

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13-06-2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 04.05.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 639/4.05.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία: «...», (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρίας, με την επωνυμία: «...», (εφεξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη ... οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της υπ' αριθ. ... εκτελεστής απόφασης του ... Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής και της ενσωματωθείσας σε αυτήν υπ' αριθμ. ... απόφασης του του ίδιου φορέα, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αποκλείσθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος από τον διαγωνισμό.

Με την παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

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 έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ.

Αριθμός απόφασης: 898/2023

39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης (τμήματα...), ποσού 750 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθ. πρωτ. ... (αρ. ΕΣΗΔΗΣ ... ΑΔΑΜ...) διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ... συνολικού προϋπολογισμού 435.065,21€ χωρίς Φ.Π.Α. Κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε τρία (3) τμήματα και ειδικότερα: ΤΜΗΜΑ 1: «...», εκτιμώμενης αξίας 285.082,76€ χωρίς ΦΠΑ. ΤΜΗΜΑ 2: «...», εκτιμώμενης αξίας 111.273,05€ χωρίς ΦΠΑ. ΤΜΗΜΑ 3: «...», εκτιμώμενης αξίας 38.709,40€ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 4-05-2023, δηλαδή εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση στον προσφεύγοντα της προσβαλλόμενης απόφασης, με την ανάρτησή της στο ΕΣΗΔΗΣ στις 24-04-2023.

4. Επειδή, ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορά στα τμήματα ... του διαγωνισμού. Επιπλέον του προσφεύγοντος, στα Τμήματα ... υποβλήθηκαν προσφορές και από τους οικονομικούς φορείς ... ενώ για το Τμήμα ... υπέβαλε προσφορά και ο οικονομικός φορέας ... Στις 24.4.2023 κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ η προσβαλλόμενη αριθμ. συν. ... απόφαση του ... Συμβουλίου (αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο) με την οποία, κατ' αποδοχή της εισήγησης που διατυπώθηκε στο πρακτικό της ... συνεδρίασης της Επιτροπής Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, κατακυρώθηκε το Τμήμα ... του διαγωνισμού στην εταιρεία ... και το Τμήμα ... στην εταιρεία ... καθώς και η ενσωματωθείσα σε αυτήν υπ' αριθμ. συν. ... απόφαση του ... Συμβουλίου με την οποία, κατ' αποδοχή του πρακτικού της ... συνεδρίασης της Επιτροπής Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, αποκλείστηκε η προσφορά του προσφεύγοντος από τον διαγωνισμό. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την ανωτέρω απόφαση, η προσφορά του προσφεύγοντος απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του δεν δήλωσε μέτρα ... για την απόφαση 703/2020 της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β'

Αριθμός απόφασης: 898/2023

3377/13.8.2020) με την οποία κρίθηκε, ότι πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις του Προγράμματος Επιείκειας και χορηγήθηκε στον προσφεύγοντα το ευεργέτημα της επιείκειας με απαλλαγή από το πρόστιμο. Επίσης, όπως προκύπτει από τον πίνακα μειοδοσίας, ο προσφεύγων έχει υποβάλει την χαμηλότερη προσφορά και στα δύο Τμήματα, δηλαδή στα Τμήματα ... του διαγωνισμού.

5. Επειδή, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλομένης, επικαλούμενος ζημία του από την παράνομη απόρριψη της προσφοράς του στα Τμήματα ... του διαγωνισμού και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως αναδόχου.

6. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 805/2023 Πράξη της Προέδρου του Δου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει τις απόψεις της, η οποία τις απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 12-05-2023 και τις κοινοποίησε στους ενδιαφερόμενους αυθημερόν.

7. Επειδή, η παρεμβαίνουσα εμπρόθεσμα στις 15-05-2023 άσκησε παρέμβαση, δηλαδή εντός δέκα ημερών από την κοινοποίηση σε αυτήν της ασκηθείσας προσφυγής (05-05-2023), έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον, καθώς ήδη αναδείχθηκε ανάδοχος στο Τμήμα ... του διαγωνισμού και τα έννομα συμφέροντά της προδήλως θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

8. Επειδή, σύμφωνα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, παρανόμως η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την προσφορά του προσφεύγοντος με την αιτιολογία της μη παράθεσης μέτρων ... για παράβαση που δεν συνιστά, σύμφωνα με τη διακήρυξη, λόγο αποκλεισμού. Η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζονται ότι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος δεν βρίσκει έρεισμα στον νόμο, αλλά αντιθέτως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη και στον νόμο, ο προσφεύγων ήταν υποχρεωμένος να παραθέσει τα ληφθέντα μέτρα ..., αφού η περίπτωση του εμπίπτει στους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού.

Αριθμός απόφασης: 898/2023

9. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «[...]άρθρο **2.2.3.4** [...]περ. γ': «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (...) (γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 περί ποινικών κυρώσεων και άλλων διοικητικών συνεπειών, υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» [...] «**2.2.9.1:** «Ιδίως επισημαίνεται ότι κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η πάροδος της τριετούς περιόδου της ισχύος του λόγου αποκλεισμού (παραγράφου 10 του άρθρου 73) ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, σύμφωνα με την περ. γ της παραγράφου 2.2.3.4 της παρούσης, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης.».

