

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29-5-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί, άλλως να ανακληθεί η υπ' αρ. 484/08-05-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας....., κατά το μέρος που δεν κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρίας «.....», όλως επαγωγικώς και εν τη περιπτώσει θεραπείας της τυπικής πλημμέλειας περί μη θεώρησης / επικύρωσης των πιστοποιητικών της συμμόρφωσης κατά τα πρότυπα ISO, να αποκλειστεί η εταιρία «.....», η οποία αποκλείστηκε για τον ίδιο λόγο, από την συνέχεια του επίδικου διαγωνισμού για έτερη αιτία, ήτοι αυτή της σύγκρουσης συμφερόντων, στη διαδικασία που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ.-2018 Πρόσκληση σε διαπραγμάτευση της παρ. 2γ του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....» (CPV: 45233141-9), με το σύστημα προσφοράς με επιμέρους ποσοστά έκπτωσης και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση

την τιμή, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 1.111.111,11 €. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχείακαι ποσού ευρώ 5.555,56 ευρώ, το δε παράβολο φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την-2018 προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 22-5-2018 απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί έγκρισης του Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο μειοδότης είναι ο οικονομικός φορέας «.....» με διακριτικό τίτλο «.....» με προσφερόμενη έκπτωση 39,68% και συμβατικό ποσό 670.170,21€ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή, ειδικότερα υποβλήθηκαν συνολικά έξι (6) προσφορές, ήτοι από τις εταιρίες «.....» με ποσοστό έκπτωσης 51,71%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 40,25%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 40,09%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 39,68%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 36,79% και «.....» με ποσοστό έκπτωσης 14%. Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής η αναθέτουσα αρχή έκρινε τους πρώτο, δεύτερο και τρίτο εκ του προσωρινού καταλόγου μειοδοσίας συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, ήτοι «.....», «.....» και «.....», αποκλειστέους εκ του λόγου ότι τα υποβληθέντα πιστοποιητικά συμμόρφωσης ISO 9001:2008 και ISO 14001:2004 δεν φέρουν είτε θεώρηση από τις υπηρεσίες και τους φορείς της περιπτώσεως α' του άρθρου 1 του ν. 4250/2014, είτε επικύρωση από δικηγόρο, ως όφειλαν ως ιδιωτικά έγγραφα, αφού, κατά τη άποψη της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, την οποία ενέκρινε η αναθέτουσα

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση, τα πιστοποιητικά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά στο σύστημα αποτελούν ψηφιακά αντίγραφα και όχι πρωτότυπα. Επίσης η αναθέτουσα αρχή έκρινε με την προσβαλλόμενη απόφασή της κατά πλειοψηφία ότι, καίτοι η συγγενική σχέση (αδελφική) του Προϊσταμένου του Τμήματος Συγκοινωνιακών Έργων της Δ.Τ.Ε. Π.Ε., ο οποίος έχει θεωρήσει τη μελέτη του έργου, με τον πρώτο προσωρινό μειοδότη οικονομικό φορέα, ήτοι την εταιρία «.....», στοιχειοθετεί κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, εντούτοις δεν είναι δυνατόν να αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή οδήγησε σε στρέβλωση του ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων και συνεπώς δεν δικαιολογείται αποκλεισμός του οικονομικού φορέα «.....» για το λόγο αυτό. Κατά της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής άσκησε την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ο δεύτερος στη σειρά προσωρινός μειοδότης, ήτοι η εταιρία «.....».

4. Επειδή, ο προσφεύγων, ο οποίος κρίθηκε απορριπτέος δυνάμει της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, βάλλει κατ' αυτής ισχυριζόμενος με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ότι, καίτοι προσκόμισε νομότυπα τα πιστοποιητικά της παρ. 23.7 της πρόσκλησης περί ISO 9001:2008 (με αριθμό εγγραφής πιστοποιητικού 01012137) και ISO 14001:2004 (με αριθμό εγγραφής πιστοποιητικού 011776048689), τα οποία έχουν εκδοθεί από TÜV AUSTRIA HELLAS, εντούτοις η αναθέτουσα αρχή αφενός κατά παράβαση της παρ.6 του άρθρου 79 ν.4412/2016, δεδομένου ότι η τελευταία (ενν. αναθέτουσα αρχή) είχε δυνατότητα να λάβει τα εν λόγω πιστοποιητικά και τις συναφείς πληροφορίες απευθείας και δωρεάν από βάση δεδομένων, ήτοι αυτή της Tüv Austria Hellas, που αποτελεί σύστημα αποθήκευσης εγγραφών με μοναδικό αριθμό, αφετέρου κατά παράβαση της παρ. 5 του άρθρου 102 ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή δεν τον κάλεσε να θεραπεύσει την τυπική πλημμέλεια της απουσίας θεώρησης/επικύρωσης των πιστοποιητικών συμμόρφωσης ISO, εκ τρίτου κατά παράβαση των διατάξεων του ν. 4250/2014, αφού τα κατατεθέντα πιστοποιητικά θεωρούνται πρωτότυπα και δεν χρήζουν καμίας επικύρωσης και τέλος κατά παράβαση των όρων της πρόσκλησης, αφού σε κανένα σημείο της δεν γίνεται αναφορά ότι πρέπει να είναι επικυρωμένα σύμφωνα με τις διατάξεις

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

του ν.4250/2014, πολλώ μάλλον επί ποινή αποκλεισμού. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο οποίος τελεί κατά τη λογική αίρεση αποδοχής του πρώτου ως άνω λόγου αυτής, ο προσφεύγων επικαλείται ότι, σε περίπτωση θεραπείας της τυπικής πλημμέλειας περί μη θεώρησης/επικύρωσης των εκ μέρους του κατατεθέντων πιστοποιητικών συμμόρφωσης κατά τα πρότυπα ISO, να αποκλειστεί η εταιρία «.....», η οποία αποκλείστηκε για τον ίδιο λόγο, από την συνέχεια του επίδικου διαγωνισμού για έτερη αιτία, ήτοι αυτή της σύγκρουσης συμφερόντων κατά τα περιγραφόμενα ανωτέρω.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το με αρ.πρωτ..... /6-6-2018 έγγραφό της διατύπωσε τις απόψεις επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής, επικαλούμενη την ορθότητα της προσβαλλόμενης απόφασης εκ των λόγων ότι : **α)** ο προσφεύγων δεν προσέβαλε τους όρους της πρόσκλησης περί υποχρεωτικής υποβολής των πιστοποιητικών ποιότητας, **β)** ο προσφεύγων στο εκ μέρους του υποβληθέν ΤΕΥΔ δεν ανέφερε στο σχετικό σημείο τις διαδικτυακές διευθύνσεις αναζήτησης των συγκεκριμένων πιστοποιητικών, ώστε να διευκολύνει την Επιτροπή στην αναζήτησή τους, **γ)** η απουσία επικύρωσής τους από δικηγόρο δεν θεραπεύεται από την εφαρμογή του άρθρου 102 ν.4412/2016, **δ)** το ηλεκτρονικό αντίγραφο, που είναι 'σκαναρισμένο' από το πρωτότυπο, δεν έχει ισχύ πρωτοτύπου, καθόσον τα στοιχεία που συνιστούν τη γνησιότητά του (μεταξύ άλλων το ιριδίζον και ανάγλυφο σήμα) δεν μπορούν να εξακριβωθούν από την Επιτροπή κατά το στάδιο της ηλεκτρονικής υποβολής του, **ε)** η αναθέτουσα αρχή αντιμετώπισε τους συμμετέχοντες φορείς ισότιμα, **στ)** εφαρμοστέο νομικό πλαίσιο για τα πιστοποιητικά συμμόρφωσης ορίστηκε κατά την πρόσκληση ο ν.4250/2014 και **ζ)** αν και υπάρχει ζήτημα σύγκρουσης συμφερόντων για τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα «.....», εντούτοις ορθά δεν αποκλείστηκε εξ αυτού του λόγου.

