

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28 Φεβρουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – δυνάμει της με αρ. 153/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 114/29-01-2019 Προδικαστική Προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «..... – ..... ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και το διακριτικό τίτλο «..... Α.Ε.», που εδρεύει στην Αθήνα, επί της οδού ..... .., αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «.....» ή «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»).

Κατά του Αναθέτοντα Φορέα με την επωνυμία «ΑΤΤΙΚΟ ΜΕΤΡΟ Α.Ε.» που εδρεύει στην Αθήνα, επί της Λεωφ. Μεσογείων αρ. 191-193 και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτων Φορέας» ή «Αττικό Μετρό» ή «ΑΜ» ή «ΑΦ»), στο πλαίσιο διεθνή ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (με α/α ΕΣΗΔΗΣ: 66925), που αυτός διενεργεί, για την ανάθεση με συμφωνία πλαίσιο της κατασκευής του έργου ΑΡΧΑΙΟΛΟΓΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΚΑΙ ΜΕΤΑΤΟΠΙΣΕΙΣ ΔΙΚΤΥΩΝ ΟΚΩ ΤΟΥ ΤΜΗΜΑΤΟΣ Α' ΤΗΣ ΓΡΑΜΜΗΣ 4 «ΑΛΣΟΣ ΒΕΪΚΟΥ – ΓΟΥΔΗ» ΤΟΥ ΜΕΤΡΟ ΤΗΣ ΑΘΗΝΑΣ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού τριάντα εννέα εκατομμυρίων Ευρώ (39.000.000,00 €) χωρίς ΦΠΑ (εφεξής «διαγωνισμός») και κατά του, από 07-01-2019, 2<sup>ου</sup> Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού περί Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης (με το οποίο κρίθηκε ότι τα από την προσωρινή ανάδοχο, ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «..... Α.Ε.»),

## **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

υποβληθέντα έγγραφα και δικαιολογητικά πληρούν τις προϋποθέσεις της υπέρ αυτής κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, κατά τα άρθρα 19, 20 & 21 της διακήρυξης) και κατά της με αριθμό 1490(β)/16.1.2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα (με την οποία εγκρίθηκε το ανωτέρω Πρακτικό, κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην πιο πάνω αναφερόμενη εταιρεία και αποφασίσθηκε η ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν), για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή και

Κατά της παρεμβαίνουσας, ανώνυμης εταιρίας με την επωνυμία «..... ΑΝΩΝΥΜΟΣ ..... ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και διακριτικό τίτλο «..... Α.Ε.», που εδρεύει στην Αθήνα, επί της οδού ....., αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «.....» ή «παρεμβαίνων» ή «παρεμβαίνουσα»).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο διαγωνισμός που με την με ΑΔΑΜ 18PROC003262243 και με αριθμό RFP-322/2017 διακήρυξή της προκήρυξε η εταιρεία ΑΤΤΙΚΟ ΜΕΤΡΟ Α.Ε., ενόψει του προϋπολογισμού της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016), του αντικειμένου της (έργο) και της δραστηριότητας που η εταιρεία ΑΤΤΙΚΟ ΜΕΤΡΟ Α.Ε. ασκεί ως αναθέτων Φορέας (παροχή ή λειτουργία δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο κ.α.) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, συναφώς και στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, η 12<sup>η</sup> Ιουνίου 2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

2. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 256638851959 0326 0018), ποσού 15.000,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017. Συνακόλουθα, πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

3. Επειδή, περαιτέρω, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017, παρεμβαίνει η εταιρεία ..... Η υπό εξέταση παρέμβασή της είναι εμπρόθεσμη, {κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (α/α ΕΣΗΔΗΣ: 66925), την 08-02-2019, ήτοι εντός δεκαημέρου από την από 29-01-2019 κοινοποίηση, μεταξύ των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, και στην παρεμβαίνουσα της υπό εξέταση προσφυγής}, έχει δε ασκηθεί με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και η υπό εξέταση παρέμβαση πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

4. Επειδή, στον επίμαχο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά οκτώ (8) οικονομικοί φορείς. Μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών τους καταρτίστηκε κατάλογος συμμετεχόντων, κατά σειρά μειοδοσίας, ως

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

εξής: 1. .... –..... ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ και τον διακριτικό τίτλο ..... Α.Ε. με ποσοστό έκπτωσης 20,63%, 2. .... ΑΕ με ποσοστό έκπτωσης 20,38%, 3. .... με ποσοστό έκπτωσης 18,00%, 4. .... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ..... με ποσοστό έκπτωσης 16,28%, 5. .... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ - ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ – ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΗ - ΕΜΠΟΡΙΚΗ - ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ – ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ με διακριτικό τίτλο ..... Α.Ε. με ποσοστό έκπτωσης 11,90%, 6. .... ΑΕ με ποσοστό έκπτωσης 10,99%, 7. .... ΑΤΕ με ποσοστό έκπτωσης 10,62% και 8. .... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ – ΟΜΙΛΟΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ με ποσοστό έκπτωσης 7,80%. Κατόπιν, κατά την Επιτροπή του Διαγωνισμού προέκυψαν: α) ανάγκη για διορθώσεις στις Οικονομικές Προσφορές δύο (2) διαγωνιζόμενων εταιρειών, β) ανάγκη για διευκρινίσεις σχετικές με την ψηφιακή υπογραφή μιας (1) διαγωνιζόμενης εταιρείας και στη συνέχεια ο αποκλεισμός της, καθώς επίσης και γ) ο αποκλεισμός ακόμα μιας (1) διαγωνιζόμενης εταιρείας από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Συγκεκριμένα, κατά τον έλεγχο της Οικονομικής Προσφοράς της εταιρείας «..... Α.Ε.», η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι υπήρχαν σφάλματα στη συμπλήρωση του «Εντύπου της Οικονομικής Προσφοράς», ειδικότερα α) στον Πίνακα «1.1 ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΕΡΓΑΣΙΩΝ Α» στο μέρος «Β. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Ομάδα Α» η προσφερόμενη έκπτωση εσφαλμένα μεταφέρθηκε 21% αντί του 22%, όπως ορθά αναφέρεται στο μέρος «Α. ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΠΟΣΟΣΤΟΥ ΕΚΠΤΩΣΗΣ Ομάδα Α», η οποία διορθώθηκε από την Επιτροπή σύμφωνα με την παρ. 22.3.3γ της Διακήρυξης, όπως φαίνεται στο Παράρτημα 1.1 του 1<sup>ου</sup> Πρακτικού της Επιτροπής και β) στον Πίνακα «1.2 ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΕΡΓΑΣΙΩΝ Β» στο μέρος «Β. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Ομάδα Β» ο διαγωνιζόμενος εσφαλμένα προσέφερε έκπτωση στο σύνολο της δαπάνης για τις αρχαιολογικές εργασίες, ενώ όπως ρητά αναφέρεται στον σχετικό πίνακα η προσφερόμενη έκπτωση χορηγείται επί του ποσοστού των γενικών εξόδων και του εργολαβικού οφέλους του Αναδόχου. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή του Διαγωνισμού δεν έλαβε υπόψη της την προσφερόμενη έκπτωση επί της

