διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα ένωση και άλλοι τρεις (3) φορείς, δηλαδή η ανώνυμη εταιρία «*****», η ανώνυμη εταιρία «*****» και η κοινοπραξία «*****». Κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, με την αρ. πρωτ. εξ. 12969/20.11.2018 και υπ' αρ. 3564 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, εγκρίθηκε το 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της ένωσης και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος η δεύτερη προσφεύγουσα ανώνυμη εταιρία «*****», η δε πρώτη προσφεύγουσα ένωση κατατάχθηκε τρίτη στη σειρά μειοδοσίας. Εν συνεχεία, εκδόθηκε η με αριθ. 3636/02.07.2019 απόφαση της ***** με την οποία κρίθηκε ότι, πριν την έγκριση του 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και την κατακύρωση του αποτελέσματος αυτού, θα πρέπει να κληθεί η προσωρινή ανάδοχος εταιρία, δεύτερη προσφεύγουσα, να αποδείξει ότι έλαβε επανορθωτικά μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία της, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού της περ. γ' παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Στη συνέχεια, με αφορμή τη με αρ. 754/2020 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ), η οποία αφορά άλλον διαγωνισμό του ίδιου αναθέτοντος φορέα, με τη με αρ. πρωτ. εξ. 5182/20/29.06.2020 και με αρ. 3756 απόφασή του, το Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα έκρινε, μεταξύ άλλων: «Την εν μέρει ανάκληση της υπ' αριθμόν 3564/20-11-2018 αποφάσεως του Δ.Σ., με την

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και συγκεκριμένως την ανάκληση αυτού ως προς τις παραγράφους 12-14 και 18-20» και «Την αναπομπή στην Επιτροπή Διαγωνισμού, μετά την ανάκληση των ανωτέρω αποφάσεων του Δ.Σ., του 1ου Πρακτικού αυτής, προκειμένου αυτό να ανασυνταχθεί, αφού ελεγχθούν τα υποβληθέντα υπό των οικονομικών φορέων Ευρωπαϊκά Έντυπα Εγγράφου Προμήθειας (άλλως Σύμβασης) (ΕΕΕΠ ή ΕΕΕΣ), ως προς το τιθέμενο σε αυτά ερώτημα [Μέρος ΙΙΙ (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»], κατά τα οριζόμενα στην Διακήρυξη και τον Ν.4412/2016 και αφού λάβει υπ' όψιν της τα γενόμενα σχετικώς δεκτά με την υπ' αριθμόν 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ και εν συνεχεία να διαβιβάσει το ανασυνταχθέν, κατά τα ανωτέρω, 1ο πρακτικό της στο Διοικητικό Συμβούλιο προς λήψη της σχετικής αποφάσεως...». Ακολούθησε η προσβαλλόμενη με αριθ. 3762/10.07.2020 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα όπου αποφασίστηκε η απόρριψη των προσφορών όλων των συμμετεχόντων και δη των δύο ως άνω προσφευγουσών διότι κατά τον επανέλεγχο των υποβληθέντων ΕΕΕΣ διαπιστώθηκε ότι στο ερώτημα που τίθεται στα υποβληθέντα από 9.10.2018 και 10.10.2018 ΕΕΕΣ <<Μέρος ΙΙΙ (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»>>, η απάντηση-δήλωσή τους ήταν «ΟΧΙ», παρά το γεγονός ότι, όπως προκύπτει από τις υπ' αριθμ. 642/2017 και 647/2017 αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, [εκ των οποίων η μεν πρώτη (αφορώσα στην εταιρεία «*****») εκδόθηκε την 10-03-2017 και δημοσιεύθηκε την 08-09-2017 στο υπ' αριθμόν 3104, τεύχος Β', ΦΕΚ, η δε δεύτερη (αφορώσα στην εταιρεία «*****») εκδόθηκε την 04-07-2017 και δημοσιεύθηκε την 20-03-2019 στο υπ' αριθμόν 939, τεύχος

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

Β', ΦΕΚ], η Επιτροπή Ανταγωνισμού διαπίστωσε ομόφωνα, ότι οι ανωτέρω εταιρείες συμμετείχαν σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγοράς και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων. Περαιτέρω, με την προσβαλλόμενη αποφασίστηκε η ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού λόγω αποκλεισμού των προσφορών όλων των διαγωνιζομένων..

3. Επειδή, για την άσκηση αμφότερων των Προσφυγών έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ήτοι : α) ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό*****, ποσού 15.000,00 ευρώ, β) ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό*****, ποσού 15.000,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 43.684.474,77 €, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, αμφοτέρες οι Προσφυγές έχουν κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 13.07.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και αμφοτέρες οι Προσφυγές ασκήθηκαν στις 23.07.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

6. Επειδή, αμφοτέρες οι προσφεύγουσες θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον τους για την άσκηση των υπό κρίση Προσφυγών, με περαιτέρω αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, στο γεγονός ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίπτονται οι προσφορές τους.

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

9. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

10. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

11. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

12. Επειδή, με την με ΓΑΚ 968/2020 Προσφυγή της η πρώτη προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης με αριθ. 3762/10.07.2020 απόφασης απόφασης, κατά το μέρος που αφορά την απόρριψη της προσφοράς της, ισχυριζόμενη τα εξής : Με τον πρώτο λόγο προσφυγής της, η πρώτη προσφεύγουσα βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της, υποστηρίζοντας με το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου ότι οι κρίσεις της απόφασης του ΣΤΕ 754/2020 δεν δεσμεύουν τον αναθέτοντα φορέα ως προς τον παρόντα διαγωνισμό και πάντως δεν είναι ορθές. Ειδικώς, η πρώτη

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, εφόσον, κατά τα κριθέντα στην C-124/2017 απόφαση του ΔΕΕ, κρίσιμο «γεγονός» για την έναρξη της περιόδου των τριών ετών του άρθρου 57, παρ. 7, της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ είναι η απόφαση της οικείας επιτροπής ανταγωνισμού με την οποία διαπιστώνεται «η ύπαρξη συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού», πρέπει να γίνει δεκτό πως, όταν ο επίμαχος οικονομικός φορέας δεν έχει συνομολογήσει την ύπαρξη των παραπάνω συμπεριφορών, αλλά, αντιθέτως, μάλιστα, επιχειρηματολογεί, ενώπιον της οικείας επιτροπής ανταγωνισμού, ως προς την ορθότητα και νομιμότητα της συμπεριφοράς του, η υποχρέωση να δηλώνει στην οικεία αναθέτουσα αρχή την ύπαρξη των παραπάνω συμπεριφορών εκκινεί μετά την τελείωση της πράξης της οικείας επιτροπής ανταγωνισμού, διότι «...η ύπαρξη συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη μόνο μετά την έκδοση τέτοιας αποφάσεως, με την οποία τα πραγματικά περιστατικά χαρακτηρίζονται νομικώς ως παραβατική συμπεριφορά...». Μάλιστα, η εν λόγω ερμηνεία είναι η μόνη σύμφωνη με την αρχή της ασφάλειας δικαίου. Πιο συγκεκριμένα, εάν ο οικονομικός φορέας όφειλε να προβαίνει σε σχετικές δηλώσεις στο ΕΕΕΣ ακόμη και πριν από τη δημοσίευση της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η τριετής «παραγραφή» του άρθρου 73, παρ. 10, του Ν. 4412/2016, η οποία εκκινεί από τη δημοσίευση της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (βλ. την προαναφερθείσα από 24.10.2018 απόφαση του ΔΕΕ, στην υπόθεση C- 124/17, Vossloh Laeis), θα επιμηκυνόταν για άδηλο χρονικό διάστημα, το οποίο, μάλιστα, θα ήταν εξαρτημένο από γεγονότα εκτός της σφαίρας επιρροής του οικονομικού φορέα (λ.χ. από τον χρόνο που θα απαιτούνταν για να αποφανθεί η Επιτροπή Ανταγωνισμού). Εξάλλου, κατά την πρώτη προσφεύγουσα, αφενός μεν, η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού με την οποία διαπιστώνεται η ύπαρξη συμπεριφοράς περιοριστικής του ανταγωνισμού αποτελεί ατομική πράξη δημοσιευτέα κατά τον νόμο και, συνεπώς, η πράξη αυτή τελειούται από και δια της δημοσίευσής της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως και, αφετέρου, μέχρι τη δημοσίευση της εν λόγω απόφασης, οικονομικός φορέας ο οποίος δεν έχει συνομολογήσει τις σχετικές παραβάσεις ενώπιον της Επιτροπής

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

Ανταγωνισμού δεν είναι υποχρεωμένος να δηλώνει τα σχετικά πραγματικά περιστατικά όταν συμμετέχει σε δημόσιους διαγωνισμούς, περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 237/2019. Πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ Ολ. 72/2020, σκ. 27). Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η επίμαχη με αρ. 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Β' 939/20.03.2019, το οποίο, μάλιστα, κυκλοφόρησε πραγματικά μόλις στις 21.03.2019. Εξάλλου, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, η προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας υποβλήθηκε στις 10.10.2018. Συνεπώς, όπως κρίθηκε ad hoc και ρητώς στην απόφαση ΣΤΕ ΕΑ 237/2019, η εταιρία ***** ουδόλως είχε υποχρέωση να δηλώσει, με το από 09.10.2018 ΕΕΕΣ της, τα γεγονότα τα οποία κρίθηκαν ως παραβατική συμπεριφορά, με την προαναφερθείσα με αρ. 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Συνεπώς, η με αρ. 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού ουδόλως μπορεί να αποτελέσει έρεισμα απόρριψης της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας ένωσης. Βεβαίως, μετά την απόφαση ΣΤΕ ΕΑ 237/2019 εκδόθηκε, για τον ίδιο διαγωνισμό, σε επίπεδο οριστικής δικαστικής προστασίας, η απόφαση ΣΤΕ 754/2020, με την οποία κρίθηκε ότι «...η παρεμβαίνουσα ένωση εταιρειών αλυσιτελώς, σε κάθε περίπτωση, προέβαλε τον ισχυρισμό ότι η 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (20.3.2019) μετά τον χρόνο υποβολής των προσφορών (9.2.2018), λαμβανομένου υπόψη ότι κατά τον χρόνο αυτόν ήταν πάντως εκκρεμής η εναντίον της διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού και η ίδια όφειλε να δηλώσει με το ΕΕΕΣ τη σχετική κατάστασή της...». Ωστόσο, τα εν λόγω κριθέντα με τη με αρ. 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ δεν είναι δεσμευτικά για τον Αναθέτοντα Φορέα ως προς τον παρόντα Διαγωνισμό και, πάντως, δεν είναι ορθά. Καταρχάς, η απόφαση ΣΤΕ 754/2020 δεν αφορά τον παρόντα διαγωνισμό, αλλά άλλον διαγωνισμό του ίδιου Αναθέτοντος Φορέα. Ως εκ τούτου, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, στον παρόντα Διαγωνισμό, ο αναθέτων φορέας δεν έχει υποχρέωση συμμόρφωσης προς την παραπάνω απόφαση. Επιπλέον, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τόσο από τη Διακήρυξη, όσο και