6. Επειδή, η συμμετέχουσα στην Πρόσκληση εταιρία «.....» άσκησε εμπρόθεσμα την από 6-6-2018 παρέμβασή της, με την οποία ζητά, κατ' απόρριψη του δεύτερου λόγου της προσφυγής, να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής κατά το μέρος της που έκρινε ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της εξαιτίας κατάστασης

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

σύγκρουσης συμφερόντων, επικαλούμενη ότι τα ίδια τα αντικειμενικά πραγματικά γεγονότα διεξαγωγής της διαδικασίας διαψεύδουν τη δημιουργία κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων εκ των λόγων ότι: **α)** καθόσον πρόκειται για διαδικασία απευθείας ανάθεσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για λόγους κατεπείγοντος (κατ' άρθρο 32γ ν.4412/2016), αν υπήρχε περίπτωση 'πριμοδότησης' των συμφερόντων της παρεμβαίνουσας, τότε αυτή θα αποτυπωνόταν νομίμως στην επιλογή της απευθείας ανάθεσης της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα και όχι με ανάρτηση ανοιχτής πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση προς άοριστο και εκ των προτέρων άγνωστο αριθμό οικονομικών φορέων, όπως συνέβη εν προκειμένω, **β)** η κατατεθείσα εκ μέρους της παρεμβαίνουσας Υπεύθυνη Δήλωση ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν προσκρούει σε αντίθετες διατάξεις ούτε κατά το εθνικό ούτε κατά το ενωσιακό δίκαιο και δη επί ποινή απαραδέκτου, **γ)** ο συγκεκριμένος υπάλληλος της αναθέτουσας αρχής δεν ενέκρινε τα τεύχη της δημοπράτησης, ενώ για την παροχή πληροφοριών είχε οριστεί από κοινού και με άλλον υπάλληλο της αναθέτουσας αρχής, **δ)** η προσφεύγουσα δεν αναφέρει οποιοδήποτε συγκεκριμένο πλεονέκτημα της συμμετοχής της παρεμβαίνουσας, το οποίο ήταν αποτέλεσμα αθέμιτης εκμετάλλευσης εκ μέρους της τελευταίας και **ε)** υπέβαλε την προσφορά της χωρίς καμία προηγούμενη ή επόμενη της υποβολής επικοινωνία με οποιοδήποτε περιεχόμενο με τον έχοντα σχέση συγγένειας υπάλληλο της αναθέτουσας αρχής, ενώ από κανένα στοιχείο της διαδικασίας δεν δικαιολογεί καταφυγή στη συγκεκριμένη σχέση προς κτήση πλεονεκτήματος.

7. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 365 επόμεν. ν. 4412/2016 και αρ. 12 επόμεν. του π.δ. 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει των οικείων 629 & 639/2018 Πράξεων του Προέδρου του, στην εξέταση της άνω προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, η πρόσκληση απεστάλη μέσω ΕΣΗΔΗΣ στους οικονομικούς φορείς την 9-3-2018, δημοσιεύθηκε δε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α και επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της πρόσκλησης στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 379 παρ. 7 του ν.4412/2016. Περαιτέρω, η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 22-5-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων προκύπτει προδήλως ότι έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως προσφυγής και δη έστω για τον πρώτο λόγο αυτής, αφού δια της προσβαλλομένης απεκλείσθη και δια της αποδοχής του πρώτου λόγου της προσφυγής του επανέρχεται ως νομίμως μετέχων στον διαγωνισμό. Είναι δε αδιάφορη καταρχήν για το έννομο συμφέρον του ως προς τον πρώτο αυτό λόγο, η σειρά μειοδοσίας του, αφού σε κάθε περίπτωση με την επαναφορά του στον διαγωνισμό, αποκτά εκ νέου δυνατότητα ανάληψης της σύμβασης, δεδομένου του επικείμενου σταδίου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Περαιτέρω, το ειδικότερο έννομο συμφέρον του ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, εξαρτάται από την αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής του, βλ. περί αυτού κατωτέρω σκ. 16. Και τούτο, διότι ως συμμετέχων στον εν λόγω διαγωνισμό αρχικά και καταταχθείς δεύτερος στον προσωρινό πίνακα μειοδοτών, εάν γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή του όσον αφορά, όχι μόνο την άρση του δικού του αποκλεισμού, αλλά και για τον αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζομένου «.....», τότε θα καταστεί πρώτος αποδεκτός μειοδότης και συνεπώς προσωρινός ανάδοχος. Είναι δε αδιάφορο το ότι ο τελευταίος ήδη απεκλείσθη και τούτο, ειδικώς διότι αυτός απεκλείσθη ακριβώς για τον ίδιο λόγο με τον προσφεύγοντα και κατά του οποίου βάλλει ο προσφεύγων με τον πρώτο ως άνω λόγο του, βλ. αναλυτικότερα κατωτέρω σκ. 16. Συνεπώς, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή η προσφυγή και περαιτέρω να εξεταστεί κατ' ουσία ο πρώτος λόγος αυτής, στη δε περίπτωση ευδοκιμήσεώς του, θα κριθεί ως παραδεκτός προβαλλόμενος και ο δεύτερος αυτής λόγος και θα εξεταστεί και αυτός κατ' ουσία, ομού μετά της περί απορρίψεώς του, παρεμβάσεως (το παραδεκτό της οποίας και αυτό εξαρτάται από το παραδεκτό του δεύτερου λόγου της προσφυγής και επομένως, από την αποδοχή του πρώτου λόγου αυτής).

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 7 της σχετικής πρόσκλησης

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

εφαρμοστέα εν προκειμένω νομοθεσία ορίστηκε, μεταξύ άλλων, ο ν.4250/2014 'Διοικητικές Απλουστεύσεις –Καταργήσεις, Συγχωνεύσεις Νομικών Προσώπων και Υπηρεσιών του Δημοσίου Τομέα – Τροποποίηση διατάξεων του πδ 318/1992 και λοιπές ρυθμίσεις', κατά δε το άρθρο 1 αυτού προβλέπεται ότι: «.....2.α. Οι ρυθμίσεις της παρούσας παραγράφου εφαρμόζονται στο Δημόσιο, τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου,, τις δημόσιες επιχειρήσεις και τους οργανισμούς που προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 3429/2005, καθώς και στα νομικά πρόσωπα και τις επιχειρήσεις των Ο.Τ.Α. β. Δεν υφίσταται πλέον η υποχρέωση υποβολής πρωτοτύπων εγγράφων, με την επιφύλαξη της περίπτωσης δ και των εγγράφων που προσκομίζονται για δικαστική χρήση, που έχουν εκδοθεί από τις υπηρεσίες και τους φορείς της περίπτωσης α ή επικυρωμένων αντιγράφων των εγγράφων αυτών από τους ενδιαφερόμενους για το σύνολο των συναλλαγών τους με τις υπηρεσίες και τους φορείς της περίπτωσης α. Αντί πρωτοτύπων ή επικυρωμένων αντιγράφων, υποβάλλονται και γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά από τις υπηρεσίες και τους φορείς της περίπτωσης α, ευκρινή φωτοαντίγραφα των πρωτοτύπων εγγράφων που εκδόθηκαν από τις υπηρεσίες και τους φορείς αυτούς ή των ακριβών αντιγράφων τους. Ομοίως, υποβάλλονται και γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά ευκρινή φωτοαντίγραφα από αντίγραφα ιδιωτικών εγγράφων τα οποία έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο, καθώς και ευκρινή φωτοαντίγραφα από τα πρωτότυπα όσων ιδιωτικών εγγράφων φέρουν θεώρηση από υπηρεσίες και φορείς της περίπτωσης α. γ. Οι διοικητικές αρχές και τα ΚΕΠ εξακολουθούν να επικυρώνουν αντίγραφα από το πρωτότυπο ή από το ακριβές αντίγραφο της διοικητικής αρχής (όπως ορίζεται στο άρθρο 1 του ν. 2690/1999 (Α 45), που το εξέδωσε, μόνο στην περίπτωση που αυτά υποβάλλονται από τον ενδιαφερόμενο σε φορείς που δεν εμπίπτουν στις διατάξεις του παρόντος. Αντίγραφα των ανωτέρω επικυρώνονται και από δικηγόρους ή συμβολαιογράφους, σύμφωνα με τις διατάξεις που διέπουν την άσκηση των λειτουργημάτων τους. δ. Η απαίτηση υποβολής πρωτοτύπων εγγράφων, που έχουν εκδοθεί από τις υπηρεσίες και τους φορείς της περίπτωσης α, όταν προβλέπεται ρητά από την κείμενη νομοθεσία, καταργείται

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

με την παρέλευση τριών μηνών από τη δημοσίευση του παρόντος νόμου.....».

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 6 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «.....Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής.....».

11. Επειδή, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα να λάβει τα συγκεκριμένα πιστοποιητικά συμμόρφωσης ISO 9001:2008 και ISO 14001:2004 με επιβεβαιωμένη την εγκυρότητά τους απευθείας από την τηρούμενη στην ιστοσελίδα του πιστοποιημένου, σύμφωνα με τον επίσημο πίνακα διαπιστευμένων φορέων πιστοποίησης συστημάτων ISO, φορέα TÜV AUSTRIA HELLAS βάση δεδομένων. Συγκεκριμένα από την ηλεκτρονική διεύθυνσή της (<http://www.tuvaustriahellas.gr/check-certificate>) οποιοσδήποτε, άρα και η αναθέτουσα αρχή, δύναται δωρεάν να ενημερωθεί για την εγκυρότητα των εν λόγω πιστοποιητικών πληκτρολογώντας τον αριθμό εγγραφής πιστοποιητικού, ο οποίος αναφέρεται στα κατατεθέντα μέσω ΕΣΗΔΗΣ από τον προσφεύγοντα σχετικά πιστοποιητικά, όπως επιβεβαίωσε και το εν λόγω Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ κατά την εξέταση της κρινόμενης προσφυγής. Επειδή η επικληθείσα από την αναθέτουσα αρχή απόφαση ΣΤΕ 4043/2014 έχει εκδοθεί προ της θέσης σε ισχύ του ν.4412/2016, ο οποίος με την ειδικότερη ως άνω διάταξη της παρ.6 του άρθρου 79 προβλέπει ότι οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να τα λαμβάνει απευθείας, όπως εν προκειμένω, και ως εκ τούτου δεν τυγχάνει εφαρμογής. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω κρίνεται δεκτός ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος, περί παράβασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής του άρθρου 79 παρ.6 του ν.4412/2016.