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

δαπάνης και διόρθωσε τον Πίνακα Β σύμφωνα με την παρ. 22.3.3γ της Διακήρυξης, όπως φαίνεται στο Παράρτημα 1.1 του 1<sup>ου</sup> Πρακτικού της Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω η νέα μέση έκπτωση που προέκυπτε μετά τις διορθώσεις από την Επιτροπή ήταν:  $E_m = (39.000.000,00 - 33.496.777,70) / 39.000.000,00 = 14,11\%$  αντί του 20,63% της αρχικής προσφοράς. Περαιτέρω, μετά και τις διευκρινίσεις που ζητήθηκαν και εδόθησαν, η προσφορά της εταιρείας «..... A.E.» κρίθηκε ανυπόγραφη και ως εκ τούτου θεωρήθηκε ανυπόστατη, σύμφωνα με την παρ. 3.1 της Διακήρυξης και αποκλείστηκε από την περαιτέρω διαδικασία του Διαγωνισμού. Εξάλλου, κατά τον έλεγχο της πληρότητας του φακέλου της Οικονομικής Προσφοράς της εταιρείας «.....», η Επιτροπή διαπίστωσε ότι ο (υπο)φάκελος «Οικονομική Προσφορά» που η εταιρεία αυτή υπέβαλε, ενώ περιλάμβανε το «Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς» της ηλεκτρονικής φόρμας του συστήματος, δεν περιλάμβανε ως όφειλε το «Έντυπο της Οικονομικής Προσφοράς» της ΑΜ (Δήλωση και Πίνακες Προσφοράς) σε ξεχωριστό ηλεκτρονικό αρχείο σε μορφή pdf. Ειδικότερα δεν υπέβαλε συμπληρωμένους τους Πίνακες Προσφοράς και όπως ρητά αναφέρει το άρθρο 22.3.1 της Διακήρυξης η Οικονομική της Προσφορά θεωρείται ανυπόστατη. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η διαγωνιζόμενη εταιρεία «.....» κρίθηκε ότι δεν κάλυπτε την πληρότητα του φακέλου συμμετοχής σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης του διαγωνισμού και ως εκ τούτου αποκλείστηκε από την περαιτέρω διαδικασία του Διαγωνισμού. Τέλος δε, κατά τον έλεγχο της Οικονομικής Προσφοράς της εταιρείας «..... A.E.», η Επιτροπή διαπίστωσε ότι υπήρχαν σφάλματα στη συμπλήρωση του «Εντύπου της Οικονομικής Προσφοράς» και ειδικότερα α) στον Πίνακα «1.2 ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΕΡΓΑΣΙΩΝ Β» στο μέρος «Β. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Ομάδα Β» ο Διαγωνιζόμενος εσφαλμένα προσέφερε έκπτωση στο σύνολο της δαπάνης για τις αρχαιολογικές εργασίες, ενώ, όπως ρητά αναφέρεται στον σχετικό πίνακα, η προσφερόμενη έκπτωση χορηγείται μόνο επί του ποσοστού των γενικών εξόδων και του εργολαβικού οφέλους του Αναδόχου. Κατά συνέπεια διορθώθηκε η προσφερόμενη έκπτωση από την Επιτροπή σύμφωνα με την

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

παρ. 22.3.3γ της Διακήρυξης όπως φαίνεται στο Παράρτημα 1.2 του 1<sup>ου</sup> Πρακτικού. Συνεπώς βάσει των ανωτέρω η νέα μέση έκπτωση που προέκυπτε μετά τις διορθώσεις από την Επιτροπή ήταν:  $E_m = (39.000.000,00 - 36.846.050,00) / 39.000.000,00 = 5,52\%$  αντί του 7,80% της αρχικής προσφοράς. Κατόπιν των ανωτέρω συντάχθηκε από την Επιτροπή του Διαγωνισμού και υπογράφηκε απ' όλα τα μέλη της, ο Τελικός Πίνακας Κατάταξης, κατά τη σειρά μειοδοσίας, σύμφωνα με το άρθρο 4.1.στ της Διακήρυξης, οποίος είχε ως εξής: 1. .... ΑΕ με ποσοστό έκπτωσης 20,38%, 2. .... – ..... ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ και τον διακριτικό τίτλο ..... Α.Ε. με ποσοστό έκπτωσης 14,11%, 3. .... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ - ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ – ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΗ - ΕΜΠΟΡΙΚΗ - ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ – ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ με διακριτικό τίτλο ..... Α.Ε. με ποσοστό έκπτωσης 11,90%, 4. .... ΑΕ με ποσοστό έκπτωσης 10,99%, 5. .... ΑΤΕ με ποσοστό έκπτωσης 10,62% και 6. .... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ – ΟΜΙΛΟΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ με ποσοστό έκπτωσης 5,52%. Μετά ταύτα, η Επιτροπή του Διαγωνισμού συμπέρανε ότι σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, μειοδότης είναι ο Διαγωνιζόμενος με τη χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή. Επομένως βάσει του Τελικού Πίνακα Κατάταξης, προσωρινός ανάδοχος αναδείχθηκε η εταιρεία «..... Α.Ε.», με συνολική Δαπάνη όλου του Έργου προ ΦΠΑ, τριάντα ενός εκατομμυρίων πενήντα ενός χιλιάδων τετρακοσίων σαράντα και εξήντα επτά λεπτά ΕΥΡΩ (31.051.440,67 €), ήτοι με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 20,38%. Τα παραπάνω αποτυπώθηκαν στο από 28-08-2018 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και στα σε αυτό συνημμένα δύο Παραρτήματά του, το οποίο εγκρίθηκε με την με αριθ. πρωτ. 1474(β)/29-08-2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ΑΤΤΙΚΟ ΜΕΤΡΟ Α.Ε. Κατά της απόφασης αυτής του αναθέτοντος φορέα ο προσφεύγων άσκησε τη με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 899/10-09-2018 Προδικαστική Προσφυγή, η οποία απερρίφθη με τη με αριθμό 887/24-10-2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. Κατά της απόφασης αυτής της Α.Ε.Π.Π. ο προσφεύγων άσκησε αρμοδίως αίτηση αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, η οποία επίσης απερρίφθη με την με αριθμό 387/2018 Απόφαση

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ. Κατόπιν, στις 20.12.2018, η Επιτροπή του Διαγωνισμού κάλεσε την προσωρινή ανάδοχο να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, και, αφού αυτά υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα, προχώρησε σε λεπτομερή έλεγχο και αξιολόγησή τους, διαπίστωσε ότι όλα τα υποβληθέντα έγγραφα και δικαιολογητικά πληρούν τα όσα προβλέπονται στα άρθρα 19, 20 & 21 της Διακήρυξης για την κατακύρωση του Διαγωνισμού και ομόφωνα αποφάσισε ότι η εταιρεία «..... Α.Ε.» πληροί τις προϋποθέσεις για την κατακύρωση της σύμβασης σε αυτήν. Τα παραπάνω αποτυπώθηκαν στο από 07-01-2019 2<sup>ο</sup> Πρακτικό της, το οποίο εγκρίθηκε με την με αριθμό 1490(β)/16.1.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντα φορέα. Με την απόφαση αυτή επίσης κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού υπέρ της εταιρείας «..... Α.Ε.», με συνολική δαπάνη 31.051.440,67 € και με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 20,38%. Κατά του τελευταίου αυτού πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού και της απόφασης του αναθέτοντος φορέα που το ενέκρινε στρέφεται ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή του, για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή.

5. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναδειχθείσα ανάδοχος της σύμβασης εταιρεία με την επωνυμία «..... Α.Ε.», όπως και άλλες εργοληπτικές επιχειρήσεις (μεταξύ των οποίων, μάλιστα και ο ίδιος ο προσφεύγων, σε πολύ μικρότερο, όμως, βαθμό εμπλοκής), περιλαμβάνεται μεταξύ των εργοληπτικών, εκείνων, επιχειρήσεων, σε βάρος των οποίων έχει εκδοθεί η με αριθμό 642/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή και ιδίως, όπως αναφέρεται στα σημεία 261 και 265 αυτής, στο κεφάλαιό της VI.3.4. με τίτλο «ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΣΤΗΝ ΑΝΤΙ-ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΙΚΗ ΣΥΜΠΡΑΞΗ ΤΗΣ ΠΕΡΙΟΔΟΥ 2005-2012», η ..... είχε εμπλακεί σε συμφωνίες / εναρμονισμένες πρακτικές αντίθετες με τις αρχές του ανταγωνισμού, λόγο για τον οποίο και, τελικώς, της επεβλήθη και πρόστιμο ύψους 18.611.695,00€. Πρόστιμο, άλλωστε, συνομολογεί ο προσφεύγων ότι επιβλήθηκε και στον ίδιο, ανάλογο, όμως της ελάχιστης, διαπιστωθείσας, συμμετοχής του στις ελεγχθείσες διαδικασίες, εν