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

από τον Ν. 4412/2016 δεν προέκυπτε -τουλάχιστον με την προσήκουσα σαφήνεια- ότι η «*****», μέλος της ένωσης, στο ερώτημα εάν η εν λόγω εταιρία είχε «συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», όφειλε να είχε δηλώσει ότι υπήρχε, κατά τον χρόνο σύνταξης του ΕΕΕΣ, εκκρεμής εναντίον της διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Άλλωστε, οι κρίσεις της απόφασης ΣτΕ 754/2020 όχι μόνο δεν είναι σύμφωνες με την προαναφερθείσα νομολογία του ΔΕΕ, αλλά έχουν ήδη, κατ' ουσίαν, αποδοκιμαστεί από τη μεταγενέστερη με αρ. 72/2020 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας. Η πρώτη προσφεύγουσα, αναφερόμενη στην σκέψη 27 της απόφασης ΣτΕ ΕΑ Ολ 72/2020, υποστηρίζει ότι προκύπτει σαφώς ότι μόνο κρίσιμο στοιχείο για να θεμελιωθεί υποχρέωση του διαγωνιζόμενου να προβεί σε σχετική θετική δήλωση, ως προς το ερώτημα εάν έχει «συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», είναι η ύπαρξη σχετικής απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, εφόσον, κατ' ουσίαν, κρίθηκε ότι πρέπει, καταρχήν, να υφίσταται μία τέτοια απόφαση που να αποδίδει και, μάλιστα, «ρητώς» στον διαγωνιζόμενο παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού. Πρέπει δε να σημειωθεί, επίσης, ότι όλα τα παραπάνω σημεία της σκέψης 27 της απόφασης ΣτΕ ΕΑ Ολ. 72/2020 αφορούν διαδικασία διευθέτησης, ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος φορέας είχε καταρχήν δηλώσει ότι τίθεται ζήτημα παράβασης του δικαίου του ανταγωνισμού. Συνεπώς, οι κρίσεις που περιλαμβάνονται στα παραπάνω σημεία ισχύουν πολλώ μάλλον στην περίπτωση ενδιαφερόμενου φορέα που, όπως εν προκειμένω, κατά τον κρίσιμο χρόνο, αρνείται τη σχετική εισήγηση και υπεραμύνεται, ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ότι δεν έχει προβεί σε καμία παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού. Συνεπώς, μη νομίμως ο αναθέτων φορέας, κατ' ουσίαν, εφαρμόζει τις κρίσεις της απόφασης ΣτΕ 754/2020 και επί του παρόντος Διαγωνισμού, εφόσον, κατά τα προαναφερθέντα, σε κάθε περίπτωση, οι κρίσεις αυτές δεν είναι ορθές. Με το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου προσφυγής, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι σε κάθε περίπτωση ο αναθέτων φορέας θα έπρεπε να την

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

καλέσει προς διόρθωση της προσφοράς της και υποβολή σχετικών μέτρων απόδειξης της αξιοπιστίας της. Κατ'επίκληση της σχετικής νομοθεσίας, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι όταν μία αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού, ο αποκλεισμός αυτός δεν είναι αυτόματος, αλλά πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να δίδεται η δυνατότητα στον διαγωνιζόμενο να μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να καταδείξουν την αξιοπιστία του, καίτοι μπορεί να συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Περαιτέρω, όταν ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού δεν προκύπτει ρητώς ούτε από τα έγγραφα του διαγωνισμού ούτε από την εθνική νομοθεσία, αλλά από ερμηνεία της νομοθεσίας αυτής και από τη συμπλήρωση των κενών των εν λόγω εγγράφων εκ μέρους του εθνικού δικαστηρίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να διορθώσει καταλλήλως τη σχετική προσφορά του, ακόμα και εάν αυτή η διόρθωση συνεπάγεται επανυποβολή δικαιολογητικών, όπως είναι το ΕΕΕΣ. Η παραπάνω υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής ισχύει πολλώ μάλλον στις περιπτώσεις κατά τις οποίες α) η ίδια η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικώς ερμηνεύσει τα έγγραφα της σύμβασης και την εθνική νομοθεσία, όπως την ερμήνευσε και την εφάρμ***** ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος και β) ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού προέκυψε από μια μεταστροφή της νομολογίας των δικαστηρίων η οποία, μάλιστα, διαψεύσθηκε από μεταγενέστερες δικαστικές αποφάσεις. Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή, ακόμα και εάν γίνει δεκτό ότι δεν υποχρεούται να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να διορθώσει καταλλήλως τη σχετική προσφορά του, ακόμα και εάν αυτή η διόρθωση συνεπάγεται επανυποβολή δικαιολογητικών, όπως είναι το ΕΕΕΣ (quod non), υποχρεούται τουλάχιστον να τον καλέσει να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι, παρότι τελικώς κρίθηκε πως συντρέχει σχετικός λόγος αποκλεισμού, το γεγονός αυτό δεν αίρει την αξιοπιστία του. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τόσο από τη Διακήρυξη, όσο και από τον Ν. 4412/2016 δεν προέκυπτε -τουλάχιστον με την προσήκουσα σαφήνεια- ότι η ***** , μέλος της ένωσής μας, στο ερώτημα εάν η εν λόγω εταιρία είχε «συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», όφειλε να είχε δηλώσει ότι υπήρχε, κατά τον χρόνο σύνταξης του ΕΕΕΣ, εκκρεμής εναντίον της διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Τούτο επιβεβαιώνεται δε τόσο από το γεγονός ότι ο ίδιος ο Αναθέτων Φορέας έκρινε, με τη με αρ. πρωτ. εξ. 12969/20.11.2018 και με αρ. 3564 απόφαση του ΔΣ του, πως δεν απαιτείτο μία τέτοια δήλωση, όσο και από το γεγονός ότι, αφενός, μέχρι την έκδοση της απόφασης ΣΤΕ 754/2020, ούτε η ίδια η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ή άλλου δικαστηρίου ή της ΑΕΠΠ επέβαλε μία τέτοια δήλωση (βλ., ιδίως, την απόφαση ΣΤΕ ΕΑ 237/2019) και, αφετέρου, το ίδιο το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει εκδώσει μεταγενέστερη απόφαση (ΣΤΕ ΕΑ Ολ. 72/2020) από την οποία συνάγεται ότι δεν απαιτείτο η ως άνω δήλωση. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς της πρώτης προσφεύγουσας, ο αναθέτων φορέας, ακόμη και εάν τελικά υιοθέτησε τη -μη δεσμευτική και, πάντως, εσφαλμένη (βλ. παραπάνω, σημεία 9 ως και 24)- ερμηνεία της Διακήρυξης που προκύπτει από την απόφαση ΣΤΕ 754/2020, όφειλε, πάντως, αντί να εφαρμόσει την εν λόγω απόφαση και στον παρόντα Διαγωνισμό, να καλέσει την πρώτη προσφεύγουσα ένωση να διορθώσει την προσφορά της, δηλαδή να υποβάλει, εκ νέου, διορθωμένο -βάσει των κριθέντων με την απόφαση ΣΤΕ 754/2020- ΕΕΕΣ, και, πάντως, να καλέσει την ένωση να υποβάλει σχετικά στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται ότι αυτή παραμένει αξιόπιστη, ακόμα και υπό την εκδοχή ότι προέβη σε ελλιπή σχετική δήλωση στο ΕΕΕΣ. Τούτο επιβάλλεται πολλώ μάλλον, εφόσον, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η ένωση έχει ήδη οικειοθελώς ενημερώσει τον Αναθέτοντα Φορέα ως προς τη με αρ. 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, και έχει ήδη παραθέσει αποδεικτικά στοιχεία για την αξιοπιστία της, ως προς το σχετικό ζήτημα της σύναψης συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (βλ. την από 31.10.2019 δήλωση). Με το τρίτο σκέλος του πρώτου λόγου προσφυγής, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο αναθέτων φορέας παραβίασε το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται η πρώτη προσφεύγουσα ότι όταν, ενόψει της αιτιολογίας της ανακλητικής απόφασης ενός αναθέτοντος φορέα, αποδίδεται, εν

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

ευρεία εννοία, στον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα δόλος ή, πάντως, υπαίτια οιοδήποτε βαθμού εν γένει συμπεριφορά, πριν από την έκδοση της ανακλητικής απόφασης, ο εν λόγω οικονομικός φορέας πρέπει να κληθεί προς προηγούμενη ακρόαση. Σημειωτέον ότι, δυνάμει του άρθρου 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999), ο Αναθέτων Φορέας, ως θυγατρική εταιρία του *****, ο οποίος ανήκει στο Ελληνικό Δημόσιο, και ως ΔΕΚΟ, υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 του ίδιου ως άνω Κώδικα. Εν προκειμένω, όπως προαναφέρθηκε, από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης προκύπτει ότι η απόρριψη της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας έλαβε χώρα, με το σκεπτικό ότι η *****, μέλος της ένωσης, είχε υποβάλει ακριβές ή μη ΕΕΕΣ, ως προς το ζήτημα εάν η εν λόγω εταιρία είχε «συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού». Το ζήτημα, όμως, αυτό προφανώς συνδέεται με την υποκειμενική συμπεριφορά της *****. Συνεπώς, κατά τα προαναφερθέντα, ο αναθέτων φορέας όφειλε, πριν εκδώσει την προσβαλλόμενη απόφασή του, να την καλέσει προς προηγούμενη ακρόαση. Ενόψει των παραπάνω, η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί. Εξάλλου, ο παρών λόγος παρίσταται λυσιτελής, σε κάθε περίπτωση, εφόσον αμφισβητείται το πραγματικό της παρούσας υπόθεσης. Άλλωστε, εάν ο αναθέτων φορέας είχε καλέσει προς προηγούμενη ακρόαση την πρώτη προσφεύγουσα, αυτή θα είχε εκφράσει, ενώπιόν του, όλα όσα προβάλλει με την παρούσα και, ιδίως, ότι α) με την προαναφερθείσα αιτιολογία δεν είναι νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της ένωσης και β) ενόψει των προαναφερθεισών ιδιαίτερων περιστάσεων του συγκεκριμένου Διαγωνισμού, δεν μπορεί να αποδοθεί στην ένωση ουδείς λόγος αποκλεισμού, προεχόντως διότι η ***** συμπλήρωσε ορθά το υποβληθέν ΕΕΕΣ. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η πρώτη προσφεύγουσα βάλλει κατά της κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της, υποστηρίζοντας κατ' αρχήν ότι ο Διαγωνισμός εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και, ιδίως, των άρθρων 345 επ. του νόμου αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου, η προσβαλλόμενη απόφαση κατάπτωσης του αναθέτοντος φορέα αφορά την κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής της ένωσης, ενόψει της