12. Επειδή, επιπρόσθετα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της

τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.». Τούτων δοθέντων, ακόμη και εάν γίνει δεκτό ότι τα κατατεθέντα με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής πιστοποιητικά συμμόρφωσης ISO ήταν αντίγραφα χωρίς νόμιμη σήμανση, τότε η αναθέτουσα αρχή είχε την υποχρέωση, πριν τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, να ζητήσει από εκείνον τη σχετική διόρθωση της προσφοράς του, χωρίς εκ του λόγου αυτού να θίγονται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, καθόσον η κατατεθείσα προσφορά είχε συμμορφωθεί με τους ουσιώδεις όρους της προκήρυξης (βλ. σχετικά και Archus and Gama, EE: C: 2017: 358, παράγραφος 29 και παρατεθείσα νομολογία, Slovensko, EE: C:2012:191, σκέψη 40, και MA.T.I. SUD, EE:C:2018:135, παράγραφος 50). Κατά συνέπεια δεκτός τυγχάνει ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος.

13. Επειδή, ουδεμία επιρροή ασκεί ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι ο προσφεύγων δεν προσέβαλε τον όρο 24.2 της πρόσκλησης περί υποχρεωτικής υποβολής των πιστοποιητικών ποιότητας, καθόσον τα πιστοποιητικά κατατέθηκαν από τον προσφεύγοντα, χωρίς νόμιμη, κατά την εσφαλμένη ως άνω κρίση της αναθέτουσας αρχής, σήμανση και κατά συνέπεια δεν συνδέεται αιτιωδώς ο σχετικός ισχυρισμός με την προσβαλλόμενη απόφαση. Ομοίως δε τα πιστοποιητικά κατατέθηκαν, όπως προκύπτει από την πληττόμενη απόφαση, και από τους λοιπούς δύο για τον ίδιο λόγο αποκλεισθέντες υποψηφίους, ήτοι τις εταιρίες «.....» και «.....».

14. Επειδή, συνακόλουθα, αβάσιμος τυγχάνει ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι ο προσφεύγων στο εκ μέρους του υποβληθέν ΤΕΥΔ

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

δεν ανέφερε στο σχετικό σημείο τις διαδικτυακές διευθύνσεις αναζήτησης των συγκεκριμένων πιστοποιητικών, ώστε να διευκολύνει την Επιτροπή στην αναζήτησή τους. Η απαίτηση περί γνωστοποίησης στο ΤΕΥΔ της διαδικτυακής διεύθυνσης αναζήτησης των συγκεκριμένων πιστοποιητικών ούτε είχε περιληφθεί στο ΤΕΥΔ της συγκεκριμένης πρόσκλησης, ούτε περιλαμβάνεται στο σχετικό πρότυπο της ΕΑΑΔΗΣΥ, ούτε από καμία διάταξη νόμου επάγεται τον εξ αυτού του λόγου αποκλεισμό του υποψηφίου οικονομικού φορέα. Αντίθετα στο υποβληθέν από τον προσφεύγοντα ΤΕΥΔ αναγράφονται και οι αριθμοί εγγραφής των πιστοποιητικών, καθώς και ο φορέας πιστοποίησης, ώστε να είναι σε θέση η αναθέτουσα αρχή ευχερώς, άμεσα και δωρεάν να επιβεβαιώσει την εγκυρότητά τους.

15. Επειδή, κατά συνέπεια των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής και να ακυρωθεί η πληττόμενη απόφαση κατά το σκέλος με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος και δεύτερου στη σειρά μειοδοσίας προσφέροντα εκ του λόγου ότι κατατεθέντα πιστοποιητικά συμμόρφωσης ISO 9001:2008 και ISO 14001:2004 δεν έφεραν είτε θεώρηση από τις αρμόδιες υπηρεσίες και φορείς είτε επικύρωση από δικηγόρο ως ιδιωτικά έγγραφα.

16. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 409/2018), ναι μεν η διοίκηση έχει διακριτική ευχέρεια να ανακαλεί παράνομες ατομικές διοικητικές πράξεις της για τις οποίες παρήλθε η προθεσμία προσβολής τους ή οι οποίες έχουν προσβληθεί ανεπιτυχώς, όχι όμως και υποχρέωση προς τούτο, εκτός αν αυτή επιβάλλεται βάσει κανόνα δικαίου (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 952/1988, 3230, 1668/2012, πρβλ. 1006/2015, 4646/2013). Η άρνηση ανάκλησης δεν συνιστά, συνεπώς, παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας ωστόσο πρέπει να είναι ειδικά αιτιολογημένη ώστε να είναι δυνατός ο δικαστικός έλεγχος της διακριτικής ευχέρειας (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 3065/1991). Ειδικώς, όμως, όσον αφορά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι ως άνω γενικές αρχές κάμπτονται σε περίπτωση κατά την οποία η τήρηση της από την Διοίκηση στα στάδια της διαδικασίας ανοικτού διαγωνισμού προμηθείας με κριτήριο κατακυρώσεως την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά αναιρεί τις αρχές του διευρυμένου συναγωνισμού και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, οι οποίες είναι

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

θεμελιώδεις για τον δημόσιο αυτό διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ 43/2003, 598/2002), χάριν δε αυτών η Διοίκηση υποχρεούται (και δεν δύναται απλώς) σε ανάκληση της παρανόμου διοικητικής πράξεως, εφόσον δε δεν συντρέχει άλλος νόμιμος λόγος (ΣΤΕ ΕΑ 294/2004). Ούτως, έχει κριθεί (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 598/2002, 294/2004, 861-862/2006, ΔΕΦΑΘ 470/2015), ότι σε περίπτωση που διοικητική πράξη, εντασσόμενη στο στάδιο διαδικασίας διαγωνισμού, διέφυγε τον έλεγχο του δικαστηρίου της Αίτησης Ανατολής (και υπό το προΐσχύσαν καθεστώς του δικαστηρίου ασφαλιστικών μέτρων) παρότι άλλες πράξεις εντελώς ομοίου περιεχομένου και συγκεκριμένα με ίδια νομική και ταυτόσημη πραγματική βάση, έχουν κριθεί μη νόμιμες με άλλες αποφάσεις στη διαδικασία αυτή (ασφαλιστικών μέτρων και ήδη Αίτησης Αναστολής), και προς αποκατάσταση της αρχής του επί ίσοις όροις ανταγωνισμού των διαγωνιζομένων και της εν γένει ίσης μεταχειρίσεως αυτών, αλλά και των αρχών της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα η επανεξέταση της υποθέσεως με σκοπό την ανάκληση της πράξεως αυτής που διέφυγε τον δικαστικό έλεγχο, χωρίς αυτή να έχει διακριτική ευχέρεια προς σιωπηρή ή εν γένει αναιτιολόγητη απόρριψη του σχετικού αιτήματος του αποκλεισθέντος περί ανάκλησης του αποκλεισμού του, η δε όποια διακριτική της ευχέρεια δεν καταλαμβάνει πλέον τον λόγο αποκλεισμού που είχε ήδη διαγνώσει και ο οποίος στην όμοια έτερη περίπτωση εκρίθη ως παράνομος και συνεπώς, εφόσον δεν συντρέχουν άλλες τυχόν πλημμέλειες και έτεροι εν γένει λόγοι αποκλεισμού, οφείλει να προβεί στην ανάκληση του αποκλεισμού, κατά δεσμία, δηλαδή, αρμοδιότητά της. Τα ως άνω αναφερθέντα, για την ταυτότητα του νομικού λόγου είναι εφαρμοστέα και στην περίπτωση όπου η παρανομία της πράξης αποκλεισμού συγκεκριμένου προσφέροντος διέφυγε του ελέγχου της ΑΕΠΠ, ο οποίος σκοπεύει εξάλλου στην παροχή ταχείας και αποτελεσματικής οριστικής επίλυσης των διαφορών του προσυμβατικού σταδίου σε διοικητικό επίπεδο και στην προαγωγή της ασφάλειας δικαίου και της εμπιστοσύνης των οικονομικών φορέων σχετικά με την αδιάβλητη και αντικειμενική ανάθεση δημοσίων συμβάσεων (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016, σελ. 71-72), ενώ ταυτόσημος λόγος αποκλεισμού έτερης προσφοράς ήδη κρίθηκε ως παράνομος. Εν προκειμένω, για τους ίδιους ακριβώς και ταυτόσημους λόγους