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

σχέσει με την συμμετοχή των λοιπών εργοληπτικών επιχειρήσεων, που ανήλθε σε ύψος 110.953,00€. Η ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού εκδόθηκε στις 10.3.2017, δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (στο ΦΕΚ / τεύχος δεύτερο/ 3104/8.9.2017) και κοινοποιήθηκε και σε όλες τις εμπλεκόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις (σε ειδικό αντίτυπο, προοριζόμενο για την κάθε μία χωριστά). Εν όψει, της πλήρους γνώσης του περιεχομένου της απόφασης αυτής, την οποία τεκμαίρεται ότι έχουν πάντες οι ενδιαφερόμενοι, αναθέτουσες αρχές, εργοληπτικές επιχειρήσεις κλπ, ως εκ της ανωτέρω δημοσίευσής της στο ΦΕΚ, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, όπως έπραξε και ο ίδιος, έτσι και η ..... όφειλε στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), που είχε υποβάλει στο διαγωνισμό, στο, υπό τον τίτλο «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» ερώτημα που είχε ως εξής: «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» να έχει απαντήσει θετικά, επιπλέον, δε, να δηλώσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει. Η εταιρεία αυτή, ωστόσο, όχι μόνο απάντησε αρνητικά, αλλά και στην υποβληθείσα παρ' αυτής «δήλωση εκπροσώπου» της, με αριθμό 6233/20.7.2018, ενώπιον του Συμβολαιογράφου Αθηνών κ. ...., δήλωσε υπευθύνως, εν όψει της συμμετοχής της στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, μεταξύ άλλων και ότι «...β. δεν υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού...». Την ως άνω αρνητική απάντηση της καθ' ης εταιρείας στο ΕΕΕΣ της, ο προσφεύγων, μολονότι είχε λάβει γνώση της, σε αντίθεση με την ως άνω «δήλωση εκπροσώπου» της, της οποίας έλαβε γνώση με την ανάρτηση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, μετά την έκδοση της κατακυρωτικής του αποτελέσματος του διαγωνισμού απόφασης, δεν την θεώρησε ως παράλειψη κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, με την πεποίθηση της παραγραφής των συνεπειών της όποιας πράξης εκ των περιγραφόμενων στην ως άνω, 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, λόγω παρέλευσης τριετίας και πλέον από την διάπραξή της. Μετά την έκδοση,



### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

όμως, της απόφασης του ΔΕΕ, της 24.10.2018, επί της υπόθεσης C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH Stadwerke κατά München GmbH), με την οποία, μεταξύ των άλλων κρίθηκε ότι, σε περίπτωση κατά την οποία έχουν επιβληθεί κυρώσεις, με σχετική απόφαση της αρμόδιας για τον ανταγωνισμό Αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας ρυθμιζόμενης από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο, η περίοδος αποκλεισμού από τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (των τριών ετών) έχει αφετηρία την απόφαση η οποία έχει επιβάλει τις κυρώσεις και όχι τον χρόνο τέλεσης της πράξης, η οποία επέφερε την έκδοση της απόφασης αυτής, η ως άνω πεποίθηση, περί παραγραφής των συνεπειών των περιγραφόμενων στην 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού πράξεων εκ της παρόδου χρόνου άνω της τριετίας από την τέλεσή τους, αποδείχθηκε εσφαλμένη. Συνακόλουθα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αποδείχθηκε, ότι και η καθ' ης εταιρεία όφειλε να έχει δηλώσει, στο ΕΕΕΣ, την ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και την εμπλοκή της στα με αυτήν κριθέντα και ότι εν πάση περιπτώσει, εφόσον δεν τα είχε δηλώσει αυτά κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ για την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, μαζί με την προσφορά της, όφειλε να τα δηλώσει όταν κλήθηκε, κατ' άρθρο 21 της διακήρυξης, να υποβάλει τα «δικαιολογητικά κατακύρωσης», για την επαλήθευση - επιβεβαίωση των δηλωθέντων με το ΕΕΕΣ, προκειμένου να αποδειχθεί ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 19, παρ. 19.1.3, παρ. 19.2 της διακήρυξης, δήλωση στην οποία από την προσβαλλόμενη απόφαση και το 2<sup>ο</sup> πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού αποδεικνύεται ότι δεν προέβη. Συγκεκριμένα, δεν προέβη σε διορθωτική δήλωση εν σχέσει με τα όσα είχε δηλώσει με την ανωτέρω, 6233/20.7.2018 δήλωση εκπροσώπου της, ούτε σε διορθωτική δήλωση της ως άνω αρνητικής της απάντησης στο κρίσιμο, αυτό, ερώτημα του ΕΕΕΣ, ως, αδιαμφισβητήτως όφειλε. Επομένως, καταλήγει ο προσφεύγων, και εάν, ακόμα, ήθελε θεωρηθεί ότι η αρνητική απάντηση, εκ μέρους της καθ' ης εταιρείας στο επίμαχο ως άνω ερώτημα του ΕΕΕΣ, όπως και η μη συμπλήρωση, συνακόλουθα, και των επόμενων πεδίων του, εν σχέσει με τις συγκεκριμένες κυρώσεις που της είχαν επιβληθεί και τα

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης, δεν συνιστούσε την επί ποινή αποκλεισμού κατά τα άρθρα 22.2 και 22.2.1 της διακήρυξης παράβαση της υποχρέωσης συμπλήρωσης και υποβολής ΕΕΕΣ, απολύτως ακριβούς κατά το περιεχόμενό του και χωρίς οποιεσδήποτε παραλείψεις, κατ' άρθρο 79, παρ. 1, Ν 4412/2016), δοθέντος ότι κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς δεν είχε ακόμη ερμηνευθεί, από το αρμόδιο Δικαστήριο, ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5, του άρθρου 57, της Οδηγίας 2014/24 (όπως, βεβαίως και τις αντίστοιχες διατάξεις της Οδηγίας 2014/25), αφετηρία της «περιόδου αποκλεισμού» (των τριών ετών, εν προκειμένω) είναι ο χρόνος έκδοσης, κοινοποίησης κλπ της σχετικής απόφασης επιβολής κυρώσεων για λόγους οι οποίοι συνιστούν και λόγους αποκλεισμού, κατά τον νόμο και την διακήρυξη (όπως, εν προκειμένω, οι κατ' άρθρο 19.1.3, 19.2 κλπ, της διακήρυξης, λόγοι), ωστόσο, κατά την διεξαγωγή της κατ' άρθρο 4.2 της διακήρυξης διαδικασίας υποβολής και ελέγχου των «δικαιολογητικών κατακύρωσης», η καθ' ης εταιρεία, προσωρινή ανάδοχος, όφειλε να έχει διορθώσει την ως άνω απάντησή της στο κρίσιμο ερώτημα του ΕΕΕΣ (και να έχει αναφέρει, στα αμέσως επόμενα πεδία κλπ την ως άνω απόφαση, 642/2017, της Επιτροπής Ανταγωνισμού και, εφόσον δεν το έπραξε και δεν δήλωσε την εν λόγω απόφαση και την για τους στην απόφαση αυτή περιγραφόμενους λόγους επιβολή κυρώσεων σε βάρος της, πρέπει να αποκλεισθεί της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας, κατ' άρθρο 4.2.ε της διακήρυξης. Για τους πιο πάνω λόγους, ο προσφεύγων, ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος της που έκρινε ότι τα από την ..... υποβληθέντα έγγραφα και δικαιολογητικά πληρούν τις προϋποθέσεις της υπέρ αυτής κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, κατά τα άρθρα 19, 20 & 21 της διακήρυξης και κατακύρωσε το αποτέλεσμά του υπέρ αυτής πρέπει να ακυρωθεί. Περαιτέρω, ο προσφεύγων αιτείται να αποκλεισθεί η ..... της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας, λόγω παράβασης όρων της διακήρυξης (άρθρα 19.1.3, 19.2 κλπ) επί ποινή αποκλεισμού τεθειμένων, σε τρόπο ώστε, τελικώς, να κατακυρωθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού υπέρ του, κατ' άρθρο 4.2.ε της διακήρυξης, εφόσον η οικονομική του προσφορά έχει γίνει δεκτή.