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

απόρριψης της προσφοράς που είχε υποβάλει στο διαγωνισμό και ως τέτοια παραδεκτώσ προσβάλλεται ενώπιον της ΑΕΠΠ. Η πρώτη προσφεύγουσα, αναφερόμενη ειδικά στις διατάξεις των άρθρων 103, 302 και 72 του ν. 4412/2016, υποστηρίζει επιπλέον ότι 49.1. Οι περιπτώσεις κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής που προβλέπονται στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 δεν ταυτίζονται, ούτε έχουν ίδιο περιεχόμενο, με τις περιπτώσεις κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής που προβλέπονται στο άρθρο 302 του Ν. 4412/2016. Το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 δεν εφαρμόζεται, μεταξύ άλλων, ανεξαρτήτως του σταδίου του διαγωνισμού, σε «...περίπτωση όπου η τυχόν συνδρομή λόγου αποκλεισμού δεν προκύψει από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή το ανακριβές ή ψευδές της τυχόν δηλώσεως σε ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ δεν προκύψει κατά τη διασταύρωση της οικείας δηλώσεως με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης...» (βλ. προαναφερθείσα ΑΕΠΠ 588/2018, σκ. 8, και ΑΕΠΠ 589/2018, 225/2020). Το άρθρο 302 του Ν. 4412/2016 προβλέπει, ως αυτοτελή βάση κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής, την περίπτωση κατά την οποία ο προσφέρων παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 77 του Ν. 4412/2016, στα οποία παραπέμπουν τα άρθρα 304 και 305 του Ν. 4412/2016. Η περίπτωση, όμως, αυτή δεν αρκείται σε παροχή ανακριβών στοιχείων, αλλά προϋποθέτει ο προσφέρων να «...παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού...» (βλ. προαναφερθείσα ΑΕΠΠ 588/2018, σκ. 9, και ΑΕΠΠ 589/2018, 225/2020). Με άλλα λόγια, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής καταπίπτει μόνον εάν ο διαγωνιζόμενος παράσχει ψευδή στοιχεία ή ψευδείς πληροφορίες, αναφορικά με τις προϋποθέσεις συμμετοχής του στον διαγωνισμό. Συναφώς, δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος απλώς παρείχε εσφαλμένως τα εν λόγω στοιχεία ή πληροφορίες, είτε διότι δεν τα γνώριζε ορθά, είτε διότι είχε διαφορετική νομική ή/και πραγματική αντίληψη επ' αυτών. Με άλλα λόγια, εάν η παροχή των εσφαλμένων πληροφοριών οφείλεται λ.χ. ακόμα σε αμέλεια του διαγωνιζόμενου, παρότι αυτός προφανώς αποκλείεται από τον διαγωνισμό, δεν

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

συντρέχει περίπτωση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. Το παραπάνω συμπέρασμα ισχύει, πολλώ δε μάλλον, σε περιπτώσεις κατά τις οποίες: α) η ίδια η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικώς ερμηνεύσει τα έγγραφα της σύμβασης και την εθνική νομοθεσία, όπως την ερμήνευσε και την εφάρμ***** ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος και β) το επίμαχο σφάλμα προέκυψε από μια μεταστροφή της νομολογίας των δικαστηρίων η οποία, μάλιστα, διαψεύσθηκε από μεταγενέστερες δικαστικές αποφάσεις. Εν προκειμένω, από το σύνολο των στοιχείων της υπόθεσης και, ιδίως, από το σώμα και τον φάκελο των προσβαλλόμενων αποφάσεων προκύπτουν, τα ακόλουθα: 1. Η συνδρομή του λόγου αποκλεισμού, ενόψει του οποίου εκδόθηκε η με αρ. πρωτ. εξ. 5651/20/10.07.2020 και με αρ. 3762 προσβαλλόμενη απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα και, τελικώς, απορρίφθηκε η προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας ένωσης, δεν προέκυψε από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ούτε το (όποιο δήθεν) σφάλμα της σχετικής απάντησης στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ προέκυψε κατά τη διασταύρωση της εν λόγω απάντησης με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υποβάλαμε σχετικά. Τούτο, άλλωστε, είναι λογικό, διότι, ως προς το κρίσιμο ζήτημα, ως «δικαιολογητικό κατακύρωσης» προβλέπεται απλώς η υποβολή νέας υπεύθυνης δήλωσης (βλ. το άρθρο 23.3, περ. ε, της Διακήρυξης), δηλαδή, απλά η επανάληψη του ΕΕΕΣ. Είναι χαρακτηριστικό ότι με τις προαναφερθείσες αποφάσεις του Αναθέτοντος Φορέα, κατ' ουσίαν, ο Διαγωνισμός «επέστρεψε» στο στάδιο του ελέγχου των τυπικών δικαιολογητικών της προσφορά, εφόσον «ανασυντάχθηκε» και εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού. Συνεπώς, το (όποιο δήθεν) σφάλμα της σχετικής απάντησης στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της ***** δεν προέκυψε κατά τη διασταύρωση του ΕΕΕΣ με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, αλλά προϋπήρχε αυτών και ήταν ανεξάρτητο από αυτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Ενόψει τούτων, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, ανεξαρτήτως του σταδίου στο οποίο βρίσκεται ο Διαγωνισμός, η περίπτωση κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής του άρθρου 103, παρ. 3, του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 4.2 δ (και προφανώς του άρθρου 4.2 ε) της Διακήρυξης δεν εφαρμόζεται, εν προκειμένω. Συνεπώς, μη

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

νομίμως βασίζεται στην εν λόγω νομική βάση η προσβαλλόμενη απόφαση του Αναθέτοντος Φορέα. 2. Εφόσον, η περίπτωση κατά την οποία ο προσφέρων παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 304 και 305 του Ν. 4412/2016, ως αυτοτελής βάση κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής (βλ. το άρθρο 302 του Ν. 4412/2016), δεν ισχύει για τον Διαγωνισμό, καθώς δεν προβλέπεται στη Διακήρυξη αυτού, δεν υπάρχει κάποια νόμιμη βάση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας και, συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση του Αναθέτοντος Φορέα είναι μη νόμιμη. Τέλος, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εν προκειμένω, από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης κατάπτωσης προκύπτει ότι αυτή έλαβε χώρα, λόγω «ψευδούς-ανακριβούς δηλώσεως δια του ΕΕΕΣ», ως προς το ζήτημα εάν η εν λόγω εταιρία είχε «συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού». Το ζήτημα, όμως, αυτό προφανώς συνδέεται με την υποκειμενική συμπεριφορά της *****. Συνεπώς, κατά τα προαναφερθέντα, ο Αναθέτων Φορέας όφειλε, πριν εκδώσει την προσβαλλόμενη απόφασή του, να καλέσει την πρώτη προσφεύγουσα προσηκόντως προς προηγούμενη ακρόαση. Και ναι μεν με το με αρ. πρωτ. οικ. 5896/20/14.07.2020 έγγραφο του Προέδρου του ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα, κλήθηκε η πρώτη προσφεύγουσα ένωση να προσέλθει στα γραφεία του και να εκθέσει τις απόψεις της, διότι, μεταξύ των θεμάτων της Ημερήσιας Διάταξης που πρόκειται να συζητηθούν κατά την από 15.07.2020 συνεδρίαση του ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα, «...συμπεριλαμβάνονται δύο θέματα που άπτονται του ενδιαφέροντός [μας], δεδομένου ότι αφορούν στην λήψη απόφασης για την κατάπτωση, ή μη, των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής...», πλην, όμως, η εν λόγω κλήση δεν ήταν νόμιμη, ούτε προσήκουσα. Πράγματι, από την μία, κατά παράβαση του άρθρου 6, παρ. 2, του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η ακρόαση ορίστηκε για τις 15.07.2020, ωστόσο το με αρ. πρωτ. οικ. 5896/20/14.07.2020 έγγραφό του Αναθέτοντος Φορέα μας κοινοποιήθηκε μόλις την προηγούμενη ημέρα, ήτοι στις 14.07.2020 και ώρα 14.20, και όχι «...τουλάχιστον πέντε (5) πλήρεις ημέρες πριν από την ημέρα της ακρόασης...». Από την άλλη, ενώ, για την προσήκουσα άσκηση του

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

δικαιώματος ακρόασης εκ μέρους της ένωσής μας, απαιτείτο η λήψη γνώσης της γνώμης που διατυπώθηκε από το Τεχνικό Συμβούλιο του Αναθέτοντος Φορέα περί της κατάπτωσης ή μη των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής που κατατέθηκαν από την ένωση στο πλαίσιο του Διαγωνισμού, η γνώμη αυτή δεν της κοινοποιήθηκε, μαζί με την πρόσκληση προς ακρόαση. Μάλιστα, ενόψει αυτών, η ένωση αμέσως απέστειλε στον Αναθέτοντα Φορέα, το από 14.07.2020 αίτημα αναβολής και λήψης εγγράφων, όπου, επί τη βάσει των παραπάνω, ζητούσε, μεταξύ άλλων, την αναβολή της ακρόασης σε κατάλληλο χρόνο και τη λήψη γνώσης της προαναφερθείσας γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου του Αναθέτοντος Φορέα, πλην, όμως, το βάσιμο αυτό αίτημα, κατ' ουσίαν, απορρίφθηκε σιωπηρά με την προσβαλλόμενη απόφαση κατάπτωσης. Για όλους αυτούς τους λόγους, η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το ως άνω προσβαλλόμενο μέρος, σωρεύοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης, έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

13. Επειδή, με την με ΓΑΚ 969/2020 Προσφυγή της η δεύτερη προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης με αριθ. 3762/10.07.2020 απόφασης, κατά το μέρος που αφορά την απόρριψη της προσφοράς της, ισχυριζόμενη τα εξής : Με τον πρώτο λόγο προσφυγής της, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι παράνομος ο αποκλεισμός της λόγω εσφαλμένης ερμηνείας και εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 79 παρ. 1 εδ. δ' του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρου 235 παρ. 5 του ν. 4635/2019. Ειδικώς, η δεύτερη προσφεύγουσα, επικαλείται την διάταξη του εδ. δ' της παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή της με τη διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019 όπου ορίζεται ότι : «Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου» και την διάταξη του άρθρου 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011 όπου ορίζεται ότι : «Εφόσον συντρέχει: [...] β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης...». Κατά την δεύτερη προσφεύγουσα, από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει αβίαστα η πρόθεση του νομοθέτη να αποκλείσει κάθε ενδεχόμενο εταιρείες οι οποίες συμμετείχαν σε πρόγραμμα διευθέτησης διαφορών σχετικά με παραβάσεις του ανταγωνισμού να αποκλείονται από τη συμμετοχή τους σε διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Την πρόθεση δε αυτή την εξειδίκευσε διττά: Αφενός μεν με πλήρη εξάλειψη του αξιοποίνου, απαλλαγή από διοικητικές κυρώσεις και ρητή εξαίρεση από τον οικείο λόγο αποκλεισμού, αφετέρου με ειδική «αμνήστευση» των αρνητικών απαντήσεων που δόθηκαν στο ΕΕΕΣ σε διαγωνισμού η διεξαγωγή των οποίων δεν είχε λάβει χώρα μέχρι την θέσπιση της ανωτέρω διάταξης, ήτοι μέχρι 30.10.2019. Ως εκ τούτου, οικονομικός