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

ως προς αυτούς που αφορούν τον προσφεύγοντα και ήδη εκρίθησαν κατά τα ως άνω ως ακυρωτέροι, η αναθέτουσα αρχή έχει αποκλείσει με την πληττόμενη απόφασή της και τις εταιρίες «.....» και «.....», πρώτο και τρίτο στη σειρά προσωρινούς μειοδότες. Ωστόσο ο πρώτος σε σειρά μειοδότης, ήτοι η εταιρία «.....», καίτοι αποκλείσθηκε για λόγο που με την ανωτέρω σκέψη της παρούσας κρίθηκε μη νόμιμος, εντούτοις ο ίδιος δεν άσκησε για το λόγο αυτό αποκλεισμού του προδικαστική προσφυγή. Πάραυτα όμως ο προσφεύγων, δοθέντος ότι κρίθηκε βάσιμος ο λόγος προσφυγής του που αφορά στη θεώρηση/επικύρωση των πιστοποιητικών συμμόρφωσης ISO, λόγο για τον οποίο αποκλείσθηκε και η προαναφερθείσα πρώτη μειοδότρια εταιρία «.....», με προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον πλήττει την απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που διέγινωσε ότι, καίτοι στοιχειοθετείται κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων αναφορικά με τον πρώτο μειοδότη, την εταιρία «.....», εντούτοις δεν αποδείχθηκε ότι επήλθε στρέβλωση του ανταγωνισμού και κατά συνέπεια δεν δικαιολογείται αποκλεισμός του εξ αυτού του λόγου. Τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να αφίσταται από την προδιατυπωθείσα ουσία της κρίσεως της ΑΕΠΠ για τον αποκλεισμό αμφοτέρων των εν λόγω οικονομικών φορέων «.....» και «.....» για τα πιστοποιητικά συμμόρφωσης ISO, τηρώντας απλώς την καταρχήν και σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 τυπική προς αυτή συμμόρφωση, ήτοι όσον αφορά τον ίδιο τον προσφεύγοντα, και έτσι να διατηρεί σε ισχύ πράξεις της που εν γνώσει της είναι παράνομες, συνεχίζοντας τη διαδικασία χωρίς τη συμμετοχή προσφορών, οι οποίες, ελλείψει της δικής της παρανομίας θα τύγχαναν αξιολόγησης. Τούτο θα έπληττε, κατά παράβαση του σκοπού των άρθρων 347 και 360 επ. Ν. 4412/2016, την ίδια τη διαφάνεια, αμεροληψία και τήρηση κανόνων ίσης μεταχείρισης στη διαδικασία, ως και τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, στον οποίο οι αρχές αυτές κατατείνουν υπέρ τόσο του εν ευρεία εννοία δημοσίου συμφέροντος, όσο και υπέρ του στενά οριζόμενου συμφέροντος της αναθέτουσας (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 39/2017, 20/2017 & 409/2018), αλλά και την ίδια την ασφάλεια δικαίου και τα εχέγγυα αδιαβλήτου των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Ούτε η μη άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους της εταιρίας «.....» κατά του

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

καταρχήν αποκλεισμού της δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να μην εφαρμόσει τις αρχές της ισότιμης μεταχείρισης και του επί ίσοις όροις και διευρυμένου ανταγωνισμού, ως και του ενιαίου μέτρου κρίσης και να μην ακυρώσει την κρίση της για τον αποκλεισμό και αυτού του συμμετέχοντος. Ενόψει λοιπόν αυτών και ιδίως του συνδυασμού ότι ο παρεμβαίνων αφενός εκρίθη ως αποκλειστέος με την ίδια αιτιολογία με αυτήν που ακυρώθηκε ως προς τον προσφεύγοντα, αφετέρου δεν εκρίθη αποκλειστέος για τη βάση της σύγκρουσης συμφερόντων, όμως περαιτέρω αυτή η βάση ρητά εκρίθη ότι δεν συντρέχει, προκύπτει ότι εν προκειμένω με πρόδηλο έννομο συμφέρον και παραδεκτά ο προσφεύγων επαγωγικώς και λαμβανομένης υπόψη της κατά τα ως άνω δεσμίας αρμοδιότητας της αναθέτουσας, κατόπιν του πρώτου σκέλους της παρούσας Απόφασης και αποδοχής του πρώτου λόγου της προκείμενης προσφυγής, ακύρωσης της προσβαλλομένης κατά το σκέλος του αποκλεισμού του (του ιδίου, αλλά κατ' αποτέλεσμα και των όποιων λοιπών μετεχόντων απεκλείσθησαν επί της ίδιας ακριβώς βάσεως) λόγω των πιστοποιητικών της συμμόρφωσης κατά τα πρότυπα ISO, βάλλει κατά της συμμετοχής της εταιρίας «.....» για έτερη αιτία, ήτοι αυτή της σύγκρουσης συμφερόντων. Εξάλλου, η αναθέτουσα έχει ήδη προβεί δια της ίδιας της προσβαλλομένης, σε ρητή και αναλυτικώς αιτιολογημένη, ασχέτως νομιμότητας της αιτιολογίας αυτής, κρίση περί της μη συνδρομής τέτοιας αιτίας αποκλεισμού και συνεπώς η όποια εφεξής αποδοχή της προσφοράς του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου και νυν παρεμβαίνοντος, θα λάβει χώρα αποκλειστικά και μόνο λόγω άρσης του εμφιλοχωρήσαντος σφάλματος αποκλεισμού του λόγω των ως άνω πιστοποιητικών ISO και δεν απαιτείται να περιέχει νέα κρίση επί τυχόν νέου πραγματικού επί του θέματος της σύγκρουσης συμφερόντων, ακόμη δε και εάν περιέχει, η όποια κρίση θα έχει απλώς βεβαιωτικό περιεχόμενο των ήδη κριθέντων επί τούτου, χωρίς ο προσφεύγων να έχει τη δυνατότητα να προσφύγει εκ νέου κατά αυτής, αφού δεν θα έχει εκτελεστό χαρακτήρα. Συνεπώς και δεδομένου ότι η αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής ήδη γεννά μόνη της δεσμία υποχρέωση της αναθέτουσας όπως άρει τον αποκλεισμό, μεταξύ άλλων και του νυν παρεμβαίνοντος, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος για την προβολή όχι απλώς νέας βάσης αποκλεισμού του

παρεμβαίνοντας, αλλά ειδικότερα, βάσης που εσφαλμένα πλην ρητώς εκρίθη από την ίδια τη νυν προσβαλλομένη ότι δεν συντρέχει, είναι ενεστώς και κατ' αποτέλεσμα παραδεκτώς χωρεί η εξέταση του δεύτερου λόγου της προσφυγής, ως και περί της απόρριψής του, ασκηθείσης παρεμβάσεως, η οποία συνεπώς και αυτή μετ' εννόμου συμφέροντος και κατά τα λοιπά παραδεκτώς ασκείται, βλ. παραπάνω σκ. 6.

17. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 73 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα.....». Τα ως άνω εξάλλου συμπεριελήφθησαν ως λόγος αποκλεισμού από την προκείμενη διαδικασία και βάση του όρου 22.Α.4. περ. δ' της προκείμενης διακήρυξης, η οποία ενσωμάτωσε εν όλω στο κανονιστικό της περιεχόμενο την ανωτέρω βάση αποκλεισμού, με περαιτέρω παραπομπή στο άρ. 24 Ν. 4412/2016.

18. Επειδή κατά το άρθρο 24 του ίδιου νόμου : «1. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα, κατά τις επόμενες παραγράφους, για: α) την αποτελεσματική πρόληψη, β) τον εντοπισμό και γ) την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. 2. Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει ιδίως όταν τα πρόσωπα της επόμενης παραγράφου, έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παρ. 4, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης. 3. Η σύγκρουση συμφερόντων αφορά ιδίως τα ακόλουθα πρόσωπα: α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, υπό την έννοια του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221),

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

ο οποίος ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλαμβανομένων των μελών των αποφαινόμενων ή/και γνωμοδοτικών οργάνων ή/και β) τα μέλη των οργάνων διοίκησης ή άλλων οργάνων της αναθέτουσας αρχής ή/και γ) τους συζύγους και συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τέταρτου βαθμού των προσώπων των περιπτώσεων α` και β`, τα οποία: αα) εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης ή/και ββ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της. 4. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου ως «συμφέροντα» νοούνται προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα με τους υποψηφίους ή προσφέροντες ή με τους υπεργολάβους αυτών ή με οποιοδήποτε μέλος υποψήφιας/προσφέρουσας ένωσης οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και αντικρουόμενων επαγγελματικών συμφερόντων, όπως ιδίως: α) Η συμμετοχή προσώπου της παρ. 3 στα όργανα διοίκησης ή διαχείρισης ενός οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή. β) Η κατοχή από πρόσωπο των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, ποσοστού άνω του 0,5% των μετοχών, εταιρικών μεριδίων ή άλλης φύσης δικαιωμάτων επί του κεφαλαίου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον η κατοχή του ανωτέρω ποσοστού επιτρέπει τη συμμετοχή στη διαχείριση του φορέα αυτού. γ) Η ύπαρξη, κατά τη χρονική περίοδο που έχει ως αφητηρία δώδεκα (12) μήνες πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και λήξη την ημέρα σύναψης αυτής, συμβατικού δεσμού που αφορά είτε στην παροχή εξηρημένης εργασίας είτε στην εκτέλεση έργου ή παροχή υπηρεσιών ή προμήθεια αγαθών μεταξύ ενός προσώπου των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, με οικονομικό φορέα, που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. 5. Τα πρόσωπα που αναφέρονται στις περιπτώσεις α` και β` της παρ. 3 υποχρεούνται να γνωστοποιήσουν εγγράφως στην αναθέτουσα αρχή τυχόν σύγκρουση συμφερόντων των ιδίων ή των συγγενικών τους προσώπων, υπό την έννοια της περίπτωσης γ` της παραγράφου 3, σε σχέση με οποιονδήποτε υποψήφιο ή