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, στις από 04-02-2019 απόψεις του, επί της προσφυγής, καταρχήν υπολαμβάνει ότι ο προσφεύγων ασκεί την υπό εξέταση προσφυγή καταχρηστικά και απαραδέκτως, καθώς επικαλείται ότι στο πρόσωπο του αναδόχου συντρέχει λόγος αποκλεισμού που όμως συντρέχει και στο πρόσωπο του ίδιου του προσφεύγοντος, ανεξαρτήτως της βαρύτητας της κύρωσης που για τον ίδιο πάντως λόγο έχει επιβληθεί αρμοδίως και στους δύο οικονομικούς φορείς. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι ο ισχυρισμός του ότι στο πρόσωπο της καθ' ης εταιρείας, κατά τον χρόνο κατά τον οποίο διεξάγεται ο διαγωνισμός, συντρέχει ο προβλεπόμενος στο άρθρο 57 παρ. 4δ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του αντιστοίχου άρθρου 73 παρ. 4 γ του ν. 4412/2016 λόγος αποκλεισμού είναι νόμω και ουσία αβάσιμος. Και τούτο, διότι α) κατά το εσωτερικό δίκαιο η περίοδος αποκλεισμού για τον επίμαχο λόγο άρχεται από την ημερομηνία του γεγονότος και όχι από την καταδικαστική απόφαση, β) μετά την έκδοση της με αριθμό 642/2017 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν εκδόθηκε Υπουργική Απόφαση, με την οποία να επιβάλλεται ο προβλεπόμενος στο άρθρο 74 του ν. 4412/2016 τριετής αποκλεισμός από δημόσιες συμβάσεις, γ) εφόσον με την απόφαση επιβολής κύρωσης για την σχετική παράβαση επιβάλλεται κανόνας επιείκειας, αρκεί για να αποδειχθεί ότι ο φορέας έχει διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις, ενώπιον της Αρχής που του επιβάλλει την κύρωση, δ) τέλος, οι διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ του ν. 4412/2016 αναφέρονται στη διαδικασία για την οποία προσφεύγει ο προσφεύγων και όχι για παλαιές. Σε κάθε περίπτωση, και επειδή σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7, ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού αίρεται εφόσον ο διαγωνιζόμενος επικαλεστεί και αποδείξει ότι έχει λάβει επαρκή μέτρα επανόρθωσης και απόδειξης της αξιοπιστίας του, ο αναθέτων φορέας θεωρεί ότι η διαδικασία διευθέτησης στην οποία και η καθ' ης εταιρεία υπήχθη, συνάδει με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 10 και, λαμβανομένου υπόψη ότι ούτε με τις διατάξεις του ν. 3959/2011 προβλέπεται μετά την υπαγωγή σε διευθέτηση η επιβολή άλλης ποινής, ούτε και έχει επιβληθεί άλλη τέτοια, εκτός του μειωμένου προστίμου της με αριθμό 642/2017 Απόφαση της Επιτροπής

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

Ανταγωνισμού, η καθ' ης εταιρεία ορθώς και αληθώς απάντησε αρνητικά στο σχετικό με τον οικείο λόγο αποκλεισμού ερώτημα του ΕΕΕΣ. Στο μέτρο, τέλος, που ο προσφεύγων βάλλει κατά του ΕΕΕΣ της καθ' ης εταιρείας, η προσφυγή κατά το σκέλος αυτό ασκείται απαραδέκτως, γιατί δεν ασκήθηκε κατά τον χρόνο που έπρεπε.

7. Επειδή, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι: 1) Με δεδομένο ότι ο προσφεύγων δεν προσέβαλε τη με αριθμό 1474(β)/29-08-2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, κατά το μέρος που έκρινε σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ του παρότι είχε απαντήσει αρνητικά στο επίμαχο ερώτημα της σύναψης συμφωνιών για τη νόθευση του ανταγωνισμού, δεν δύναται κατά το παρόν στάδιο κατά το οποίο ελέγχονται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης κατά το άρθρο 21 της διακήρυξης να αμφισβητηθεί η ορθότητα συμπλήρωσης του εν λόγω ΕΕΕΣ, ούτε η μεταβολή απόψεων του προσφεύγοντος μετά τη δημοσίευση της απόφασης C-124/2017 του ΔΕΕ δημιουργεί νέα προθεσμία προσβολής της άνω απόφασης, αναφορικά με τη νομιμότητα του ΕΕΕΣ. Εξάλλου, ο παρεμβαίνων κατά το στάδιο αυτό υπέβαλε το προσήκον δικαιολογητικό, κατ' άρθρο 21 της διακήρυξης για την απόδειξη μη συνδρομής στο πρόσωπό του του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 19.1.3.γ της διακήρυξης. 2) Απαραδέκτως προσβάλλεται η δήθεν παράλειψη του να διορθώσει το ΕΕΕΣ, διότι δεν προσβάλλεται πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντος φορέα, ώστε να μπορεί να ζητηθεί έννομη προστασία κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 4.4 της διακήρυξης και του άρθρου 346 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Εξάλλου, το αίτημα να αποκλειστεί ο παρεμβαίνων είναι νόμω αβάσιμο, διότι κάθε φορέας που εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται, μεταξύ άλλων, στο άρθρο 19.1.3 της διακήρυξης μπορεί να προσκομίζει στοιχεία που αποδεικνύουν ότι έχει αποκαταστήσει την αξιοπιστία του, ενώ το αίτημα να κατακυρωθεί η σύμβαση στον προσφεύγοντα είναι απαράδεκτο, διότι κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016 σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί παράλειψης ακυρώνεται

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3) Ο ισχυρισμός όμως ότι μετά την απόφαση του ΔΕΕ όφειλε να διορθώσει την αρχική αρνητική του απάντηση στο ΕΕΕΣ περί του αν έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς είναι και αβάσιμος για τους ακόλουθους λόγους: α) Δοθέντος ότι η με αριθμό 642/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού διαπίστωσε ότι η ..... συμμετείχε σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγορών και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων, κατόπιν αιτήματος της καθ' ης εταιρείας για υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης σύμφωνα με τα άρθρα 25<sup>Α</sup> του ν. 3959/2011 και την υπ' αριθμόν 628/2016 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, τυγχάνουν εφαρμοστέες οι ευεργετικές διατάξεις των άρθρων 25<sup>Α</sup>, 14 παρ. 2 περ. ιδ (εε) και 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011, όπως αυτές έχουν τροποποιηθεί, ιδίως αυτή της παρ. 3 του άρθρου 44, με τις διατάξεις του ν. 4389/2016, σύμφωνα με τις οποίες, μετά την επιβολή του οικείου προστίμου, η ..... απηλλάγη κάθε άλλης διοικητικής κύρωσης, επομένως και του αποκλεισμού της από διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. β) Σε κάθε περίπτωση έχει παρέλθει η μέγιστη περίοδος τριών ετών από την τέλεση της καρτελικής συμπεριφοράς, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016, εφόσον κατά την πιο πάνω απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού η εν λόγω παραβίαση αφορά σε διάστημα έως και την 26.11.2012. γ) Η επικαλούμενη απόφαση με αριθμό C-124/2017 δεν έχει εφαρμογή εν προκειμένω, αφενός διότι αντικείμενο της υπό κρίση διαφοράς ήταν αποκλεισμός εταιρείας από σύστημα προεπιλογής κατά την έννοια του άρθρου 77 της Οδηγίας 2014/25, συνεπώς ως διαρκής εμπίπτει στην έννοια του γενικού διοικητικού αποκλεισμού και δεν επρόκειτο για αποκλεισμό αποκλειστικά και μόνον από την ίδια διαδικασία, συνεπώς κατά τη διάταξη του άρθρου 74 του ν. 4412/2016 ταυτίζεται με τον διοικητικό αποκλεισμό με ΚΥΑ των υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Δικαιοσύνης Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και όχι με τον αποκλεισμό που επιβάλλουν οι αναθέτουσες αρχές κατά

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

τις διατάξεις του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 σε κατ' ιδίαν διαγωνιστικές διαδικασίες, αφετέρου διότι δεν οριοθέτησε και δη με τρόπο δεσμευτικό την έννοια του δυνητικού λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 περ. δ του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24. δ) Συνακόλουθα, χωρίς αντίθετη κρίση από την απόφαση C-124/2017 του ΔΕΕ, οι διατάξεις του άρθρου 19.1.3 της διακήρυξης, που επαναλαμβάνουν το λεκτικό της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ του ν. 4412/2016, ερμηνεύεται ότι αφορούν συμφωνίες που ο ελεγχόμενος φορέας συνήψε όχι κατά το παρελθόν, αλλά κατά επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτο, διότι ως προϋπόθεση για τη στοιχειοθέτηση του επίμαχου λόγου αποκλεισμού τίθεται η ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων και όχι δικαστικές ή διοικητικές αποφάσεις που σε άλλους λόγους αποκλεισμού υιοθετούνται. Διαφορετική ερμηνεία, εξάλλου, θα παραβίαζε τις αρχές της αναλογικότητας και της ισότητας, διότι υποψήφιοι που θα είχαν τιμωρηθεί για το σχετικό παράπτωμα από τις αρμόδιες αρχές θα υποχρεώνονταν σε νέα τιμωρία για την ίδια παρελθούσα παραβατική συμπεριφορά.