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

φορέας ο οποίος έχει κατηγορηθεί για παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού και έχει υπαχθεί στη διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 δεν μπορεί πλέον εξ αυτού του λόγου να αποκλειστεί από δημόσιο διαγωνισμό. Περαιτέρω δε, οικονομικός φορέας του οποίου οι αρνητικές δηλώσεις στο ΕΕΕΣ για το ζήτημα αυτό αξιολογούνται κατά τη διεξαγωγή διαγωνισμού μετά την ισχύ της ανωτέρω διατάξεως δεν μπορεί ομοίως να αποκλειστεί για το λόγο αυτό από δημόσιο διαγωνισμό. Στην προκειμένη περίπτωση, με βάση τα ανωτέρω εκτεθέντα πραγματικά περιστατικά, με τη με αρ. 3756/29.6.2020 απόφαση του ΔΣ, η ***** ΑΕ αποφάσισε την ανάκληση του από 29.10.2018 1ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, δυνάμει του οποίου η τελευταία εισηγήθηκε την ανακήρυξη της δεύτερης προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου του υπό κρίση διαγωνισμού και την αναπομπή του στην Επιτροπή Διαγωνισμού, προκειμένου αυτό να ανασυνταχθεί, αφού ελεγχθούν τα υποβληθέντα υπό των οικονομικών φορέων Ευρωπαϊκά Έντυπα Εγγράφου Προμήθειας (άλλως Σύμβασης) (ΕΕΕΠ ή ΕΕΕΣ), ως προς το τιθέμενο σε αυτά ερώτημα [Μέρος ΙΙΙ (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»]. Σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 6.7.2020 Πρακτικό διεξαγωγής διαγωνισμού προέβη εκ νέου σε διεξαγωγή του υπό κρίση διαγωνισμού κατά το μέρος μόνο που αφορά στον έλεγχο του ΕΕΕΣ για το προαναφερθέν ερώτημα της στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Επί του ελέγχου αυτού απεφάνθη ότι «...Στο συγκεκριμένο ερώτημα, ο εν λόγω διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει «Όχι», παρόλο που σύμφωνα με την προαναφερόμενη υπ' αριθμόν 754/2020 Απόφαση του ΣΤΕ (παράγραφος 15), «ενώ κατά τις σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού (642/2017-Β' 3104/8.9.2017 και 647/2017-Β' 939/20.3.2019, αντίστοιχα) είχαν εμπλακεί σε συμπράξεις με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, είχαν δηλώσει ανακριβώς με τα υποβληθέντα κατά τον χρόνο

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

διεξαγωγής του διαγωνισμού ΕΕΕΣ», ήτοι στις 11-10- 2018. Συνεπώς, η εταιρεία ***** παραβίασε τον όρο 22.Α.4.(γ) της διακήρυξης και αποκλείεται από τον διαγωνισμό». Συνεπεία αυτού εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της προσφοράς της δεύτερης προσφεύγουσας, εισηγήθηκε η οποία έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη πράξη. Έκτοτε ουδέν γεγονός μεσολάβησε, ενώ δεν μπορεί να θεωρηθεί ως τέτοιο η επικαλούμενη από την προσβαλλόμενη απόφαση της Ε.Α. ΣΤΕ, δεδομένου ότι αφενός δεν αφορά την προκείμενη υπόθεση και αφετέρου είναι ένα νομολογιακό δεδομένο μεταξύ πολλών (αναφερόμαστε στην αντίθετη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου). Ως εκ τούτου ο αναθέτων ούτε δεσμευόταν, ούτε υποχρεούτο να συμμορφωθεί με την απόφαση 754/2020 του ΣΤΕ, ενόψει του ότι ουδείς διαγωνιζόμενος προσέφυγε, ενώ επιπλέον, ο διαγωνισμός οδηγείται σε ακύρωση. Ωστόσο, με την αιτιολογία αυτή η προσβαλλόμενη πράξη έχει εσφαλμένα εφαρμόσει την κείμενη νομοθεσία, καθώς δεν έλαβε υπόψη τις προμνησθείσες διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 44 παρ.3β του ν. 3959/2011 οι οποίες ήσαν τη δυνατότητα αποκλεισμού οικονομικών φορέων για λόγους που σχετίζονται με παραβάσεις του ανταγωνισμού, θεράπευσαν δε την τυχόν αρνητική για το ζήτημα αυτό απάντηση στο ΕΕΕΣ, για όσους διαγωνισμούς διεξήχθησαν μετά την 30η.10.2019. Με την επικαλούμενη 754/2020 απόφαση της Ε.Α. ΣΤΕ έγινε δεκτό ότι έπρεπε να αποκλεισθεί η δεύτερη προσφεύγουσα, δεδομένου ότι απάντησε στο οικείο «Όχι», παρόλο που κατά τις σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού είχε εμπλακεί σε συμπράξεις με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Μεταγενεστέρως, όμως, της γενέσεως της ως άνω διαφοράς εξεδόθη ο προαναφερθείς νόμος 4635/2019. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι ο νόμος αυτός είναι ευμενέστερος για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που συμμετείχαν σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών, εφόσον ρητώς ορίζεται πλέον ότι η δια της υπαγωγής στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και της ολοσχερούς εξόφλησης του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Ρητώς πλέον ορίζεται ότι στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

«παράβασης» δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, η δε σχετική εσφαλμένη ενδεχομένως απάντηση δεν συνιστά επί ποινή αποκλεισμού ανακριβή δήλωση. Ως ευμενέστερος νόμος, η προκείμενη διάταξη έπρεπε να εφαρμοσθεί και στην προκείμενη περίπτωση, κάτι που η Διοίκηση ήταν υποχρεωμένη να το πράξει, εφόσον δεν δεσμευόταν από την ύπαρξη δεδικασμένου, όπως στην περίπτωση της διαφοράς που κρίθηκε με την 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ. Συνεπώς, κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης, το Δ.Σ. της ***** όφειλε να λάβει υπόψη του την έκδοση της ως άνω προδήλως ευμενέστερης διάταξης του νόμου 4635/2019. Το πόρισμα της απόφασης 754/2020 της Ε.Α. ΣΤΕ, επομένως, το οποίο η προσβαλλόμενη θεώρησε ότι την δεσμεύει, έχει καταστεί ανεπίκαιρο ένεκα της νομοθετικής επέμβασης που ρητώς κατέστησε άνευ συνεπειών την εσφαλμένη έστω δήλωση στο ΕΕΕΣ της δεύτερης προσφεύγουσας, αναφορικά με την παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού. Στην έστω εσφαλμένη επίμαχη δήλωση πρέπει να εφαρμοσθεί ο νέος ευμενέστερος νόμος που εφαρμόζεται πλέον σε ταυτόσημες περιπτώσεις και να μείνει άνευ δυσμενών εννόμων συνεπειών η σχετική δήλωσή μας. Κατά συνέπεια είναι μη νόμιμος ο αποκλεισμός της δεύτερης προσφεύγουσας διότι παρανόμως δεν ελήφθη υπόψη και δεν εφαρμόσθηκε ο ως άνω προδήλως ευμενέστερος νόμος. Τονίζεται ότι το ζήτημα αυτό δεν έχει κριθεί από το Συμβούλιο της Επικρατείας και κατά συνέπεια ο αναθέτων φορέας δεν δεσμεύεται από συναφώς εκδοθείσα απόφαση. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμη η ανάκληση του πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού διότι η ανάκληση του από 29.10.2018 1ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν έγινε στη βάση συμμόρφωσης σε δεδικασμένο δικαστικής απόφασης, ώστε να έχει αναδρομική ισχύ, ισχύει ex nunc, σύμφωνα με τον γενικό κανόνα που διέπει την οίκοθεν ανάκληση διοικητικών πράξεων. Αντιστοίχως, η νέα διεξαγωγή του διαγωνισμού στις 6.7.2020 συνιστά, υπό τις συνθήκες αυτές, νέα ουσιαστική κρίση, η διοικητική πράξη επί της οποίας, μη ορίζοντος διαφορετικά του νόμου, λαμβάνει χώρα βάσει του ισχύοντος κατά το

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

χρόνο έκδοσης νομοθετικού καθεστώτος. Όφειλε, επομένως, ο αναθέτων φορέας να θεωρήσει ως εφαρμοστέο το ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το ν. 4635/2019. Επομένως, σύμφωνα με το ισχύον στις 6.7.2020 νομοθετικό καθεστώς, η δεύτερη προσφεύγουσα δεν επιτρέπεται να αποκλειστεί από δημόσιους διαγωνισμούς δεδομένου ότι είχε υπαχθεί σε διαδικασία διευθέτησης, η δε προγενέστερη αρνητική απάντησή της στο ΕΕΕΣ έχει θεραπευτεί δεδομένου ότι η ***** ΑΕ. Για το λόγο αυτό, στη νέα κρίση που έγινε τόσο κατά τη διεξαγωγή του διαγωνισμού στις 6.7.2020, όσο και στην έγκριση των αποτελεσμάτων του στις 10.7.2020 θα έπρεπε να έχει ληφθεί υπόψη ότι οι λόγοι αποκλεισμού οι οποίοι διαγνώστηκαν με τη με αρ. 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ έχουν αρθεί και η δεύτερη προσφεύγουσα δεν μπορεί να αποκλεισθεί επ' ουδενί τρόπο από δημόσιο διαγωνισμό λόγω προγενέστερης αρνητικής απάντησης στο ΕΕΕΣ. Με τον τρίτο λόγο προσφυγής, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι είναι μη νόμιμος ο αποκλεισμός της κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού διότι αν ο συμμετέχων στον διαγωνισμό οικονομικός φορέας έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, οφείλει να απαντήσει «ΝΑΙ» στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ. Εντούτοις, στους όρους του άρθρου 4.2.δ. της Διακήρυξης, σχετικά με τους λόγους απόρριψης προσφορών, κατά το παρόν στάδιο, στο οποίο ευρίσκεται η διαγωνιστική διαδικασία, δεν προβλέπεται απόρριψη της προσφοράς του, αν τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ είναι ψευδή ή ανακριβή, επομένως ούτε και αν η σχετική στο κρίσιμο ερώτημα του ΕΕΕΣ δήλωσή του θα ήταν ψευδής ή ανακριβής. Αντίθετα, ποινή απόρριψης της προσφοράς του για το λόγο αυτό προβλέπεται στους όρους του άρθρου 42δ της Διακήρυξης, αν η ανακρίβεια ή το ψευδές στοιχείο στο ΕΕΕΣ διαπιστωθεί κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (ad hoc ΑΕΠΠ 10/2020, διατηρηθείσα σε ισχύ με την ΣΤΕ Ολομ. 72/2020). Κατά συνέπεια, δεν μπορεί στο στάδιο ελέγχου και αξιολόγησης του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της εταιρείας μας να απορριφθεί η προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας, με την αυτοτελή αιτιολογία ότι απάντησε «ΟΧΙ» στο επίμαχο ερώτημα του ΕΕΕΣ, ενόψει των αρχών της διαφάνειας και της ίσης