προσφέροντα, από τη στιγμή που λαμβάνουν γνώση της εν λόγω σύγκρουσης, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να προβεί σε διορθωτικές ενέργειες, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 6. Παράλληλα, τα πρόσωπα αυτά οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια σχετική με τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης. 6. Η αναθέτουσα αρχή αποφαινεται αιτιολογημένα επί της συνδρομής ή μη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων. Αν η αναθέτουσα αρχή αποφανθεί ότι συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, ενημερώνει αμέσως την Αρχή και λαμβάνει αμελλητί τα κατάλληλα μέτρα, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και προς αποφυγή στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, στα οποία μπορεί να συμπεριλαμβάνεται η εξαίρεση του συγκεκριμένου προσώπου από οποιαδήποτε συμμετοχή στη σχετική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφαρμοζομένων και των διατάξεων των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 7 του ν. 2690/1999 (Α` 45). 7. Εάν μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αδύνατον να αρθεί με άλλον τρόπο, ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος σχετίζεται με αυτή, αποκλείεται από τη διαδικασία, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην περίπτωση δ' της παρ. 4 του άρθρου 73. 8. Η αναθέτουσα αρχή συντάσσει και αποστέλλει στην Αρχή γραπτή έκθεση, η οποία περιλαμβάνει τις περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων που εντοπίστηκαν, καθώς και όλα τα επακόλουθα μέτρα που ελήφθησαν, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 341.».

19. Επειδή, κατά πάγια αρχή του ενωσιακού δικαίου, στο πλαίσιο ενός συστήματος διεξαγωγής των διαδικασιών δημοσίων συμβάσεων που εξασφαλίζει την ίση μεταχείριση ως προϋπόθεση του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, έπεται ότι το σύνολο των μετεχόντων θα πρέπει να διαθέτουν ίσες ευκαιρίες όταν διατυπώνουν τους όρους των προσφορών τους και επομένως συνεπάγεται ότι ισχύουν οι ίδιες προϋποθέσεις για όλους τους διαγωνιζομένους (ΠΕΚ, Τ-345/03 *Ενρωπαϊκή Δυναμική ν Commission (CORDIS)* [2008] ECR II-341 σκ. 143 και Τ-86/09 *Ενρωπαϊκή Δυναμική ν Commission* [2011] ECR II-309 σκ. 61). Άρα, ένα τέτοιο σύστημα αποτελεσματικού ανταγωνισμού δύναται να διασφαλισθεί μόνο μέσω της εξασφάλισης ίσων ευκαιριών μεταξύ των οικονομικών φορέων σε κάθε στάδιο της διαδικασίας, από την προετοιμασία υποβολής προσφοράς έως και την

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

αξιολόγηση αυτής (ΔΕΕ, C-202/88 *France v Commission* [1991] ECR I-1223 σκ. 51, C-462/99 *Connect Austria* [2003] ECR I-5197 σκ. 83, ΠΕΚ, T-250/05 *Ενρωπαϊκή Δυναμική (ΟΡΟCE)* [2007] ECR II-85 σκ. 46). Συμμεπώς, οι αναθέτουσας έχουν μια σαφή υποχρέωση αποφυγής και πρόληψης συνθηκών σύγκρουσης συμφερόντων (βλ. Οδηγία 2014/24/ΕΕ, Προοίμιο σημ. 16 “Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να χρησιμοποιούν όλα τα μέσα τα οποία διαθέτουν βάσει του εθνικού δικαίου, ούτως ώστε να αποτρέπουν τη στρέβλωση των διαδικασιών δημόσιων προμηθειών λόγω σύγκρουσης συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων των διαδικασιών προσδιορισμού, πρόληψης και αποκατάστασης της σύγκρουσης συμφερόντων.”), με αποτέλεσμα αν λάβει χώρα τέτοια αποκάλυψη σύγκρουσης συμφερόντων σε οιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας να υποχρεούται η αναθέτουσα να καταρτίσει και να λάβει, με όλη την απαιτούμενη επιμέλεια και βάσει όλων των δυναμένων να ασκήσουν επιρροή στοιχείων, την απόφασή της σχετικά με τη συνέχεια της διαδικασίας συνάψεως της επίμαχης συμβάσεως. Η υποχρέωση αυτή απορρέει ιδίως από τις αρχές της χρηστής διοικήσεως και της ίσης μεταχειρίσεως και συνίσταται στην εκ μέρους της αναθέτουσας μέριμνα σε κάθε στάδιο της διαδικασίας υποβολής προσφορών, για την τήρηση της ίσης μεταχειρίσεως και, κατά συνέπεια, για τη διασφάλιση ίσων ευκαιριών για όλους τους υποψηφίους (ΠΕΚ, T-160/03 *AFCOn Management Consultants* [2005] ECR II-981 σκ. 75, T-231/97 *New Europe Consulting* [1999] ECR II-2403 σκ. 41, T-297/05 *IPK International v Commission* [2011] ECR II-1859, σκ. 122). Η παραπάνω υποχρέωση δύναται να λάβει διαφορετική ανά περίπτωση μορφή, αναλόγως του περιεχομένου και των επιρροών της κάθε υπόθεσης, σε κάθε όμως περίπτωση πρέπει να προσανατολίζεται στην πρόληψη παραβιάσεων της ίσης μεταχείρισης. Τα παραπάνω που προκύπτουν από την πάγια ενωσιακή νομολογία, τράπησαν σε σαφή κανόνα του άρ. 24 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρ. 24 Ν. 4412/2016, το οποίο και συμπληρώνεται και από μια νέα βάση αποκλεισμού από τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων κατ’ άρ. 57 παρ. 4 περ. ε’ της ως άνω Οδηγίας, η οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με την ανωτέρω μνημονευθείσα διάταξη του άρ. 73 παρ. 4 περ. δ’ Ν. 4412/2016 και πλέον ιδρύει μια σαφή εντολή προς τις αναθέτουσες, περί

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

εντοπισμού, ελέγχου και αποτελεσματικής αντιμετώπισης συγκρούσεων συμφέροντος (Albert Sanchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, Hart 2015 2^η εκδ., σελ. 389-392).

20. Επειδή, περαιτέρω, ο οικονομικός φορέας που ενδέχεται να βλάβηκε δεν φέρει το βάρος απόδειξης περί της συνδρομής συνθηκών που συγκροτούν λόγο μεροληψίας, εφόσον προσκομίζει αντικειμενικά στοιχεία που δημιουργούν σχετικές αμφιβολίες ή αυτές προφανώς, προκύπτουν πασιδήλως εκ γνωστών και αδιαμφισβήτητων στοιχείων και τελούν σε γνώση της αναθέτουσας (πρβλ. ΔΕΕ, C-538/13, eVigilo [2015] ECLI:EU:C:2015:166, σκ. 44). Τα ως άνω αντικειμενικά στοιχεία που συγκροτούν λόγο αμφιβολίας περί της αμερόληπτης και δίκαιης κρίσης, πρέπει να ενεργοποιήσουν διαδικασία εμπειριστατωμένου ελέγχου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή, εφόσον συντρέχει περίπτωση, εκ μέρους των ελεγκτικών διοικητικών ή δικαστικών αρχών. Συνεπώς, όταν υφίστανται τέτοια στοιχεία, αυτά, πρώτον, αρκεί να υποδεικνύουν πιθανό λόγο ή συνθήκη που ενδέχεται να υποδηλώνει τέτοια μεροληψία, χωρίς να χρειάζεται αυτή να αποδεικνύεται και χωρίς να απαιτείται να προκύπτει συγκεκριμένη και τελεσθείσα παράβαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης (βλ. και eVigilo, σκ. 45). Δεύτερον, στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα οφείλει να δρα προληπτικά, υπό την έννοια ότι πρέπει να λαμβάνει κάθε αναγκαίο και κατάλληλο μέτρο, ώστε ο ως άνω παράγοντας κινδύνου, δηλαδή η αντικειμενική συνθήκη που δημιουργεί μια καταρχήν αμφιβολία, να μην τραπή σε απτή και τελεσθείσα ζημία επί του ανταγωνισμού και αληθή εύνοια υπέρ συγκεκριμένου μετέχοντος. Και τούτο γιατί το ζητούμενο είναι η ύπαρξη και αυτών ακόμη των ενδεχόμενων περιπτώσεων σύγκρουσης συμφερόντων και όχι συγκεκριμένης, συντελεσθείσας και υπαρκτής βλάβης στον τρόπο διεξαγωγής της διαδικασίας και εν τέλει στον υγιή ανταγωνισμό (βλ. και eVigilo, σκ. 47).