8. Επειδή, ο προσφεύγων απαραδέκτως βάλλει κατά του, από 7.1.2019, 2<sup>ου</sup> Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού περί Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης (με το οποίο κρίθηκε ότι τα από την προσωρινή ανάδοχο, ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «..... Α.Ε.», υποβληθέντα έγγραφα και δικαιολογητικά πληρούν τις προϋποθέσεις της υπέρ αυτής κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, κατά τα άρθρα 19, 20 & 21 της διακήρυξης). Τούτο δε, διότι έχει κριθεί νομολογιακά ότι οι επιτροπές των διαγωνισμών ασκούν γνωμοδοτική αρμοδιότητα και, ως εκ τούτου, οι πράξεις τους στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα. Η αποφασιστική αρμοδιότητα ανήκει στο αρμόδιο για την έγκριση του αποτελέσματος του διαγωνισμού όργανο, το οποίο επιλαμβάνεται στο οικείο στάδιο ή κατά την κατακύρωση (πρβλ. Ε.Α. 796/2005, 241, 800/2003, 601/2000). Δοθέντος ότι εν προκειμένω, η Επιτροπή του Διαγωνισμού δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα, αλλά αυτή ανήκει στο Διοικητικό Συμβούλιο του αναθέτοντος φορέα, κατά συνέπεια οι αποφάσεις του οργάνου αυτού,

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

μόνον, είναι δεκτικές αυτοτελούς προσβολής με προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι αυτές επηρεάζουν άμεσα την οριστική έκβαση του διαγωνισμού και, επομένως, έχουν εκτελεστό χαρακτήρα. Ομοίως, απαραδέκτως με την υπό εξέταση προσφυγή του αιτείται ο προσφεύγων να αποκλεισθεί η ..... της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας, λόγω παράβασης όρων της διακήρυξης (άρθρα 19.1.3, 19.2 κλπ) επί ποινή αποκλεισμού τεθειμένων, σε τρόπο ώστε, τελικώς, να κατακυρωθεί το αποτέλεσμα του διαγωνισμού υπέρ του, κατ' άρθρο 4.2.ε της διακήρυξης, εφόσον η οικονομική του προσφορά έχει γίνει δεκτή. Και τούτο, διότι, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016, η ΑΕΠΠ επί αποδοχής της προσφυγής κατά εκτελεστής πράξης ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί παράλειψης ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την πράξη, ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018, σκ. 8). Συνεπώς, επί αποδοχής της υπό εξέτασης προσφυγής του προσφεύγοντος, η ΑΕΠΠ με την απόφασή της θα ακυρώσει την προσβαλλόμενη με αριθμό 1490(β)/16.1.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα. Τέλος, στο βαθμό που ο προσφεύγων επιχειρεί να θίξει τη νομιμότητα της με αριθμό 1474(β)/29-08-2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, κατά το μέρος που έκρινε σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της εταιρείας ....., παρότι είχε απαντήσει αρνητικά στο επίμαχο ερώτημα της σύναψης συμφωνιών για τη νόθευση του ανταγωνισμού, η υπό εξέταση προσφυγή κατά το μέρος αυτό είναι απορριπτέα προεχόντως ως απαράδεκτη, δοθέντος ότι επιχειρείται ανεπιταίρως η εκ νέου αμφισβήτηση της νομιμότητας και εντεύθεν η ανάκληση της πράξης έγκρισης των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων, η προθεσμία για την προσβολή της οποίας, κατά τις διατάξεις του άρθρου 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016 παρήλθε ήδη από τις 10-09-2018. Στις στενές χρονικά προθεσμίες,

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

εξάλλου, για την άσκηση προσφυγής κατά εκτελεστών πράξεων των αναθετουσών αρχών και των αναθετόντων φορέων εδράζεται η αρχή του επικαίρου, διότι όπως είχε κριθεί υπό το πρίσμα του ν. 3886/2010 που προέβλεπε ίδιας διάρκειας προθεσμίες για την άσκηση προσφυγής, με αυτές του ν. 4412/2016 οι προθεσμίες για την παροχή έννομης προστασίας αποβλέπουν στην εξασφάλιση παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ούτως ώστε αφ' ενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία, κατά περίπτωση, μέτρα, προκειμένου να αποτραπεί η δημιουργία καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, αφ' ετέρου δε να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο υπερβαίνοντα το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού με την αδικαιολόγητη παράταση των εκκρεμοτήτων σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας αυτής (βλ. Ε.Α. 279/2016 Ολ., Ε.Α. 270/ 2014 κ.ά). Ρητό αίτημα, ωστόσο, για την ακύρωση και της με αριθμό 1474(β)/29-08-2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα δεν περιέχεται στην υπό εξέταση προσφυγή.

9. Επειδή, κατά τα λοιπά παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι από τα έγγραφα και δικαιολογητικά που προσκόμισε η ..... μη νομίμως κρίθηκε ότι πληροί τις προϋποθέσεις της υπέρ αυτής κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, κατά τα άρθρα 19, 20 & 21 της διακήρυξης και ιδίως το άρθρο 19.1.3 γ αυτής, δοθέντος ότι η ....., όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, είχε συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, αλλά δεν δήλωσε ούτε ότι συντρέχει στο πρόσωπό της ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού, ούτε τα μέτρα που έχει λάβει για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της.

10. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού, που συνιστά το κανονιστικό του πλαίσιο, προβλέπει, στο άρθρο 19.1.3 ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) ..., β) ..., γ) υπάρχουν



### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ...», στο άρθρο 22.1 ότι: «Ο φάκελος προσφοράς των Διαγωνιζομένων περιλαμβάνει, επί ποινή αποκλεισμού, τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους: α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», β) υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά», σύμφωνα με τα κατωτέρω», στο άρθρο 22.2 ότι: «Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης», στο άρθρο 22.2.1 ότι: «Βασικά Στοιχεία υποβολής του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 19 της παρούσας, ...», στο άρθρο 21.2 με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 19», ότι: «Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 19, ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την ΑΜ, υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: α) για την παράγραφο 19.1.1 της παρούσας: ... β) για την παράγραφο 19.1.2α της παρούσας: ... για την παράγραφο 19.1.2β της παρούσας: ... γ) για την παράγραφο 19.1.3 (β): ... δ) ... ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου 19.1.3, υποβάλλεται επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους – μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας εγκατάστασης του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικά για την περίπτωση θ της παραγράφου 19.1.3, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

που είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. υποβάλλονται πιστοποιητικά χορηγούμενα από τα αρμόδια επιμελητήρια και φορείς (ΤΕΕ, ΓΕΩΤΕΕ, ΕΕΤΕΜ) από τα οποία αποδεικνύεται ότι τα πρόσωπα με βεβαίωση του Μ.Ε.Κ. που στελεχώνουν την εργοληπτική επιχείρηση, δεν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», στο άρθρο 4.2 με τίτλο «Πρόσκληση Υποβολής Δικαιολογητικών Κατακύρωσης – Διαδικασία Κατακύρωσης», ότι: «α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 4.1, η ΑΜ προσκαλεί μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα πέντε (15) ημερών, τα δικαιολογητικά και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, που καθορίζονται στο άρθρο 21 της παρούσας. β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας». ... ε) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν είναι ψευδή ή ανακριβή, ή αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών, ή αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 19 ή η πλήρωση μιας ή και περισσοτέρων από τις απαιτήσεις του άρθρου 20 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της ΑΜ για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ή αν κανένας από τους

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των άρθρων 19 και 20, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται». Στο αρχείο ΕΕΕΣ, εξάλλου, που είχε αναρτηθεί στα έγγραφα του διαγωνισμού στην κεντρική σελίδα στον ηλεκτρονικό τόπο αυτού (α/α συστήματος: 66925), το οποίο οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν να συμπληρώσουν, στο Μέρος ΙΙΙ με τίτλο Λόγοι Αποκλεισμού, στο κεφάλαιο Γ με τίτλο Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα, στη σελίδα 19, υπήρχε ερώτημα στο οποίο οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν να απαντήσουν με Ναι ή Όχι που είχε ως εξής: «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;». Εφόσον η απάντηση ήταν θετική αμέσως κατωτέρω άνοιγε πεδίο υπό τον τίτλο «Παρακαλείστε να τα περιγράψετε», στο οποίο οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν ελεύθερα να περιγράψουν τις συμφωνίες αυτές. Κατόπιν, έπρεπε να απαντήσουν με ένα Ναι ή Όχι στην ερώτηση «Έχετε λάβει μέτρα για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»);». Τέλος, εφόσον η απάντηση ήταν θετική αμέσως κατωτέρω άνοιγε πεδίο υπό τον τίτλο «Παρακαλείστε να τα περιγράψετε», στο οποίο οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν ελεύθερα να περιγράψουν τα μέτρα αυτά.