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

μεταχείρισης, οι οποίες απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία διακήρυξη (πρβλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28 και απόφαση Medipac - Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Με τον τέταρτο λόγο προσφυγής, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε να την καλέσει προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία της, παρότι θα συνέτρεχαν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό μας, κατ' εφαρμογή δε της αρχής της αναλογικότητας να εξετάσει τα μέτρα αυτά και, στην περίπτωση που τα κρίνει επαρκή, να μην την αποκλείσει για τον λόγο αυτό και μόνο (ad hoc ΑΕΠΠ 10/2020, διατηρηθείσα σε ισχύ με την ΣτΕ Ολομ. 72/2020). Με τον πέμπτο λόγο προσφυγής, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι είναι παράνομη η ανάκληση της προγενέστερης απόφασης του αναθέτοντος φορέα λόγω εσφαλμένης ερμηνείας και εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 103 και 105 του ν. 4412/2016. Η δεύτερη προσφεύγουσα, αναφερόμενη ειδικώς στις διατάξεις των άρθρων 103 και 316 του ν. 4412/2016, υποστηρίζει ότι ως προς το στάδιο ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, οι προμνησθείσες διατάξεις του ν. 4412/2016 υποχρεώνουν την αναθέτουσα αρχή αφ' ης στιγμής αποστείλει στον προσωρινό ανάδοχο πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης να ακολουθήσει στις εξής επιλογές: α) να απορρίψει την προσφορά του αναδόχου, β) να συντάξει πρακτικό κατακύρωσης ή γ) να συντάξει πρακτικό ματαίωσης του διαγωνισμού. Αν δεν επιλέξει την α) ή την γ) επιλογή υποχρεούται να επικυρώσει άμεσα το πρακτικό κατακύρωσης με την αντίστοιχη απόφαση και να αποστείλει το σχέδιο σύμβασης στο Ελεγκτικό Συνέδριο. Κατ' ακολουθίαν άμα τη εκδόσει θετικής πράξης του προσυμβατικού ελέγχου και μη άσκηση προδικαστικής προσφυγής από τρίτο συμμετέχοντα η σύμβαση τεκμαίρεται ως συναφθείσα ανεξαρτήτως της βούλησης της αναθέτουσας αρχής. Καμία άλλη εναλλακτική δεν τάσσεται στην αναθέτουσα αρχή, ει μη μόνον αν μεσολαβήσει είτε τυχόν υποχρέωσή της να συμμορφωθεί στο διατακτικό αποφάσεως διοικητικού δικαστηρίου επ' αφορμή δικαστικής προσβολής, είτε αρνητική έκβαση προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Συνεπώς, μετά την

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

αποστολή πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και την αποδοχή αυτών από το γνωμοδοτικό όργανο, η αναθέτουσα αρχή κωλύεται να ανακαλέσει ευμενή διοικητική πράξη προβαίνοντας αυτοβούλως σε διαφορετική εκτίμηση των δεδομένων που συνέτρεχαν κατά το χρόνο έκδοσής της. Τούτο δύναται δε να πράξει μόνο στην περίπτωση που η πράξη της αυτή ακυρωθεί με απόφαση διοικητικού δικαστηρίου ή αν το Ελεγκτικό Συνέδριο κρίνει ότι η υπογραφή της σύμβασης δεν μπορεί να προχωρήσει. Στην προκειμένη περίπτωση, με τη με αρ. πρωτ. οικ.13902/11.12.2018 απόφαση της ***** ΑΕ η δεύτερη προσφεύγουσα κλήθηκε να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης. Στο αίτημα αυτό ανταποκρίθηκε υποβάλλοντας ηλεκτρονικά τα απαιτούμενα δικαιολογητικά στις 20.12.2018. Δυνάμει του από 26.3.2019 2ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, η τελευταία διαγιγνώσκοντας την πληρότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εισηγήθηκε την κατακύρωση της σύμβασης σε αυτήν. Στη συνέχεια, η ***** ΑΕ με τη με αρ. 3636/2.7.2019 απόφασή της, χωρίς να αμφισβητεί την κρίση της Επιτροπής Διαγωνισμού επί της πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχή κατά παρέκκλιση, ωστόσο, της εισήγησης περί κατακύρωσης, ζήτησε ως εκ περισσού την προσκόμιση των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων σχετικά με τις διαπιστωθείσες με τη με αρ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού. Τούτο δε έπραξε η ***** ΑΕ αυτοβούλως, διότι έκρινε ότι, εφόσον αυτό διετάχθη να κάνει για να συμμορφωθεί στη με 315/2019 Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου για τον παράλληλο διαγωνισμό με αρ. 1506, τούτο έπρεπε να πράξει και για τον υπό κρίση διαγωνισμό. Στο τελευταίο αυτό αίτημα η δεύτερη προσφεύγουσα ανταποκρίθηκε υποβάλλοντας τη σχετική από 13.9.2019 επιστολή της, ωστόσο, ουδέποτε έλαβε απάντηση σχετικά με την εξέλιξη του διαγωνισμού. Συνεπώς, η ανωτέρω απόφαση δεν αποτελεί δικαιολογητικό λόγο ανάκλησης της απόφασης κήρυξης της εταιρείας μας ως προσωρινού αναδόχου και εντεύθεν ματαίωσης του υπό κρίση διαγωνισμού, καθώς δεν εντάσσεται σε κανένα από τα υποχρεωτικά στάδια / βήματα που πρέπει να ακολουθήσει η ***** ΑΕ μετά τη σύνταξη του πρακτικού κατακύρωσης. Ενόψει των όσων μνημονεύονται στη μείζονα σκέψη της

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

παρούσας, μετά τη σύνταξη του πρακτικού κατακύρωσης, η ***** υποχρεούτο να εκδώσει την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105 του ν. 4412/2016 και να αποστείλει σχέδιο σύμβασης στο Ελεγκτικό Συνέδριο. Κατόπιν μόνο αρνητικής έκβασης του τελευταίου ή τυχόν δικαστικής προσβολής από ανταγωνιστή θα μπορούσε να αποκλείσει την προσφορά μας και να οδηγήσει το διαγωνισμό στη ματαίωση. Με τον έκτο λόγο προσφυγής, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η απόφαση ΣΤΕ 754/2020 δεν αναπτύσσει δεδικασμένο και ως εκ τούτου δεν δεσμεύει τον αναθέτοντα φορέα. Ειδικώς, η δεύτερη προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο ισχυρισμός αυτός του αναθέτοντος φορέα τυγχάνει παράνομος και ατελής, καθώς δεν προσλαμβάνει εν συνόλω τα στοιχεία που εμπεριέχονται στην διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ του Ν. 4412/2016, αλλά «απο-χωρίζει» (!!!) αυθαιρέτως το γεγονός της σοβαρούς ψευδούς δήλωσης από το πραγματικό πεδίο αναφοράς του που είναι η παράνομη στρέβλωση του ανταγωνισμού (αρ. 73 παρ. 4 περ. γ). Συγκεκριμένα, στο άρθρο 73, παρ. 4, στοιχεία γ και ζ' του Ν.4412/2016 αναφέρεται: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (...) γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, (...) 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». Από τα ως άνω προκύπτει ότι ο λόγος αποκλεισμού περί σοβαρούς ψευδούς δηλώσεως έχει καταρχήν αυτοτέλεια. Όμως, όταν όπως εν προκειμένω στην επίμαχη διάταξη η ψευδής δήλωση ακολουθείται από το πεδίο αναφοράς της που είναι η ύπαρξη λόγων αποκλεισμού, όπως η παραβίαση του ανταγωνισμού, αν και αυτοτελής ως λόγος αποκλεισμού, καθίσταται ως συνέπεια

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

του «ψευδώς δηλώσαι» του υποψηφίου η αναφορά αποκλειστικά και μονοσήμαντα στην έννομη κατάσταση της στοιχειοθέτησης λόγου αποκλεισμού, και δη εν προκειμένω σε αυτή της στρέβλωσης του ανταγωνισμού, που έλκεται αυτομάτως. Η κατά τα ως άνω καθολική ανάγνωση της επίμαχης διάταξης οδηγεί στο συμπέρασμα ότι οι δύο παράνομες καταστάσεις, ήτοι της ψευδούς δηλώσεως και της παραβίασης του ανταγωνισμού αντιστοίχως, αν και αυτοτελείς, τελούν σε σύζευξη ως προς την αιτιότητα της μίας ως προς την άλλη. Δηλαδή, η ανακριβής δήλωση «ΟΧΙ» στο οικείο πεδίο που ερωτά για τυχόν παραβίαση του ανταγωνισμού, υπάρχει και αναφέρεται ακριβώς επειδή ενδέχεται να υπήρξε στρέβλωση του ανταγωνισμού από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα, το παράνομο της ανακρίβειας της δηλώσεως, να μην υπάρχει «αυτοτελώς» αλλά να ΑΠΟΡΡΟΦΑΤΑΙ από το παράνομο της στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, η θέση της απάντησης «ΟΧΙ» στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ από την δεύτερη προσφεύγουσα δεν δύναται να αξιολογηθεί και να επιφέρει έννομες συνέπειες αποκλεισμού, ενόψει του ότι η στρέβλωση του ανταγωνισμού δεν οδηγεί αυτή καθ' αυτή σε αποκλεισμό, αλλά ιάται μέσω των μέτρων αυτοκάθαρσης. Άλλως ειπείν ως προς την στοιχειοθέτηση λόγου αποκλεισμού από τον διαγωνισμό, το ζήτημα της ψευδούς δηλώσεως δεν μπορεί να αντιμετωπιστεί από τον αναθέτοντα φορέα διαφορετικά από τον τρόπο που η έννομη τάξη αντιμετωπίζει το ζήτημα της παραβίασης του ανταγωνισμού. η. Σημειώνεται άλλωστε εν προκειμένω (όπως και αναλυτικώς κατωτέρω αναφέρουμε) ότι μετά την υπ' αρ. C-267/2018 εκδοθείσα στις 03.10.2019 απόφαση του ΔΕΕ, δεν τίθεται οποιαδήποτε αμφιβολία ως προς τη δυνατότητα του οικονομικού φορέα να προσκομίσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης προκειμένου να ελεγχθεί αν αυτά είναι πράγματι συμβατά, ιαίνοντας ούτως την αρνητική απάντηση που έχει δώσει στο ΕΕΕΣ, σύμφωνα με το αρ. 310 και 104 του ν. 4412/2016. Αποτέλεσμα δε της δυνατότητας αυτής, όπως κρίθηκε και με την ως άνω απόφαση του ΔΕΕ, είναι η αδυναμία εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα όπως αποκλείσει διαγωνιζόμενο πριν ελέγξει ακριβώς τα εν λόγω μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει ή πριν την άρνηση του διαγωνιζόμενου να προσκομίσει τέτοια μέτρα. Υπενθυμίζεται επίσης ότι η