21. Επειδή, σύμφωνα με την αμέσως προηγούμενη σκέψη, τόσο οι σχετικές διατάξεις του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και οι αντίστοιχες αιτιολογικές σκέψεις αυτής (βλ. ενδεικτικά σκ.16), αλλά και οι προμνημονευθείσες διατάξεις των άρθρων 24 και 73 του ν.4412/2016 δεν εξαρτούν την κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων από την απόδειξη

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Αρκεί δηλαδή η ύπαρξη της κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων για να επέλθουν οι σχετικές συνέπειες που ο νόμος και η Οδηγία ορίζουν, σύμφωνα με τα ανωτέρω.

22. Επειδή, κατά τη νομολογία του ΔΕΕ (απόφαση Γενικού Δικαστηρίου της 13-20-2015, υπόθεση T-403/12, Intrasoft International SA κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκ.72) «.....υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων όταν η αμερόληπτη και αντικειμενική άσκηση των καθηκόντων της αναθέτουσας αρχής ή η ίση μεταχείριση του υποψηφίου / προσφέροντος / αιτούντος, στο πλαίσιο διαδικασίας αναθέσεως ή εκτελέσεως συμβάσεως, διακυβεύεται για λόγους οικογενειακούς συναισθηματικούς, πολιτικής ή εθνικής συγγένειας, οικονομικού συμφέροντος ή για κάθε άλλο λόγο κοινών συμφερόντων με το δικαιούχο προγραμμάτων χρηματοδοτούμενων από την Ένωση.....». Εξάλλου το ΔΕΕ (Απόφαση στην υπόθεση T-160/03, ό.π., σκ. 75 & 78) έχει κρίνει ότι σε περίπτωση αποκάλυψης σύγκρουσης συμφερόντων, πρέπει η αναθέτουσα αρχή να ερευνήσει το ζήτημα και σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, να λάβει τα απαιτούμενα από τους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων μέτρα για την τήρηση της ίσης μεταχείρισης και, κατά συνέπεια, τη διασφάλιση ίσων ευκαιριών για όλους τους υποψηφίους. Επίσης έχει κριθεί ότι ο αποκλεισμός ενός διαγωνιζόμενου σε μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αναγκαίος, όταν δεν υπάρχει καταλληλότερη λύση για να αποφευχθεί η παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης του διαγωνιζομένου και της διαφάνειας (απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 12^{ης} Μαρτίου 2008, υπόθεση T-345/03, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Συλλογή 2008, σ.ΙΙ-341, σκ. 71 επ., ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-538/07, ό.π., σκ.21 και απόφαση στην υπόθεση C- 376/08, ό.π., σκ.39 & 40). Τέλος, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, σε περίπτωση που εντοπίζει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά τη διαδικασία της σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης, να συντάσσει τη γραπτή έκθεση της παρ.8 του άρθρου 24 του ν.4412/2016, συμπεριλαμβάνοντας τα πραγματικά περιστατικά της περίπτωσης, την εκτίμησή της, καθώς και τα μέτρα που ελήφθησαν από αυτήν, προκειμένου να διασφαλιστεί η τήρηση των αρχών της ΣΛΕΕ, ιδίως δε της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των οικονομικών φορέων.

23. Επειδή, εν προκειμένω ο Προϊστάμενος της Τμήματος

Συγκοινωνιακών Έργων της Δ.Τ.Ε. Π.Ε., ο οποίος έχει θεωρήσει τη μελέτη του συγκεκριμένου υπό ανάθεση έργου, αλλά και τα τεύχη δημοπράτησης και επομένως προφανώς είχε πρόσβαση στα οικεία έγγραφα της διαδικασίας προ της δημοσίευσης αυτών προς τους ενδιαφερομένους για συμμετοχή, όπως ο τελευταίος δηλώνει στην υποβληθείσα ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού με ημερομηνία 3-4-208 Υπεύθυνη Δήλωσή του, είναι αδελφός του Προέδρου του Δ.Σ. και νομίμου εκπροσώπου του πρώτου μειοδότη οικονομικού φορέα και νυν παρεμβαίνοντος «.....». Η αναθέτουσα αρχή διέγνωσε με την πληττόμενη απόφασή της τη στοιχειοθέτηση κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, κρίνοντας όμως στη συνέχεια ότι δεν είναι δυνατόν να αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή οδήγησε εν τοις πράγμασι σε στρέβλωση του ανταγωνισμού και άρα δεν απέκλεισε εξ αυτού του λόγου τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Την αυτή δε άποψη προέβαλε και με τις κατατεθείσες ενώπιον της ΑΕΠΠ απόψεις της. Στο υποβληθέν όμως ΤΕΥΔ εκ μέρους της συγκεκριμένης συμμετέχουσας εταιρίας, το οποίο υπογράφηκε από τον....., αδελφό του θεωρήσαντος τη μελέτη και τα τεύχη δημοπράτησης του έργου, στο Μέρος ΙΙΙ κεφάλαιο Γ και δη στο πεδίο αν *‘Γνωρίζει ο οικονομικός φορέας την ύπαρξη τυχόν σύγκρουσης συμφερόντων, λόγω της συμμετοχής του στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης?’* ο εν λόγω οικονομικός φορέας απάντησε αρνητικά. Αλλά ούτε και ο θεωρήσας τη μελέτη και τα τεύχη δημοπράτησης υπάλληλος της αναθέτουσας αρχής δεν γνωστοποίησε εγγράφως και έγκαιρα, ως όφειλε, στην αναθέτουσα αρχή τη συγγενική σχέση του με τον υποψήφιο οικονομικό φορέα και το προσωπικό και οικογενειακό εξ αυτού του λόγου συμφέρον του, προκειμένου να εντοπισθεί έγκαιρα η εν λόγω κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, να προληφθεί αποτελεσματικά με διορθωτικές εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ενέργειες, ώστε να διασφαλιστεί η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων, δεδομένου ότι η κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων καταλαμβάνει και το στάδιο σχεδιασμού και προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, ούτε η κατατεθείσα ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής Υπεύθυνη Δήλωση του θεωρήσαντος τη μελέτη και τα τεύχη

δημοπράτησης υπαλλήλου ότι δεν έχει καμία ανάμειξη, είτε αρχικά είτε κατά τη διάρκεια, στη διαμόρφωση του περιεχομένου των όρων του διαγωνισμού και δεν συμμετείχε ούτε επηρέασε με οποιονδήποτε τρόπο το τελικό περιεχόμενό τους, αποδεικνύει ότι υπό τις συγκεκριμένες αυτές περιστάσεις δεν νοθεύθηκε ο ανταγωνισμός, παρά τα περί αντιθέτου προβληθέντα από τον παρεμβαίνοντα οικονομικό φορέα. Κατ' αυτόν τον τρόπο η διαπιστωθείσα και από την ίδια την αναθέτουσα αρχή ύπαρξη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων και στο χρόνο που εντοπίσθηκε, ήτοι κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ήταν και είναι αδύνατον να αρθεί με άλλον τρόπο, παρά μόνον με τον αποκλεισμό του υποψηφίου οικονομικού φορέα «.....», ο οποίος σχετίζεται με αυτή.

24. Επειδή, σύμφωνα με τα αναφερθέντα στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η προσβαλλομένη έσφαλε, καθ' ο μέρος με την ως άνω οικεία κρίση της, παραβίασε τις σαφείς διατάξεις των άρ. 24 παρ. 6-7 και 73 παρ. 4 περ. δ' Ν. 4412/2016, οι οποίες ουδόλως εξαρτούν τον αποκλεισμό του εμπλεκόμενου σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων οικονομικού φορέα, από την απόδειξη αληθούς επέλευσης βλάβης στον ανταγωνισμό, αλλά αποκλειστικά από την έλλειψη άλλων λιγότερο παρεμβατικών, πλην κατάλληλων, για την άρση της σύγκρουσης αυτής και τη διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, μέσων. Ούτως, η αναθέτουσα εξήρτησε μια εκ του νόμου δεσμία υποχρέωσή της, από άλλες και δη πρόσθετες των νομίμως οριζομένων, νομικές προϋποθέσεις, εισάγοντας κριτήρια άνευ νομικού ερείσματος και εν τέλει μη εφαρμόζοντας τις οικείες διατάξεις και μη αποφαινόμενη τα νόμιμα, ήτοι τον αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος, βάσει του εκ μέρους της μη εντοπισμού ζητουμένων, τα οποία ουδόλως έπρεπε να έχουν εξετασθεί ή ληφθεί υπόψη προς εκ μέρους της άρνηση εφαρμογής της παραπάνω υποχρεώσεώς της. Σημειωτέον δε, ότι η εκ της αναθέτουσας αναζητηθείσα απόδειξη συντελεσθείσης στρεβλώσεως επί του ανταγωνισμού, δεν συνιστά κατά νόμο όρο όχι μόνο για την περ. δ' παρ. 4 του άρ. 73 Ν. 4412/2016, αλλά ούτε καν για τις εντελώς αυτοτελείς και διάφορες αυτής βάσεις αποκλεισμού των περ. γ', περί ευλόγων ενδείξεων συμφωνιών που έχουν ως στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (όπου αφενός αρκούν οι ενδείξεις και δεν απαιτούνται