11. Επειδή, κατά την έννοια των προπαρατεθέντων όρων της διακήρυξης συνάγεται ότι, κάθε διαγωνιζόμενος κατά την υποβολή προσφοράς, με το ΕΕΕΣ, και ο προσωρινός ανάδοχος κατά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, με επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση, έπρεπε, μεταξύ των άλλων, να δηλώσει ότι στο πρόσωπό του δεν συντρέχει ο προβλεπόμενος στο άρθρο 19.1.3 γ λόγος αποκλεισμού, ότι δηλαδή δεν έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Εφόσον δήλωσε ότι έχει συνάψει τέτοιες συμφωνίες, επιπλέον έπρεπε να περιγράψει τις συμφωνίες αυτές και να αναφέρει τα μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του που τυχόν έχει λάβει. Και τούτο, διότι ακόμα και αν συντρέχει ο οικείος λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του δεν θα μπορούσε να αποκλειστεί, αν όπως ορίζουν οι διατάξεις

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 προηγουμένως δεν εξεταστούν και κριθούν ανεπαρκή τα μέτρα που ο διαγωνιζόμενος δύναται να δηλώσει ότι έχει λάβει για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. Στην περίπτωση, όμως που, ενώ έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, προ της υποβολής της προσφοράς του, είτε δεν το δήλωσε καθόλου, είτε, και αν ακόμη το δήλωσε, δεν έχει λάβει καθόλου ή δεν περιέγραψε μέτρα που έχει λάβει για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του, εφόσον οι ως άνω παραλείψεις διαπιστωθούν, κατά το στάδιο της κατακύρωσης, δεν θα ήταν νόμιμη η κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε αυτόν. Και τούτο, διότι αν δεν το δήλωσε καθόλου στο ΕΕΕΣ, τα στοιχεία που δήλωσε θα είναι ψευδή ή ανακριβή, σε κάθε περίπτωση και, εφόσον οι παραλείψεις αυτές επαναλαμβάνονται και στην επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση που υποβάλλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν θα έχει αποδειχθεί ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο προβλεπόμενος στο άρθρο 19.1.3 γ λόγος αποκλεισμού. Εξάλλου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, οι οποίες ισχύουν και στην προκείμενη διαδικασία, κατά τις διατάξεις του άρθρου 315 του ίδιου νόμου, οι προϋποθέσεις συμμετοχής, η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και η μη συνδρομή στο πρόσωπο κάθε διαγωνιζόμενου των προβλεπόμενων στα έγγραφα της σύμβασης λόγων αποκλεισμού, πρέπει να συντρέχουν τόσο κατά την υποβολή προσφοράς όσο και την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά και κατά την σύναψη της σύμβασης.

12. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τίτλο «Λόγοι Αποκλεισμού» προβλέπεται ότι: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (γ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του· (δ) εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικού φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. ... 5. ... Ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μια από τις περιπτώσεις της παραγράφου 4. 6. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία προμήθειας. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Σε περίπτωση που τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. ... 7. Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου. Καθορίζουν, ιδίως, τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην πρώτη παράγραφο και

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 4.».

13. Επειδή, συναφώς το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», που θεσπίστηκε για την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και δη το άρθρο 57 αυτής, προβλέπει τα εξής: «1.[...]. 2. [...]. 3.[...]. 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 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, ... θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. ... 6. ... Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

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

14. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του ν. 4412/2016, που αποτελεί κατά λέξη μεταφορά της διάταξης του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στο εσωτερικό δίκαιο, καθιερώνεται, μεταξύ άλλων, η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ οι παραβιάσεις των κανόνων του ανταγωνισμού εντάσσονταν συστηματικά στα σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα {πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13, Generali-Providencia, με την οποία κρίθηκε ότι η παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στην έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» του άρθρου 45 παρ. 2 στοιχ. δ' της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (σκέψεις 34 έως 39)}. Με τις διατάξεις, όμως, του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συναφώς με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ' του ν. 4412/2016, με τον οποίο προσαρμόστηκε η ελληνική νομοθεσία στην Οδηγία αυτή, καθιερώθηκε, επιπλέον, ειδικός λόγος προαιρετικού αποκλεισμού από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

οικονομικού φορέα που συνήψε συμφωνίες με άλλους φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Στην Απόφαση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ένωσης μάλιστα της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, στις σκέψεις 38 και 42 αυτής, γίνεται δεκτό ότι συμφωνίες που οικονομικός φορέας είχε συνάψει με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού έως το έτος 2011 εμπίπτουν στο σχετικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ΄ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τον οποίο είχε ενσωματώσει αναθέτουσα αρχή σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης κατά το έτος 2016. Είναι αβάσιμος, συνεπώς ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι οι διατάξεις του άρθρου 19.1.3 της διακήρυξης, που επαναλαμβάνουν το λεκτικό της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ του ν. 4412/2016, η οποία δεν διαφοροποιείται από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ΄ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ερμηνεύεται ότι αφορούν συμφωνίες που ο ελεγχόμενος φορέας συνήψε όχι κατά το παρελθόν, αλλά κατά επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία μόνον. Ούτε ασκεί επιρροή, στην περί του αντιθέτου ερμηνεία ότι η ενώπιον του Δικαστηρίου διαφορά αφορούσε αποκλεισμό εταιρείας από σύστημα προεπιλογής κατά την έννοια του άρθρου 77 της Οδηγίας 2014/25, ούτε από τα στοιχεία της υπόθεσης που έλαβε υπόψη του το Δικαστήριο και διέλαβε κρίση επ' αυτών, προκύπτει ότι τα άρθρα 123, 124, 125 και 126 του Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, γερμανικού νόμου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού (GWB), με τον οποίο μεταφέρθηκε στο γερμανικό δίκαιο η Οδηγία ΕΕ 2014/24, σχετικά με την ερμηνεία των οποίων και τη συμβατότητά τους με τις διατάξεις της Οδηγίας, κλήθηκε να απαντήσει το Δικαστήριο, αναφέρονται σε σύστημα προεπιλογής και μόνον και όχι στις λοιπές διαγωνιστικές διαδικασίες, ούτε και ότι ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα από το επίμαχο σύστημα προεπιλογής ήταν διαρκής και εμπίπτει στην έννοια του γενικού διοικητικού αποκλεισμού που ταυτίζεται με τον διοικητικό αποκλεισμό που προβλέπουν οι διατάξεις του άρθρου 74 του ν. 4412/2106 με ΚΥΑ των υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Δικαιοσύνης Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Αντίθετα, το Δικαστήριο κλήθηκε να



### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

απαντήσει επί της έννοιας του «σχετικού γεγονότος» κατά την έννοια του άρθρου 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ όταν συντρέχει ο διαλαμβανόμενος στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ΄, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ λόγος αποκλεισμού, λόγω συμμετοχής του εμπλεκόμενου οικονομικού φορέα σε σύμπραξη επιχειρήσεων, που ταυτίζεται δηλαδή με τον αποκλεισμό που οι αναθέτουσες αρχές επιβάλλουν σε κατ' ιδίαν διαγωνιστικές διαδικασίες, κατά τις διατάξεις του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένης υπόψη της κρίσης που διαλαμβάνει το Δικαστήριο στην Απόφασή του της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH (σκ. 38), για τη συμπεριφορά που εμπίπτει στον σχετικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 19.1.3 της διακήρυξης, που επαναλαμβάνει το λεκτικό της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ του ν. 4412/2016, η οποία δεν διαφοροποιείται από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ΄ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, για την οποία επιβλήθηκε κύρωση με απόφαση της αρμόδιας αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 και συναφώς του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως αυτής. Τα αντίθετα δε υποστηριζόμενα από τον παρεμβαίνοντα είναι αβάσιμα.

15. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 2/2019 (επταμελούς σύνθεσης) ότι υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι οικονομικός φορέας έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ΄ του Ν. 4412/2016, όταν η παράβαση, είτε έχει διαπιστωθεί από την αρμόδια αρχή, είτε έχει συνομολογηθεί από τον οικονομικό φορέα. Τούτο, δε, διότι α) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 1, 14 και 25 του Ν. 3959/2011, κύρωση επιβάλλεται στον οικονομικό φορέα, όταν η αρμόδια προς τούτο αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1, 2 και 11 του νόμου αυτού ή των άρθρων 101 και

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, β) σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25<sup>α</sup> του ίδιου ως άνω νόμου, απόφαση οριστικής διευθέτησης της υπόθεσης λαμβάνεται από την ίδια αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για έναν οικονομικό φορέα, όταν αυτός παραδέχεται τη συμμετοχή του στην διαπιστούμενη οριζόντια σύμπραξη, κατά παράβαση του άρθρου 1 του νόμου αυτού ή/και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

16. Επειδή, περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 δεν προβλέπουν την οριστική αποδοχή διευθέτησης μιας υπόθεσης ενώπιον της αρμόδιας αρχής ως μέτρο αυτοκάθαρσης, ούτε από την γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 25<sup>α</sup> του ν.3959/2011 για την οριστική διευθέτηση μιας υπόθεσης προκύπτει ότι προϋπόθεση για να υπαχθεί ο φορέας στη διαδικασία αυτή αποτελεί να έχει διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες η παράβαση έλαβε χώρα. Απεναντίας, ο οικονομικός φορέας οφείλει να προβάλει και να αποδείξει με στοιχεία ότι κατά την διαδικασία κατά την οποία υπήχθη σε διευθέτηση της υπόθεσης με την αρμόδια αρχή πράγματι διευκρίνισε με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες υπέπεσε στην σε βάρος του αποδιδόμενη παράβαση, η δε αναθέτουσα αρχή να τα αξιολογήσει, χωρίς μάλιστα να δεσμεύεται από τις σχετικές αποφάσεις της αρμόδιας αρχής (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκέψη 33). Από τη γραμματική διατύπωση των πιο πάνω διατάξεων της Οδηγίας και του Νόμου, εξάλλου, συνάγεται ότι οικονομικός φορέας που έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και έχει διευθετήσει την υπόθεση με την αρμόδια αρχή, θα πρέπει, ενώπιον της αναθέτουσας αρχής σε μια διαγωνιστική διαδικασία, επιπλέον, να προσκομίσει στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλα για την αποφυγή επανάληψης της παράβασης, στην οποία υπέπεσε.

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

17. Επειδή, τέλος, έχει κριθεί, (ΑΕΠΠ 2/2019 (επταμελούς σύνθεσης) ότι η διαδικασία διευθέτησης που καθιερώνεται στο άρθρο 25<sup>α</sup> του Ν. 3959/2011 δεν επάγεται άλλα οφέλη για τον φορέα που δέχεται να υπαχθεί σε αυτήν, εκτός από τη μείωση του προστίμου που θα επιβαλλόταν για την διαπιστούμενη παράβαση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 25<sup>α</sup> του Ν. 3959/2011, την άρση του αξιοποίνου, για το αδίκημα για το οποίο θα κατηγορούνταν οι νόμιμοι εκπρόσωποί του και την απαλλαγή του από άλλες διοικητικές κυρώσεις, κατά τις διατάξεις του άρθρου 44 του ίδιου Νόμου. Στο βαθμό που, στο πλαίσιο κίνησης διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, επιπλέον των λοιπών κυρώσεων που ο νόμος 3959/2011 απειλεί σε βάρος του, στον ελεγχόμενο οικονομικό φορέα δεν έχει επιβληθεί και ο προβλεπόμενος στις διατάξεις του άρθρου 74 διοικητικός αποκλεισμός από τη συμμετοχή του σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης, από τον οποίο κατά τα ως άνω θα απαλλασσόταν, νομίμως και υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπουν οι διατάξεις των άρθρων 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, μπορεί να αποκλειστεί από μία κατ' ιδίαν διαγωνιστική διαδικασία φορέας που υπήχθη σε διαδικασία διευθέτησης με την αρμόδια αρχή για συμφωνίες που συνήψε με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, αλλά δεν έλαβε ή δεν δήλωσε ότι έλαβε άλλα μέτρα αυτοκάθαρσης. Αβάσιμα δε ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων ότι μη νόμιμα επιβάλλεται η διοικητική κύρωση του αποκλεισμού από μια κατ' ιδίαν διαγωνιστική διαδικασία, διότι ο φορέας που έχει διευθετήσει απαλλάσσεται πάσης διοικητικής κύρωσης. Τούτο, δε διότι η πράξη αποκλεισμού από αναθέτουσα αρχή από διαγωνισμό, αν έχει προβλέψει σχετικό όρο στη διακήρυξη αποτελεί μέτρο λαμβανόμενο στο πλαίσιο της δέσμιας αρμοδιότητάς της να διαπιστώσει την πλήρωση ή μη των κριτηρίων του συμμετέχοντος - εν προκειμένω της αξιοπιστίας του για τη σύναψη σύμβασης- ως έννομη συνέπεια εκλείψεως των προϋποθέσεων υπό τις οποίες η συμμετοχή του γίνεται αποδεκτή. Η υποχρέωση τήρησης των κανόνων του ανταγωνισμού βαρύνει την αναθέτουσα αρχή κατά τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, τόσο στο ενωσιακό όσο και στο εθνικό

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

δίκαιο, ώστε να επιτυγχάνεται κυρίως η εγγύηση της ελεύθερης πρόσβασης των επιχειρήσεων στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων και ακολούθως η προστασία αγοραστών και εγγύηση ποιότητας επιλογής (Α. Σπυριδωνος Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού στις δημόσιες συμβάσεις Νομική Βιβλιοθήκη ΘΠΔΔ, Τεύχος 6/2017 σελ. 537). Σκοπός είναι η επικράτηση και η διασφάλιση συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών μελών, αντιμετωπιζόμενων ως μία ενιαία αγορά και συγκεκριμένα μία ενιαία αγορά δημοσίων συμβάσεων (ΔΕΚ της 142-2008, υποθ. C-450/06, Varec, σκ. 34) και ως εκ τούτου η επιλογή της βέλτιστης επιλογής σύναψης σύμβασης για την αναθέτουσα. Συνεπώς η πράξη αποκλεισμού δεν αποτελεί κύρωση, διότι δεν επιβάλλεται στο συμμετέχοντα υποχρέωση, ούτε συντρέχει το κυρωτικό στοιχείο της επιβαλλόμενης πράξης (Βλ. ΣτΕ 2445/2000 και 615/2008 για πράξεις αποκλεισμού ή ανάκλησης αδειών που δεν συντρέχει το κυρωτικό στοιχείο). Εκδίδεται δε στο πλαίσιο της συνήθους δράσης της Διοίκησης και όχι στο πεδίο της κυρωτικής της αρμοδιότητας (Βλ. Λύτρα, Έννοια και βασική διάκριση των κυρώσεων στο ελληνικό θετικό δίκαιο, σελ. 33 επ.).

18. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, συνακόλουθα, προσωρινός ανάδοχος στον υπό εξέταση διαγωνισμό, που υπήχθη σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25<sup>α</sup> του ν. 3959/2011 για συμφωνίες που είχε συνάψει κατά το παρελθόν που σκοπό είχαν τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, εφόσον η υπαγωγή στη διευθέτηση και η επιβολή της κύρωσης έχει λάβει χώρα εντός τριετίας από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, όφειλε να δηλώσει ότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του και ότι έχει λάβει συγκεκριμένα μέτρα με τα οποία έχει αποκαταστήσει την αξιοπιστία του.