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

δεύτερη προσφεύγουσα ήδη προσκόμισε αμελλητί στον αναθέτοντα φορέα όλα τα μέτρα αυτοκάθαρσης στα οποία είχε προβεί και τα οποία σε έτερους διαγωνισμούς έχουν ήδη κριθεί επαρκή και πληρούντα τις σχετικές προϋποθέσεις για την ίαση της στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Εκ των ως άνω προκύπτει και σε συνέπεια προς την αρχή του ενιαίου της διοικητικής κρίσης ότι, το «ΟΧΙ» ως ψευδής δήλωση πρέπει να αξιολογηθεί ως απορροφώμενο στοιχείο από το ήδη κριθέν ζήτημα παραβίασης του ανταγωνισμού, εφόσον η ίδια η ψευδής δήλωση έχει πεδίο αναφοράς ακριβώς την ουσιαστική πλήρωση ή μη του κριτηρίου της αθέμιτης εμπορικής συμπεριφοράς και άνευ τούτου η δήλωση δεν παράγει σημεινόμενη «παρανομία» και ως εκ τούτου δεν άγει στον αποκλεισμό. Επιπροσθέτως των ανωτέρω, η κρίση του αναθέτοντος φορέα τυγχάνει κατά νομική επαγωγή λανθασμένη, καθώς προσπερνά αυθαιρέτως την διαμορφωθείσα προηγουμένως της επίθεσης της απάντησης «ΟΧΙ», έννομη κατάσταση. Η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη της δεύτερης προσφεύγουσας στο τότε ισχύον «δεδικασμένο» συνεπάγεται την πλήρη απουσία είτε δόλου είτε βαρειάς αμέλειας, που θα εθεμελίωναν το παράνομο και το ψευδές της δηλώσεώς της. Ειδικότερα: α. Κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ και συμπλήρωσης του ερωτήματος εάν η εταιρεία μας «συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» (10-10-2018), ήταν κοινή πεποίθηση ότι η συμπλήρωση του ΕΕΕΣ περί λόγων αποκλεισμού, αποσκοπεί αποκλειστικά στην παροχή της αναγκαίας πληροφόρησης στον αναθέτοντα φορέα, περί μη στρέβλωσης του ανταγωνισμού για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό. β. Η πεποίθηση δε αυτή ήταν καθ' όλα δικαιολογημένη υπό το φως του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, εκ του οποίου συνάγεται ότι το ΕΕΕΣ συμπληρώνεται προς προκαταρκτική απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο αυτού που το συμπληρώνει και πάντως όχι προς «εξομολόγηση» ενώπιον της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής περιστατικών τα οποία δεν αντιστοιχούν στους λόγους αποκλεισμού της εκάστοτε συγκεκριμένης διακήρυξης. Εν προκειμένω, δηλαδή, ως προς το ερώτημα εάν ο οικονομικός φορέας «συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», το εν λόγω

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

Κεφάλαιο του ΕΕΕΣ περί λόγων αποκλεισμού δεν συμπληρώνετο με αναφορά σε ΚΑΘΕ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΟ (!!!) που θα μπορούσε να υπάγεται στη γενική έννοια των «συμφωνιών με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού». Επιπλέον, η δεύτερη προσφεύγουσα προβάλλει την εδραιωμένη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη στο προηγούμενο δεδικασμένο σχετικό με το επίμαχο ζήτημα, υποστηρίζοντας ειδικώς τα εξής : Πρώτον ότι είχε την εύλογη πεποίθηση ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού και το αντίστοιχο ερώτημα περί ανταγωνισμού αφορούσε τον παρόντα μόνο Διαγωνισμό. Η εν λόγω εκδοχή υποστηριζόταν ήδη από τμήμα της θεωρίας, επιβεβαιώθηκε δε με την με αρ. 1082/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία απόφαση ρητώς γινόταν δεκτό ότι το σχετικό ερώτημα αφορούσε στον παρόντα Διαγωνισμό και ΜΟΝΟ και έκρινε καθόλα ορθή αντίστοιχη αρνητική απάντηση σε έτερο διαγωνισμό στον οποίον συμμετείχε η δεύτερη προσφεύγουσα. Ανεξαρτήτως του εάν η εν λόγω απόφαση ανεστάλη μεταγενεστέρως από το ΣτΕ με την με αρ. 40/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών, πάντως επιβεβαιώνει το εξής: η εν λόγω ερμηνευτική εκδοχή ήταν καθόλα υποστηρίξιμη κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ και τουλάχιστον μέχρι τη δημοσίευση του σκεπτικού της με αρ. 40/2019 ΣτΕ (ΕΑ), η οποία έλαβε χώρα στις 22.03.2019, δηλαδή πολύ καιρό μετά την κρίσιμη απάντησή της εταιρείας μας κατά την υποβολή της προσφοράς της (10-10-2018). ii. Δεύτερον, κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, η πλέον κρατούσα θέση στην θεωρία ήταν ομοίως ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού αφορά αποκλειστικά τον συγκεκριμένο εκάστοτε διαγωνισμό στον οποίο ο οικονομικός φορέας υποβάλει ΕΕΕΣ. Ειδικότερα, υποστηριζόταν ότι ενόψει των περιλαμβανόμενων στην 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διαπιστώσεων, υφίστανται επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι η ανάδοχος εταιρεία είχε συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς, με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Η αρνητική, όμως, απάντηση που διαπιστώθηκε στο σχετικό ερώτημα του υποβληθέντος από αυτή Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας δεν άγει σε άνευ ετέρου αποκλεισμό της από την ελεγχόμενη διαγνωστική διαδικασία λόγω του ανακριβούς συμπλήρωσης του εν λόγω εγγράφου. Τούτο, διότι το ερώτημα είχε

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

διατυπωθεί κατά τρόπο ώστε να μην καθίσταται σαφές αν ζητείται από το διαγωνιζόμενο να δηλώσει οποιαδήποτε συμφωνία που τυχόν έχει συνάψει στο παρελθόν με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού ή μόνο αυτές που αφορούν στο συγκεκριμένο διαγωνισμό. iii. Τρίτον, είχε την καθόλα δικαιολογημένη πεποίθηση ότι, σε κάθε περίπτωση, δυνάμει του άρθρου 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011, όπως ισχύει, και ενόψει της πλήρωσης των εκ του νόμου κριτηρίων, η δεύτερη προσφεύγουσα έχει απαλλαγεί «από κάθε είδους διοικητική κύρωση», περιλαμβανομένου του αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς (!!!). Ενόψει τούτου, ο αναθέτων φορέας στερείται αρμοδιότητας να εξετάσει τα κριθέντα με την με αρ. 642/2017 Απόφαση και να την αποκλείσει, γεγονός που δικαιολογούσε την αρνητική απάντηση στο ΕΕΕΣ. iv. Τέταρτον, από την αιτιολογική έκθεση του νόμου 3959/2011, αλλά και από τις διαφορετικές ερμηνευτικές εκδοχές που αδιαμφισβήτητα ήταν υποστηρίξιμες τουλάχιστον μέχρι την έκδοση της με αρ. 40/2019 (ΕΑ), συνάγεται ως δεδομένη και αδιαμφισβήτητη η ύπαρξη ασάφειας ως προς το εάν στο επίμαχο τυποποιημένο ερώτημα του ΕΕΕΣ άρμοζε καταφατική ή αρνητική απάντηση. Ενόψει τούτου, το Ελεγκτικό Συνέδριο (βλ. ενδεικτικώς απόφαση 315/2019 Πράξη Ε΄Κλιμακίου Ελεγκτικού Συνεδρίου που αφορά το διαγωνισμό Παλαιφάρσαλο - Καλαμπάκα, 291/2019 Πράξη Ε΄Κλιμακίου Ελεγκτικού Συνεδρίου) , έχει κάνει δεκτό ότι ακόμη και υπό την εκδοχή ότι η ορθή απάντηση στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ ήταν η καταφατική, πάντως, η αδιαμφισβήτητη αβεβαιότητα και ασάφεια αναφορικά με το ακριβές περιεχόμενο του ερωτήματος του ΕΕΕΣ δεν θα μπορούσε να τεθεί εις βάρος της, τουλάχιστον όχι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της στον συγκεκριμένο διαγωνισμό. v. Πέμπτον, άρα, στο μέτρο που υπήρχαν -κατά τον κρίσιμο χρόνο της επίμαχης απάντησης στο ΕΕΕΣ της εταιρείας- το πρώτον νομική αβεβαιότητα αλλά και έπειτα οι ως άνω παγιωμένες κρίσεις από πλείστα δικαιοδοτικά όργανα (βλ. ΑΕΠΠ και ΕΣ), ενώ απουσίαζε οιαδήποτε αντίθετη έτερη δικαιοδοτική ή δικαστική κρίση περί του θέματος, προκύπτει ότι η δεύτερη προσφεύγουσα τελούσε σε ΣΥΓΓΝΩΣΤΗ ΠΛΑΝΗ ή σε κάθε περίπτωση δρούσε με δικαιολογημένη πεποίθηση. vi. Έκτον, κατά τούτο, ως προς την επίδικη

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

περίπτωση, η απάντηση της δεύτερης προσφεύγουσας στο επίμαχο ερώτημα του ΕΕΕΣ δεν μπορεί παρά να ληφθεί υπόψη και να αξιολογηθεί υπό το φως των περιστάσεων υπό τις οποίες δόθηκε και μόνον, ώστε να μην επέλθει το επαχθέστερο για την εταιρεία μας μέτρο του αποκλεισμού. Τούτο άλλωστε έγινε δεκτό και από τον αναθέτοντα φορέα στο πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού, οπότε και μας προσκάλεσε να προσκομίσουμε επανορθωτικά μέτρα. Ακολούθως, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, διαμορφωθείσα στη θεωρία και στη νομολογία έννομη κατάσταση που συνηγορούσε υπέρ της απάντησης «ΟΧΙ» και κυρίως η μη επέλευση δυσμενών εννόμων συνεπειών από την εν λόγω δήλωση «ΟΧΙ», ΠΑΓΙΩΘΗΚΕ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΑ ΕΙΣ ΟΦΕΛΟΣ ΤΩΝ ΕΦΕΞΗΣ ΥΠΟΨΗΦΙΩΝ, ώστε οι υποψήφιοι που έκαναν την δήλωσή τους «εν καιρώ αμφιβολίας» και νομικής αβεβαιότητας, να αντλούν αναδρομική ωφέλεια και κατ' επέκταση ίση μεταχείριση ως προς τις επερχόμενες έννομες συνέπειες της δήλωσής τους. Ειδικότερα: i.Η ανωτέρω καθόλα εύλογη πεποίθησή της επιβεβαιώθηκε με την αιτιολογική έκθεση του πρόσφατου νόμου ν. 4635/2019 (ΦΕΚ Α' 167 /30.10.2019), με το άρθρο 235 του οποίου εισήχθησαν, ως προελέχθη, τροποποιήσεις τόσο στο άρθρο 43 παρ. 3 του ν. 3959/2011 όσο και σε επιμέρους διατάξεις των ν. 4412/2016 και δη στο αρ. 79 αυτού. Με την εν λόγω αιτιολογική έκθεση γίνεται καταρχήν αναφορά στον σκοπό και την αληθή έννοια της διάταξης του άρθρου 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011, όπως ίσχυε, και τονίζεται, μεταξύ άλλων ότι «ενόψει του ότι οι πρώτες υποθέσεις ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού προς διευθέτηση αφορούσαν σε συμπεριφορές στον κλάδο των δημοσίων έργων, η εν λόγω διάταξη είχε ως στόχο ακριβώς να προστατεύσει όσους διευθετήσουν από τον κίνδυνο, αφενός να φέρουν ποινική ευθύνη για τις συνομολογούμενες συμπεριφορές, αφετέρου να υποστούν κάθε άλλη δυσμενή διοικητική συνέπεια και ιδίως τον αποκλεισμό τους από διαγωνιστικές διαδικασίες για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων ή συμβάσεων παραχώρησης. Για το λόγο αυτό, επελέγη η ευρύτερη δυνατή διατύπωση και προβλέφθηκε ρητά η εξάλειψη του αξιοποίνου «των σχετικών εγκλημάτων που στοιχειοθετούνται με την ίδια παράβαση» και η «πλήρης απαλλαγή» από