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

αποδείξεις, αφετέρου οι ενδείξεις αυτές αρκεί να αφορούν τη συμφωνία που αρκεί να έχει ως στόχο τη στρέβλωση και ουδόλως απαιτείται να έχει επέλθει η στρέβλωση αυτή ή έστω να υπάρχει ένδειξη ότι έχει επέλθει) και περ. ε', περί προηγούμενης συμμετοχής των οικονομικών φορέων στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία και πάλι, κατ' άρ. 48 Ν. 4412/2016, αρκεί να προκύπτει αντικειμενικά από αυτή καθαυτή την προηγούμενη εμπλοκή, ο δε αποκλεισμός επέρχεται δια μόνης της αποδείξεως αυτής (κατ' αναλογία με τη σύγκρουση συμφερόντων) σε συνδυασμό με την έλλειψη λιγότερο παρεμβατικών μέσων, χωρίς όμως χρεία απόδειξης ότι εν τέλει όντως το όποιο κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού συγκεκριμένο υπέρ του οικονομικού φορέα αποτέλεσμα οφείλεται ειδικώς στην προηγούμενη συμμετοχή του στην προετοιμασία (στην περίπτωση αυτή δε, η στρέβλωση τεκμαίρεται εκ μόνης της προηγούμενης εμπλοκής). Επομένως, σε καμία περίπτωση βάσης αποκλεισμού αναγόμενος σε ζητήματα ανταγωνισμού, ουδόλως υφίσταται ως προϋπόθεση η απόδειξη αυτού καθαυτού του γεγονότος ότι η αντανταγωνιστική συνθήκη οδήγησε σε αποδεδειγμένη συντελεσθείσα παράβαση της ίσης μεταχείρισης, ζήτημα που μη νομίμως ελήφθη υπόψη ως λόγος μη αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος εν προκειμένω, καίτοι όμως η ίδια η σύγκρουση συμφερόντων διεγνώσθη θετικά από την αναθέτουσα. Εξάλλου, δεδομένης και της προκειμένης φύσης της υπόθεσης, ήτοι ότι αφενός ο νόμιμος εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα συνδέεται με συγγένεια εξ αίματος β' βαθμού με τον ίδιο τον Προϊστάμενο του αρμοδίου τμήματος και σε κάθε πάντως περίπτωση θεωρήσαντα τα έγγραφα της σύμβασης, δηλαδή ότι συντρέχει η ειδικότερη συνθήκη της σύγκρουσης αφορά την περίπτωση του άρ. 24 παρ. περ. γ' και υποπερ. α' Ν. 4412/2016, αφετέρου ότι ελλείπει έγκαιρης λήψης μέτρων από την αναθέτουσα και μη οικείας δήλωσης εκ μέρους του ως άνω υπαλλήλου, κατά παράβαση του άρ. 24 παρ. 5-6 Ν. 4412/2016, εν τέλει το ζήτημα ανεφάνη και εξετάσθηκε το πρώτον μετά την υποβολή της προσφοράς (πλέον δε του ότι ο παρεμβαίνων ούτε αυτός δήλωσε τούτο στο ΤΕΥΔ του καίτοι όφειλε) και μετά την κατάταξη μειοδοτών, ήταν και φύσει αδύνατο ή έστω ιδιαίτερα δυσχερές τεχνικά, να αποδειχθεί με θετικό τρόπο ότι η προσφορά του και η μειοδοσία του στη διαδικασία, συνέχονται αναγκαίως και ειδικώς με την

κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων. Και τούτο, διότι υπό τα δεδομένα της περίπτωσης, για να πληρωθεί το αναζητηθέν ως «απόδειξη στρέβλωσης του ανταγωνισμού» από την αναθέτουσα, θα δύνατο να προκύπτει μόνο αν αποδεικνυόταν ότι ο οικονομικός φορέας είχε λάβει τυχόν πρότερη γνώση των εγγράφων και των όρων της διαδικασίας από τον αδελφό του νομίμου εκπροσώπου του. Τούτο είχε ως αποτέλεσμα εν τοις πράγμασι και δια της μη νόμιμης εισαγωγής του κριτηρίου περί επέλευσης συντελεσμένης και αποδεδειγμένης βλάβης στον ανταγωνισμό (η οποία κατά τα ανωτέρω είναι και ως επί το πλείστον αδύνατον να αποδειχθεί), η αναθέτουσα παραμέρισε εν όλω την ίδια την ενωσιακής προέλευσης πρόβλεψη περί πρόληψης της σύγκρουσης συμφερόντων. Περαιτέρω, εσφαλμένα η αναθέτουσα θεώρησε ότι η στρέβλωση του ανταγωνισμού επέρχεται μόνο αν αποδειχθεί ειδικώς ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας απήλαυσε άνισης και διακριτικής υπέρ του μεταχειρίσης, καθώς η ίδια η εξαρχής σύγκρουση συμφερόντων συνιστά στρέβλωση. Και τούτο διότι η στρέβλωση επέρχεται εκ της ίδιας της συνθήκης που επέτρεπε αντανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ του οικονομικού φορέα, δηλαδή της σύγκρουσης συμφερόντων, χωρίς να χρειάζεται το πλεονέκτημα αυτό να τραπέι σε αποδεδειγμένο αντανταγωνιστικό αποτέλεσμα, αρχή που εξάλλου είναι ξένη με το ενωσιακό δίκαιο ανταγωνισμού (πρβλ. άρ. 101-102 ΣΛΕΕ περί του δυνητικού επ10ηρεασμού του διασυνοριακού εμπορίου, βλ. και Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της ΣΕΚ, παρ. 77-99, ΔΕΕ, 56 & 58/64, Consten and Grundig κατά Επιτροπής, [1966] ECR 301, 342, C-8/08, T-Mobile [2009] ECR I-04529, σκ. 28, C-549/10P Tomra [2012] ECLI:EU:C:2012:221, σκ. 17, ΠΕΚ, T-286/09 Intel [2014] ECLI:EU:T:2014:547, σκ. 80-89 και ΔΕΕ, C-413/14P, Intel [2017] ECLI:EU:C:2017:632, σκ. 140 περί της εγγενούς ικανότητας αντανταγωνιστικής πρακτικής να επιφέρει το αντανταγωνιστικό αποτέλεσμα, χωρίς όμως αυτής καθαυτής χρείας απόδειξης του τελευταίου).

25. Επειδή, είναι αντιστοίχως απορριπτέος και δη ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας ως και του παρεμβαίνοντος ότι δοθέντων των ως άνω και δεδομένου ότι ο παραπάνω υπάλληλος της αναθέτουσας, λόγω και της θέσης του στην οργάνωσή της και την τακτική και

επαγγελματική αναπόφευκτη εμπλοκή του με την προετοιμασία των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργου, προκύπτει πως είτε ο νυν παρεμβαίνων δεν θα μπορέσει να ξαναμετάσχει σε τέτοια διαδικασία της αναθέτουσας ή αντίστροφα ο ως άνω υπάλληλος να εκτελεί τα νόμιμα καθήκοντά του. Και τούτο, διότι πρώτον, η προκύπτουσα σύγκρουση συμφερόντων συνιστά ζήτημα αντικειμενικό, ουδόλως επηρεαζόμενο από τα τυχόν υποκειμενικά δεδομένα, τα οποία ουδόλως συνεχονται με την ευθύνη πρωτίστως της αναθέτουσας να λαμβάνει τα όποια κατάλληλα προληπτικά μέτρα, τα οποία εν προκειμένω παρέλειψε να λάβει κατά επίκαιρο τρόπο. Εφόσον δε υποθεθεί ότι όντως υφίσταται μια διαρκής συνθήκη σύγκρουσης συμφερόντων λόγω και της απασχόλησης του ως άνω υπαλλήλου, τότε η ευθύνη της αναθέτουσας θα έπρεπε να είχε επιταθεί, ιδίως διότι η οικεία διακινδύνευση είναι ούτως διαρκής, ιδιαίτερα πιθανή και συχνή. Εξάλλου, και ο ίδιος ο παρεμβαίνων παρέλειψε να προβεί στην οικεία δήλωση στο ΤΕΥΔ του. Περαιτέρω και σε κάθε περίπτωση, η υποχρέωση προστασίας των ενωσιακών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και εν τέλει του αποτελεσματικού ανταγωνισμού στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων είναι εύλογο και θεμιτό να ιδρύει συγκεκριμένους περιορισμούς στην επιχειρηματική ελευθερία των οικονομικών φορέων, όταν τυχόν διακυβεύεται το ίδιο το επίπεδο ανταγωνισμού, αλλά και τα εν γένει συμφέροντα των άλλων μετεχόντων, ως και της αναθέτουσας, στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Δεύτερον όμως, ουδόλως οι ως άνω νομοθετικές προβλέψεις δεν επάγονται έναν εξαρχής και άνευ ετέρου αποκλεισμό οικονομικού φορέα, απλώς και μόνο επί τη βάση ότι συντρέχει μια αντικειμενική συνθήκη σύγκρουσης συμφερόντων με υπάλληλο της αναθέτουσας που κατέχει ρόλο και δη σοβαρό στην προετοιμασία εγγράφων της σύμβασης. Αντίθετα, κατ' άρ. 24 παρ. 6-7 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με άρ. 73 παρ. 4 περ. δ', καταρχήν η αναθέτουσα οφείλει να λαμβάνει τα λιγότερο μεταξύ περισσότερων ισοδυνάμων και καταλλήλων, παρεμβατικά μέτρα, αφ' ης στιγμή διαπιστώσει σύγκρουση συμφερόντων και να προβεί σε όποια τυχόν διορθωτική ενέργεια κριθεί ως επαρκής για τη διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης και την αποφυγή στρεβλώσεων του ανταγωνισμού. Μόνο δε αν αυτή είναι αδύνατον να αρθεί με