19. Επειδή εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, σε βάρος της ....., μεταξύ άλλων εργοληπτικών επιχειρήσεων, και του προσφεύγοντος, μάλιστα, έχει εκδοθεί η με αριθμό 642/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή και δη στα σημεία 261 και 265 αυτής, στο κεφάλαιό της

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

VI.3.4. με τίτλο «ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΣΤΗΝ ΑΝΤΙ-ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΙΚΗ ΣΥΜΠΡΑΞΗ ΤΗΣ ΠΕΡΙΟΔΟΥ 2005-2012», η ..... διαπιστώνεται ότι είχε εμπλακεί σε συμφωνίες/εναρμονισμένες πρακτικές αντίθετες με τις αρχές του ανταγωνισμού, λόγο για τον οποίο και, τελικώς, της επεβλήθη και πρόστιμο ύψους 18.611.695,00€. Η ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού εκδόθηκε στις 10.3.2017, δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ Β΄/3104/8.9.2017). Παρά ταύτα στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), που υπέβαλε κατά την υποβολή της προσφοράς της στο διαγωνισμό, στο, υπό τον τίτλο «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» ερώτημα που είχε ως εξής: «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» δεν απάντησε θετικά, ούτε δήλωσε μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει. Κατόπιν, και αφού αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος και κλήθηκε να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης, την 27-12-2018, υπέβαλε τη με αριθμό 6233/20.7.2018, ενώπιον του Συμβολαιογράφου Αθηνών κ. ...., δήλωση εκπροσώπου της, στην οποία δήλωσε υπευθύνως, μεταξύ άλλων και ότι «...β. δεν υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού...».

20. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των όσων έγιναν δεκτά στη σκέψη 8 της παρούσας δεν δύναται νομίμως κατά το παρόν στάδιο να θιγεί η νομιμότητα της με αριθμό 1474(β)/29-08-2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, κατά το μέρος που έκρινε σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της εταιρείας ..... παρότι είχε απαντήσει αρνητικά στο επίμαχο ερώτημα της σύναψης συμφωνιών για τη νόθευση του ανταγωνισμού, η τυχόν πλημμέλεια της εν λόγω απόφασης δεν εξετάζεται περαιτέρω.

21. Επειδή, ωστόσο, όπως έγινε δεκτό στη σκέψη 11 της παρούσας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 οι οποίες ισχύουν και στην προκείμενη διαδικασία, κατά τις διατάξεις του άρθρου 315 του ίδιου νόμου, η μη συνδρομή στο πρόσωπο κάθε διαγωνιζόμενου των

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

προβλεπομένων στα έγγραφα της σύμβασης λόγω αποκλεισμού, πρέπει να συντρέχουν τόσο κατά την υποβολή προσφοράς όσο και την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά και κατά την σύναψη της σύμβασης, εφόσον δεν είχε δηλώσει στο ΕΕΕΣ της ότι έχει εκδοθεί σε βάρος της η με αριθμό 642/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού για συμφωνίες που συνήψε με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού για τις οποίες της επεβλήθη πρόστιμο ούτε, περαιτέρω, τα μέτρα που τυχόν έχει λάβει για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, ο αναθέτων φορέας κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης θα έπρεπε να εξετάσει αν η προσφορά της θα έπρεπε να απορριφθεί κατά τις διατάξεις του άρθρου 4.2 ε) της διακήρυξης εφόσον τα στοιχεία που δηλώθηκαν είναι ψευδή ή ανακριβή. Τούτο, δε δοθέντος ότι ο προσφεύγων επικαλείται την απόφαση με αριθμό 642/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού στο ΕΕΕΣ που αυτός υπέβαλε κατά την υποβολή της προσφοράς του και συνεπώς τεκμαίρεται ότι ο αναθέτων φορέας έλαβε γνώση της και εκτίμησε τα μέτρα αυτοκάθαρσης που αυτός δήλωσε ότι έλαβε ως επαρκή, αφού έκανε δεκτή την προσφορά του. Για το λόγο αυτό άλλωστε αβάσιμα ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας ότι καταχρηστικώς εγείρεται η υπό εξέταση προσφυγή, διότι και ο προσφεύγων έχει υποπέσει στην ίδια με την καθ' ης εταιρεία παράβαση. Ωστόσο, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη δεν θίγεται ειδικώς για το λόγο αυτό με την υπό εξέταση προσφυγή, δεν εξετάζεται περαιτέρω, εφόσον κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής. Όπως, άλλωστε, εμμέσως συνομολογεί και ο ίδιος ο προσφεύγων, που δεν προσέβαλε τη με αριθμό 1474(β)/29-08-2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, κατά το μέρος που έκρινε σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της εταιρείας ....., γιατί είχε την πεποίθηση ότι οι συνέπειες των περιγραφόμενων στην 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού πράξεων είχαν παραγραφεί εκ της παρόδου χρόνου άνω της τριετίας από την τέλεσή τους, τέτοια πεποίθηση, βάσιμα ισχυρίζεται ότι είχε και ο

### **Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

παρεμβαίνων. Συνακόλουθα, δεν θα μπορούσε να απορριφθεί η προσφορά της ..... για υποβολή ψευδούς ή ανακριβούς ΕΕΕΣ για το λόγο αυτό.

22. Επειδή, αντιθέτως, σε συνέχεια όσων γίνονται δεκτά στη σκέψη 11 της παρούσας, μετά τη δημοσίευση της έκδοσης από το ΔΕΕ, Απόφασης επί της υπόθεσης C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH Stadwerke κατά München GmbH), κατά την οποία ως αφετηρία του σχετικού γεγονότος συνδρομής στο πρόσωπο διαγωνιζόμενου του κατ' άρθρο 19.1.3 της διακήρυξης λόγου αποκλεισμού κρίθηκε ότι λαμβάνεται υπόψη η επιβολή της κύρωσης από την αρμόδια αρχή, εν προκειμένω η 10.3.2017, κατά την οποία εκδόθηκε η με αριθμό 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και δεν είχε παρέλθει τριετία μέχρι την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης στο διαγωνισμό, η προσωρινός ανάδοχος εταιρεία ..... όφειλε κατά το στάδιο αυτό να υποβάλει επικαιροποιημένη δήλωση, στην οποία να δηλώνει το σχετικό γεγονός, για το οποίο με τη με αριθμό 642/2017 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της επιβλήθηκε πρόστιμο, επιπλέον, και τα μέτρα που έχει λάβει για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της. Συνακόλουθα, η προσβαλλόμενη απόφαση που έκρινε ότι με τη με αριθμό 6233/20.7.2018, ενώπιον του Συμβολαιογράφου Αθηνών κ. Σπυρίδωνα Κων/νου Βέννη, δήλωση εκπροσώπου της, στην οποία δήλωσε υπευθύνως, μεταξύ άλλων και ότι «...β. δεν υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού...», αποδείχθηκε ότι στο πρόσωπο της εταιρείας ..... δεν συντρέχει ο προβλεπόμενος στο άρθρο 19.1.3 λόγος αποκλεισμού είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί.

23. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, κατά το μέρος και τα αιτήματά της που παραδεκτώως εξετάστηκαν, πρέπει να γίνει δεκτή, η δε παρέμβαση να απορριφθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό.

**Αριθμός απόφασης: 300 / 2019**

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή

Ακυρώνει τη με αριθμό 1490(β)/16.1.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα κατά το μέρος που κρίθηκε ότι τα από την προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού με αριθμό RFP-322/2017 και α/α ΕΣΗΔΗΣ 66925, ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «..... Α.Ε.», υποβληθέντα έγγραφα και δικαιολογητικά πληρούν τις προϋποθέσεις της υπέρ αυτής κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, κατά τα άρθρα 19, 20 & 21 της διακήρυξης και κατακύρωσε σε αυτήν τη σύμβαση, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε ο προσφεύγων (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 256638851959 0326 0018), ποσού 15.000,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 28 Φεβρουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 20<sup>η</sup> Μαρτίου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αλέξανδρος Γρυπάρης**