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

«άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις» ώστε να καταλαμβάνει κάθε δυσμενή συνέπεια που θα είχε ως έρεισμα τις συνομολογούμενες συμπεριφορές και διαπιστώσεις». ii. Μάλιστα, με την αιτιολογική έκθεση του ν. 4635/2019 ο νομοθέτης συνομολόγησε επίσης ότι η διάταξη του άρθρου 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011, όπως ίσχυε μέχρι τότε, «αποδείχτηκε ότι γεννά κενά και ασάφειες λόγω της ελλειπτικής της διατύπωσης αναφορικά με το ακριβές εύρος των κινήτρων που παρέχονται στους διευθετήσαντες». Αξίζει να τονιστεί ότι ο νομοθέτης αναγνωρίζει περαιτέρω (βλ. τη σελ. 3 της Αιτιολογικής Έκθεσης) ότι, μέχρι τη θέσπιση του ν. 4635/2019 υπήρχε «κενό ρυθμίσεως», οφειλόμενο στο ότι «μέχρι σήμερα στο πεδίο δικαίου των δημοσίων συμβάσεων δεν έχει διευκρινιστεί αρμοδίως και δη σε νομοθετικό επίπεδο το πλαίσιο των απαντήσεων (αρνητικών ή καταφατικών) στα πεδία του εκ της ενωσιακής νομοθεσίας προβλεπόμενου εντύπου (ΕΕΕΣ) γεγονός που οδήγησε σε διαφορετικές ερμηνείες και αποτυπώσεις στο πλαίσιο των διαγωνισμών υπό το πρίσμα αμφισημιών και συγγνωστής πλάνης για τις συνέπειες που παρήγαγαν οι αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού». Ενόψει τούτου, «σε συνέπεια και συμμόρφωση με την ενωσιακή νομολογία απαιτείται αποσαφήνιση της έννοιας της απαλλαγής από διοικητικές κυρώσεις και συνέπειες με τροποποίηση του άρθρου 44 παρ. 3 Ν.3959/2011, ώστε τα κίνητρα για τους αιτούντες επιείκειας ή/και υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης να είναι σαφή και πλήρως ικανοποιητικά προς όφελος αντίστοιχα της καταπολέμησης παραβατικών συμπεριφορών από την αρμόδια Αρχή Ανταγωνισμού». iii. Ούτως προκρίθηκε να προβλεφθεί ρητώς -όπως και συνέβη δυνάμει της νέας διάταξης του άρθρου 44 παρ. 3β' του ν. 3959/2011- ότι, σε περίπτωση υπαγωγής στη Διαδικασία Διευθέτησης Διαφορών του άρθρου 25α του ν. 3959/2011, όπως εν προκειμένω συμβαίνει με την δεύτερη προσφεύγουσα, η διαπίστωση της σχετικής παράβασης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού «δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων» εφόσον έχει εξοφληθεί το πρόστιμο (ή έχει παρασχεθεί διευκόλυνση τμηματικής καταβολής του προστίμου) και δεν έχει διαπιστωθεί επανάληψη της παράβασης (βλ. αφορά σε τροποποιήσεις στο

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016). iv. Επίσης, τροποποιήθηκε το άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο «Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου». Ενόψει των παραπάνω, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι καθίσταται άνισος και ανεπιεικής ο αποκλεισμός της εριεδόμενος αποκλειστικά στην περίπτωση της ψευδούς δήλωσης, προβάλλοντας επιμέρους επιχειρήματα σχετικά με την εφαρμογή της συγκεκριμένης περίπτωσης ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73. Ειδικώς, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η κρίση αυτή του αναθέτοντος φορέα συνιστά εντελώς ΑΠΡΟΣΦΟΡΟ ΜΕΣΟ. Τούτο διότι, δεν αξιολογείται καθόλου από τον αναθέτοντα φορέα το κρίσιμο σημείο της σχετικής διάταξης του άρ. 73, παρ. γ, περ. ζ' του Ν.4412/2016 που κάνει λόγο μόνον περί «ΣΟΒΑΡΩΝ ψευδών δηλώσεων» εισάγοντας την υποχρέωση τήρησης της αρχής της αναλογικότητας στην επιβολή δυσμενών επιπτώσεων προς τον υποψήφιο. Τούτο σημαίνει ότι η επίθεση της απάντησης «ΟΧΙ» δεν οδηγεί μονοσήμαντα σε αποκλεισμό από τον διαγωνισμό. Εν προκειμένω, αντιθέτως προς όσα ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας, ακόμη και παραγνωρίζοντας το γεγονός της προηγούμενης δικαιολογημένης πεποίθησης της δεύτερης προσφεύγουσας ότι απαντά συννόμως, η κρίσιμη δήλωσή της που συνοψίζεται στο «ΟΧΙ» στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως «σοβαρή» ώστε να οδηγήσει στον αυτόματο αποκλεισμό της από τον Διαγωνισμό, καθώς ο χαρακτηρισμός αυτός συνέχεται με την πλήρωση συγκεκριμένων προϋποθέσεων, όπως είναι ο ΒΑΘΜΟΣ υπαιτιότητας του υποψηφίου οικονομικού φορέα και οι ΕΙΔΙΚΕΣ ΣΥΝΘΗΚΕΣ διαμόρφωσης της απάντησής της (!!!). Συγκεκριμένα, σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

την αντίστοιχη πρόβλεψη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016, προϋπόθεση για την συνδρομή του σχετικού λόγου αποκλεισμού περί ψευδών δηλώσεων είναι η διαπίστωση της προϋπόθεσης της «σοβαρότητας» της εν λόγω συμπεριφοράς. Σύμφωνα με την ad hoc κρίση της ΑΕΠΠ (623/2019), είναι πάντως ληπτέα υπόψη η αρχή της αναλογικότητας, όταν κατά την ερμηνεία συγκεκριμένου όρου «υπεισέρχονται» αόριστες αξιολογικές έννοιες όπως είναι ο προσδιορισμός «σοβαρή» ως προς την εικαζόμενη ψευδή δήλωση (!!!). Οπότε, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, δέον είναι να ιδωθεί η εν λόγω πλημμέλεια της «ψευδούς δήλωσης» υπό το πρίσμα της σοβαρότητάς της, ήτοι με σχέση και αναλογία ως προς τις έννομες συνέπειες που αυτή επάγεται. Άλλωστε, ο αναθέτων φορέας στην προσβαλλόμενη απόφασή του «συνομολογεί» την απόρριψη της δεύτερης προσφεύγουσας λόγω «ανακριβούς» απάντησης στο ΕΕΕΠ, ήτοι υιοθετεί έναν ΕΠΙΕΙΚΕΣΤΕΡΟ χαρακτηρισμό για την επίμαχη δήλωση, ότι είναι δηλαδή «ανακριβής» ως προς το περιεχόμενό της και όχι «ψευδής», πολλώ δε μάλλον «σοβαρή ψευδής». Τότε μόνον, ήτοι αν χαρακτηριζόταν ως «σοβαρή ψευδής δήλωση», η ενέργειά της να απαντήσει «ΟΧΙ» θα σήμαινε παντελή αποδοκιμασία από την έννομη τάξη, βάσει της αυστηρής ερμηνείας της οικείας διάταξης του άρ. 73 του Ν.4412/2016. Συναφώς, στις από 8 Μαΐου 2019 Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα του ΔΕΕ, επί της υπόθεσης C-267/18, τονίζεται ότι το κριτήριο της «σοβαρότητας» των δηλώσεων είναι έκφανση της αρχής της αναλογικότητας και επιβάλλει την αξιολόγηση των «ιδιαιτέρων περιστάσεων υπό τις οποίες έλαβε χώρα η απόκρυψη των πληροφοριών καθώς και της βαρύτητας της συμπεριφοράς αυτής» (βλ. τη σκ. 55). Ο Γενικός Εισαγγελέας υπογραμμίζει ότι «ΔΕΝ ΑΡΚΕΙ η διαπίστωση ότι ο προσφέρων αποσιώπησε την ενδεχόμενη συνδρομή λόγου αποκλεισμού. Είναι, επιπλέον, αναγκαίο να εξεταστεί η σημασία των πληροφοριών που απεκρύβησαν» (βλ. τη σκ. 56). Η εν λόγω αξιολόγηση γίνεται από την αρμόδια αναθέτουσα αρχή η οποία έχει την ευχέρεια να εκτιμά ελεύθερα το στοιχείο της «αξιοπιστίας» του εκάστοτε υποψηφίου, χωρίς να δεσμεύεται κατ' ανάγκη από τις εκτιμήσεις άλλων δημοσίων υπηρεσιών (βλ. τις σκ. 29-30). Αλλά και η ΑΕΠΠ έχει κρίνει σε πρόσφατη απόφασή της ότι η

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

σοβαρότητα της δυνητικά ψευδούς δήλωσης κρίνεται κατά τρόπο αναλογικό σε σχέση με το αποτέλεσμα που επέφερε ή εδύνατο να επιφέρει, λαμβάνοντας υπόψη την πρόβλεψη του άρθρου 10 του Ν. 4412/2016 περί του ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΥ ΤΡΟΠΟΥ ΣΥΜΠΕΡΙΦΟΡΑΣ της αναθέτουσας αρχής ΕΝΑΝΤΙ ΤΩΝ ΥΠΟΨΗΦΙΩΝ, (ΑΕΠΠ 623/2019, σκ. 54). Επομένως, συνάγεται ότι επικείμενος αποκλεισμός της δεύτερης προσφεύγουσας για ψευδή δήλωση τυγχάνει δυσανάλογος και παράνομος, ενόψει της αδυναμίας αποκλεισμού της για τον λόγο της στρέβλωσης του ανταγωνισμού, χωρίς την προηγούμενη εξέταση τυχόν ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης. Για όλους αυτούς τους λόγους, η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το ως άνω προσβαλλόμενο μέρος, σωρεύοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης, έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