άλλον κατάλληλο τρόπο, τότε ο σχετιζόμενος με τη σύγκρουση προσφέρων, είναι αποκλειστέος. Άρα, ο αποκλεισμός καθιερώνεται ως η έσχατη λύση, ελλείψει οιασδήποτε άλλης λιγότερο επαχθούς πλην κατάλληλης. Πλην όμως, εφόσον τέτοια άλλη λύση δεν υπάρχει, η αναθέτουσα οφείλει να προβεί σε αυτήν. Η ύπαρξη τέτοιας λιγότερο επαχθούς πλην κατάλληλης λύσης, εξαρτάται από το πραγματικό της υπόθεσης και την ανά περίπτωση συγκεκριμένη φύση της σύγκρουσης συμφερόντων. Εν προκειμένω, η σύγκρουση αυτή δεν σχετιζόταν με τυχόν πρόσωπο που μετέχει στο όργανο αξιολόγησης (και θα μπορούσε τυχόν να αντικατασταθεί), αλλά με πρόσωπο που είχε άμεση εμπλοκή στην ίδια την εξαρχής κατάστρωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και την κατάρτιση των όρων αυτής, επομένως συνέτρεχε εξαρχής και ίδρυε συνθήκες που επέτρεπαν στον παρεμβαίνοντα ανταγωνιστικό πλεονέκτημα εις βάρος των άλλων μετεχόντων και δη ήδη από τον χρόνο κατάρτισης των προσφορών και θέσπισης των εξαρχής όρων της διαδικασίας. Και πάλι όμως, η ως άνω συνθήκη δεν απέκλεισε εξαρχής την ύπαρξη άλλων λιγότερο επαχθών και παρεμβατικών μέτρων. Τέτοιο μέτρο δύνατο να συνίσταται επί παραδείγματι, στη θέσπιση μεγαλύτερων προθεσμιών ενημέρωσης και διάθεσης των εγγράφων της σύμβασης προς τους ενδιαφερόμενους για συμμετοχή προ της λήξης χρόνου υποβολής προσφορών, στις περιπτώσεις δημοπράτησης έργου, στο οποίο είναι ενδεχόμενος συμμετέχων, δεδομένων των στοιχείων του οικονομικού και φυσικού αντικειμένου του, ο τυχόν οικονομικός φορέας στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει η συνθήκη σύγκρουσης συμφερόντων, καθώς το μέτρο αυτό, χωρίς να επιβαρύνει υπέρμετρα οιοδήποτε μέρος ή την αναθέτουσα, σε κάθε περίπτωση απομειώνει το όποιο πιθανό ανταγωνιστικό πλεονέκτημα λόγω τυχόν νωρίτερης πρόσβασης του οικονομικού φορέα στα έγγραφα της σύμβασης. Σε κάθε όμως περίπτωση, η όποια τυχόν δυσχέρεια εύρεσης λιγότερο παρεμβατικών πλην του αποκλεισμού μέτρων, λόγω και της ίδιας της φύσης της σύγκρουσης συμφερόντων σε μια τέτοια περίπτωση, κατά τη σαφή νομοθετική στάθμιση των άρθρ. 24 παρ. 6-7 και 73 παρ. 4 περ. δ' Ν. 4412/2016, δεν δύναται να καταλήγει σε μη αποκλεισμό του οικονομικού φορέα. Αντίστροφα, αν οι ίδιες οι συνθήκες της εκάστοτε περίπτωσης δημιουργούν

εξαρχής πιθανότητα σύγκρουσης συμφερόντων (η οποία συντρέχει πλέον όταν υποβληθεί και προσφορά από τον εμπλεκόμενο οικονομικό φορέα), δεδομένου ότι το ένα μέρος αυτής της σύγκρουσης, ήτοι ο αρμόδιος υπάλληλος της αναθέτουσας, εκ θέσεως εμπλέκεται στην προετοιμασία διεξαγωγής διαδικασιών όπου δύναται να μετάσχει το έτερο μέρος της σύγκρουσης (δηλαδή ο οικονομικός φορέας), τότε η αναθέτουσα κατά τα παραπάνω οφείλει να είναι εισέτι προσεκτικότερη και δη εξαρχής, ήτοι πριν την υποβολή προσφορών και μάλιστα, ακριβώς επειδή αν εν τέλει το έτερο μέρος της διαρκούς συνθήκης σύγκρουσης υποβάλει προσφορά, αυτόθροα θα ανακύψει το υπέρ του εξαρχής ανταγωνιστικό πλεονέκτημα. Περαιτέρω, αλυσιτελώς προβάλλει ο παρεμβαίνων ότι θα μπορούσε να επιλεγεί απευθείας από την αναθέτουσα, αν υφίστατο όντως σύγκρουση συμφερόντων. Και τούτο διότι το κρινόμενο ζήτημα στο πλαίσιο του άρ. 24 Ν. 4412/2016, δεν είναι η απόδειξη αιτιώδους σύνδεσης της ανάθεσης της σύμβασης με τη σύγκρουση συμφερόντων, αλλά η αδυναμία πρόληψης του κινδύνου που η σύγκρουση αυτή συνιστά, με άλλα λιγότερα παρεμβατικά μέσα. Εξάλλου, ούτε ο αποκλεισμός λόγω σύγκρουσης συμφερόντων προϋποθέτει υποκειμενικά στοιχεία, πολλώ δε μάλλον απόδειξή τους, ακόμη και αν υποτίθετο ότι αυτή είναι δυνατή ούτε η επίκληση ότι δεν έλαβε χώρα μια παρανομία μείζονος μεγέθους ή διαφορετικού περιεχομένου δύναται να συνιστά λόγο για τη μη κατάγνωση παρανομίας άλλου είδους και άλλου περιεχομένου. Δεδομένων δε όσων αναφέρθηκαν στις σκ. 18-24 (ιδίως 20 και 24), ούτε ο προσφεύγων όφειλε να υποδείξει συγκεκριμένο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα που ο παρεμβαίνων απέκτησε λόγω της σύγκρουσης ούτε να αποδείξει αυτό ούτε όμως χρειαζόταν η αναθέτουσα να αποδείξει ότι η συνθήκη σύγκρουσης συμφερόντων, όντως οδήγησε σε συγκεκριμένο πλεονέκτημα, υπό την έννοια εν προκειμένω απόδειξης ότι έλαβε τυχόν γνώση των όρων της διαδικασίας νωρίτερα από τους λοιπούς μετέχοντες ή ότι οι όροι αυτοί επηρεαστήκαν ως προς τη διαμόρφωσή τους προς τον σκοπό εκ μέρους του ανάληψης της σύμβασης. Ομοίως αλυσιτελώς προβάλλεται ότι δεν επικοινωνήσε με τον εν λόγω υπάλληλο και ότι δεν αποδεικνύεται η κτήση πλεονεκτήματος, καθώς κατά τα ανωτέρω, τούτο δεν συνιστά προϋπόθεση του οικείου λόγου αποκλεισμού, δεδομένης πάντως της

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

υφισταμένης συγκρούσεως, η συνδρομή των προϋποθέσεων της οποίας είναι αδιαμφισβήτητη. Συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτός και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

26. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή εν όλω και κατ' αποδοχή αμφοτέρων των λόγων της, να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση, να ακυρωθεί η πληττόμενη με αρ. 484/08-05-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας....., τόσο κατά το μέρος που απέκλεισε την προσφορά της εταιρίας «.....», όσο και κατά το μέρος κατά το οποίο εσφαλμένα δεν αναγνώρισε σύγκρουση συμφερόντων και κατ' αποτέλεσμα, συναφή λόγο αποκλεισμού ως συντρέχοντα στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντος «.....», του οποίου ο αποκλεισμός πρέπει, κατά συνέπεια, να διατηρηθεί με την έτερη βάση των άρθρ. 24 και 73 παρ. 4 περ. δ' και του όρου 22.Α.4. περ. δ' της διακήρυξης.

27. Επειδή, συνεπεία της αμέσως προηγούμενης σκέψης πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο που κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής, κατ' άρθρο 363 παρ. 5 ν.4412/2016.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ.-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας....., κατά το μέρος της με το οποίο αφενός έκρινε ως αποκλειστέα την προσφορά της εταιρίας «.....», αφετέρου έκρινε ως μη αποκλειστέα λόγω σύγκρουσης συμφερόντων την εταιρία «.....».

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου στον προσφεύγοντα.

Αριθμός Απόφασης: 465/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11-6-2018 και εκδόθηκε στις 18-6-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