14. Επειδή, επί της με ΓΑΚ 698/24.07.20 προσφυγής ο αναθέτων φορέας απέστειλε με το υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 6030/20/17.07.2020 έγγραφο τις απόψεις του, όπου επί του αιτήματος αναστολής υποστηρίζονται τα εξής : «Ως προς το αίτημα (υπ' αριθμόν 12 της προσφυγής) της καθ' ής, ήτοι: «Η Αρχή σας, οφείλει λοιπόν, να διατάξει την αναστολή εκτέλεσης των προσβαλλόμενων πράξεων και , σε κάθε περίπτωση, κάθε κατάλληλο, κατά την κρίση Σας, μέτρο, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προσφυγής.», σημειώνεται ότι, υπό τα δεδομένα: (α) της εκδόσεως της υπ' αριθμόν 3762/10-07-2020 αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου της ***** Α.Ε, με την οποία αποφασίστηκε μεταξύ άλλων: Α. « 1. Η έγκριση του από 06- 07-2020 1ου ανασυνταγμένου Πρακτικού διεξαγωγής του μειοδοτικού διαγωνισμού, με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ:*****, της Επιτροπής Διαγωνισμού για την ανάθεση του έργου με τίτλο: «Κατασκευή Ηλεκτροκίνησης, Σηματοδότησης – Τηλεδιοίκησης και ETCS L1 της Υφιστάμενης Μονής Σιδηροδρομικής Γραμμής Παλαιοφάρσαλος – Καλαμπάκα» (Α.Δ. *****).», Β. «... 4. Η απόρριψη των προσφορών: (α) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «****» (με διακριτικό τίτλο «*****») και (β) της ενώσεως εταιρειών «***** - ***** ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», διότι κατά τον (επαν)έλεγχο των υποβληθέντων υπό της Πληροφορίες : κα ***** Έργα\S ***** Ηλεκτρ-Σημ-Τηλεπ-ETCS L1 Παλαιοφάρσαλος-Καλαμπάκα\Προσφυγή ***** 07-2020\ΑΠΟΨΕΙΣ *****\ΑΠΟΨΕΙΣ ***** ΓΙΑ ΑΕΠΠ ΑΔ *****.docx Σελίδα 54 ΚΔ 20 Έντυπο 02004 αναθ. 2.0 εταιρείας «*****» και του μέλους της ενώσεως εταιρειών «*****» Ευρωπαϊκών Ενιαίων Εγγράφων Προμήθειας (ή Σύμβασης) (ΕΕΕΠ ή ΕΕΕΣ), με ημερομηνίες 09-10-2018 και 10-10-2018, αντιστοίχως, προέκυψε, ότι, στο ερώτημα που τίθεται στο ΕΕΕΣ <>, η απάντηση-δήλωσή τους ήταν «ΟΧΙ», παρά το γεγονός ότι, όπως προκύπτει από τις υπ' αριθμ. 642/2017 και 647/2017 αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, [εκ των οποίων η μεν πρώτη (αφορώσα στην εταιρεία «*****») εκδόθηκε την 10-03-2017 και δημοσιεύθηκε την 08- 09-2017 στο υπ' αριθμόν 3104, τεύχος Β', ΦΕΚ, η δε δεύτερη (αφορώσα στην εταιρεία «*****») εκδόθηκε την 04-07-2017 και δημοσιεύθηκε την 20-03-2019 στο υπ' αριθμόν 939, τεύχος Β', ΦΕΚ], η Επιτροπή Ανταγωνισμού διαπίστωσε ομόφωνα, ότι οι ανωτέρω εταιρείες συμμετείχαν σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγοράς και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων.» Γ. «..5. Η ματαίωση, συμφώνως προς το άρθρο 317 παρ. 1(α) του ν.4412/2016, της διενεργούμενης, διά της υπ' αριθμόν ***** διακηρύξεως, διαδικασίας σύναψης δημοσίας συμβάσεως, κατόπιν και της προς τούτο σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού, λόγω αποκλεισμού όλων των συμμετεχόντων και για τους ειδικότερους προαναφερόμενους για έκαστο εξ αυτών λόγους. Και Δ. «Η παραπομπή στο Τεχνικό Συμβούλιο της ***** , συμφώνως προς το άρθρο 15 παρ.4 της υπ' αριθμόν ***** Διακηρύξεως, προκειμένου να γνωμοδοτήσει περί της καταπτώσεως, ή μη, των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής της εταιρείας «*****» και της ενώσεως εταιρειών «***** - ***** Α.Τ.Ε.», εκ ποσού 873.689,50 ευρώ εκάστης, υπέρ του Κυρίου του Έργου, συμφώνως προς τα προβλεπόμενα στο άρθρο 4 {παράγρ. 4.2. (δ.ι)} της Διακηρύξεως και στις διατάξεις του ν.4412/2016, β) της εκδόσεως της υπ' αριθμόν 1128 γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου της ***** ***** Α.Ε, το οποίο συγκλήθηκε και συνεδρίασε την 13-07-2020 (Πρακτικό υπ' αριθμόν 729/13-07- 2020) και γνωμοδότησε

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

ομόφωνα υπέρ της καταπτώσεως των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής της προσφεύγουσας για όσους λόγους αναφέρονται ρητά στην προαναφερθείσα γνωμοδότησή του, γ) της υπ' αριθμ. 3770/15-07-2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ***** για τον διαγωνισμό του έργου με τίτλο: «Κατασκευή Ηλεκτροκίνησης, Σηματοδότησης – Τηλεδιοίκησης και ETCS L1 της Υφιστάμενης Μονής Σιδηροδρομικής Γραμμής Παλαιοφάρσαλος – Καλαμπάκα» (Α.Δ. *****), σε συνέχεια της υπ' αριθμ. 3762/10-07-2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ***** και μετά από γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου, για την κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής της προσφεύγουσας και για τους λόγους που αναφέρονται στην ανωτέρω υπ' αριθμόν 3770/15-07- 2020 απόφαση, καθίσταται πρόδηλο ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού έχει ήδη γνωμοδοτήσει και επανασυντάξει το 1 ο Πρακτικό, το οποίο περαιτέρω έχει ήδη εγκριθεί με την προαναφερθείσα υπ' αριθμόν 3762/10-07-2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ***** , ενώ τέλος, η σύναψη και υπογραφή της συμβάσεως είναι αδύνατη λόγω ματαίωσης, συμφώνως προς το άρθρο 317 παρ. 1(α) του ν.4412/2016, της διενεργούμενης, διά της υπ' αριθμόν ***** διακηρύξεως, διαδικασίας σύναψης δημοσίας συμβάσεως, κατόπιν και της προς τούτο σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού, λόγω αποκλεισμού όλων των Πληροφορίες : κα *****S:\Έργα\IS ***** Ηλεκτρ-Σημ-Τηλεπ-ETCS L1 Παλαιοφάρσαλος-Καλαμπάκα\Προσφυγή ***** 07-2020\ΑΠΟΨΕΙΣ *****\ΑΠΟΨΕΙΣ ***** ΓΙΑ ΑΕΠΠ ΑΔ *****.docx Σελίδα 55 ΚΔ 20 Έντυπο 02004 αναθ. 2.0 συμμετεχόντων. Κατά συνέπεια, το υπό κρίσιν αίτημα για την αναστολή εκτέλεσης των προσβαλλόμενων πράξεων είναι απορριπτέο ως ουσία αβάσιμο και πλέον ως άνευ αντικειμένου. Συνεπώς, η υπό κρίση προσφυγή της ένωσης εταιρειών « ***** ***** ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» μετά των επί μέρους λόγων αυτής, είναι απορριπτέα, ως νόμω και ουσία αβάσιμος». Επίσης, επί της με ΓΑΚ 969/24.07.2020 Προσφυγής, ο αναθέτων φορέας απέστειλε με το υπ'αριθ. πρωτ. Οικ.6463/30.07.20 τις απόψεις του, όπου επί του αιτήματος αναστολής υποστηρίζονται τα εξής : Όπως προαναφέρεται, η απόφαση αναστολής –λήψης

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

προσωρινών μέτρων δεν θα πρέπει να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, που οδηγούν σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Από την κατατεθείσα στον ένδικο διαγωνισμό εγγυητική επιστολή συμμετοχής της καθ' ής-προσφεύγουσας εταιρείας, και συγκεκριμένα: της υπ' αριθμόν **** εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, εκ ποσού 873.690,00 ευρώ, η οποία έχει εκδοθεί στην Αθήνα την 04-10-2018 από την «ΤΡΑΠΕΖΑ *****», με αρχική ημερομηνία λήξεως την 31-08-2019 και, κατόπιν συνεχών και αδιάλειπτων παρατάσεων της ισχύος αυτής, με καταληκτική ημερομηνία λήξεως της ισχύος της την 11-08-2020, προκύπτει αναμφισβητήτως ότι, η ισχύς της εγγυητικής αυτής επιστολής λήγει την 11-08-2020, από την επομένη ημέρα της οποίας η ως άνω Τράπεζα αποδεσμεύεται των υποχρεώσεών της, που απορρέουν από τις προαναφερόμενες εγγυητικές επιστολές. Με το δεδομένο ότι, με την υπ' αριθμόν 1172/2020 πράξη της Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., ως ημερομηνία εξέτασης της, υπό τον Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 969/24-07-2020, προδικαστικής προσφυγής της καθ' ής ορίσθηκε η 28-08-2020, ήτοι ημερομηνία μεταγενέστερη της καταληκτικής ημερομηνίας ισχύος της εγγυητικής επιστολής (11-08-2020), είναι προφανές ότι καθίσταται επιτακτική η επίδοση προς την προαναφερόμενη τράπεζα της σχετικής δηλώσεως της εταιρείας (με την οποία θα συγκοινοποιείται και η υπ' αριθμόν 3770/15-07-2020 απόφαση του Δ.Σ. περί της καταπτώσεως), διά της οποίας θα καλείται η τράπεζα να εκπληρώσει τις αναληφθείσες, διά της ως άνω εγγυητικής επιστολής, υποχρεώσεις της, διότι μόνον έτσι διασφαλίζονται τα συμφέροντα της εταιρείας μας και κατ' επέκταση το δημόσιο συμφέρον. Η ως άνω εξώδικη δήλωση της εταιρείας μας προς την τράπεζα θα επιδοθεί την Δευτέρα, 3 Αυγούστου 2020, η δε τράπεζα οφείλει μέσα σε πέντε (5) ημέρες να καταβάλλει το ποσό των εγγυητικών στην εταιρεία μας. Κατά συνέπεια, και εφόσον πιθανολογηθεί ότι πληρούνται όλες οι λοιπές προϋποθέσεις για την παροχή προσωρινής προστασίας της καθ' ής, μία εκ των οποίων αποτελεί η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, το μοναδικό κατάλληλο μέτρο, το οποίο δύναται να διαταχθεί, είναι η μη είσπραξη

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

της ως άνω εγγυητικής, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της ενδίκου Προσφυγής».

15. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

16. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

17. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών των προσφευγουσών κοινοπραξίας κατά της προσβαλλόμενης πράξης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

18. Επειδή, α) οι υπό κρίση προσφυγές δεν παρίστανται προδήλως अपαράδεκτες, β) πιθανολογείται βλάβη των προσφεύγουσών από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από την τυχόν εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας των προσφυγών χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά του αναθέτοντος φορέα επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης.

19. Επειδή, περαιτέρω, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνον για την διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης και όχι για την δημιουργία νέας. Κατά συνέπεια, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης με την οποία ματαιώνεται η διαδικασία διεξαγομένου διαγωνισμού, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης αυτής, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στην Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στην δημιουργία νέας κατάστασης. Εάν όμως πιθανολογείται σοβαρά ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε κατά παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή εθνικού δικαίου, το Δικαστήριο μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την εν λόγω παράβαση, να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, την μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο (ΔΕφΑθ 198/2017, Ε.Α. ΣΤΕ 368/2016, 154/2016, 127/2016 κ.α.).

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα κρινόμενα αιτήματα αναστολής πρέπει να γίνουν δεκτά.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται αμφότερα τα αιτήματα αναστολής.

Αριθμός απόφασης: Α 211, 212 / 2020

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης, έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί των Προδικαστικών Προσφυγών.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 31 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Αργυρώ Τσουλούφα