10. Επειδή, περαιτέρω, η ανωτέρω ρύθμιση (2.2.3.4 γ') της διακήρυξης αναπαράγει πιστά τα προβλεπόμενα στα άρθρα 73 παρ. 4 περ. γ' και 79 παρ.1 του ν. 4412/2016 και, όπως προκύπτει από αυτά, ο λόγος αποκλεισμού της σύναψης συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού έχει διατυπωθεί υπό την επιφύλαξη εφαρμογής του άρθρου 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011. Η διάταξη αυτή, προβλέπει ότι : «3B. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή του άρθρου 29B με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού, ή β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 29A και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου[...]». Συνεπώς, ο λόγος αποκλεισμού 2.2.3.4.γ της διακήρυξης, εξαρτά την συνδρομή του από τη μη συνδρομή, ήτοι υπό την επιφύλαξη συνδρομής «της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 περί ποινικών κυρώσεων και άλλων διοικητικών συνεπειών».

11. Επειδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο προσφεύγων κατά τη σύνταξη του ΕΕΕΣ του απάντησε καταφατικά στο ερώτημα, εάν έχει συνάψει συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού και περαιτέρω στα πεδία που

Αριθμός απόφασης: 898/2023

αναδύονται κατόπιν της καταφατικής απάντησης, δήλωσε, επί λέξει, ότι: «Συμφωνία μεταξύ της «...» και της «...» για τον περιορισμό του ανταγωνισμού μεταξύ τους. Με την υπ' αριθ. 703/2020 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β' 3377/13. 8.2020) κρίθηκε ότι για την εταιρεία «...» πληρούνται οι όροι και προϋποθέσεις του Προγράμματος Επιείκειας και χορηγείται το ευεργέτημα της επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο. Σύμφωνα με το άρθρο 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, εφόσον συντρέχει υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας με πλήρη απαλλαγή από το πρόστιμο, η παράβαση δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού για δημόσιες συμβάσεις.». Επομένως, εν προκειμένω, συνέτρεχαν, ήδη, κατά την υποβολή της προσφοράς, στο πρόσωπο του προσφεύγοντος, οι προϋποθέσεις του άρθρου 44 παρ. 3β Ν. 3959/2011 περί απαλλαγής του από τον ανωτέρω λόγο αποκλεισμού του άρ. 2.2.3.4.γ' της διακήρυξης, που αναπαράγει τον λόγο αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η εξαρχής κατάγνωση και συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού τελεί υπό την επιφύλαξη των προϋποθέσεων της παραπάνω διάταξης του άρ. 44 παρ. 3β Ν. 3959/2011, οι οποίες στη συγκεκριμένη περίπτωση συνέτρεχαν και όλα τα ανωτέρω προσηκόντως και αληθώς δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος, αποδεικνύοντας την απουσία του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού (βλ. και ΕΑΔΗΣΥ 1236/2022).

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα όσα αντίθετα έκρινε η αναθέτουσα αρχή, αποφαινόμενη ότι η χορήγηση του ευεργετήματος της επιείκειας και η πλήρης απαλλαγή του προσφεύγοντος από το πρόστιμο κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 44 παρ. 3β του ν. 3959/2011 δεν αναιρούν την υποχρέωσή του ως προς τη λήψη μέτρων ..., είναι απορριπτικά ως άνευ ερείσματος στη διακήρυξη και στον νόμο, καθώς, δεδομένης της (εξαρχής) μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού, ο προσφεύγων δεν είχε καμία υποχρέωση να δηλώσει τέτοια μέτρα. Αλυσιτελώς δε η αναθέτουσα αρχή επικαλείται την 1535/2021 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, καθώς η συγκεκριμένη περίπτωση, που κρίθηκε από την Αρχή, ήταν εντελώς διαφορετική ως προς το πραγματικό της. Συγκεκριμένα, αφορούσε διακήρυξη, στο αντίστοιχο άρθρο 2.2.3.4 περ. γ' της οποίας δεν είχε περιληφθεί η προβλεπόμενη στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ'

Αριθμός απόφασης: 898/2023

επιφύλαξη της εφαρμογής της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011. Περαιτέρω, αβασίμως η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, ότι εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να μην επαναλάβει τη ρύθμιση του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ', ώστε συντρέχει λόγος υποχρεωτικού αποκλεισμού, ο οποίος δεν εξαρτάται από την επιφύλαξη του άρθρου 44 παρ. 3β του Ν.3959/2011, καθώς επίσης (αβασίμως ισχυρίζεται) και ότι μόνο εάν η αναθέτουσα αρχή στη διακήρυξη παρέπεμπε στο άρθρο 44 παρ. 3γ του ίδιου ως άνω νόμου, θα ίσχυε η εξαίρεση από τους λόγους αποκλεισμού. Και τούτο, διότι στη διακήρυξη, όπως προκύπτει από την απλή αντιπαραβολή των δύο διατάξεων, δηλαδή αυτής του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' και αυτής του άρθρου 2.2.3.4 γ', επαναλαμβάνεται πιστά η ρύθμιση του Νόμου. Ο οποίος, περαιτέρω, ρητώς εξαιρεί, από τους λόγους αποκλεισμού, τις περιπτώσεις φορέων που υπάγονται στην περ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, όπως είναι και η υπό εξέταση περίπτωση. Αλυσιτελώς, περαιτέρω, τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα επικαλούνται το άρθρο 2.2.3.7 της διακήρυξης, όπου προβλέπεται ότι: *«Οικονομικός φορέας που εμπíπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.4, εκτός από την περ. β αυτής, 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 (...)*», καθώς η εφαρμογή του προϋποθέτει την στοιχειοθέτηση λόγου αποκλεισμού, περίπτωση, όμως, που δεν συντρέχει στην υπό εξέταση περίπτωση. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

13. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται, ότι κατά την εξέταση των δικαιολογητικών συμμετοχής του η Επιτροπή του Διαγωνισμού κατέγραψε στο Πρακτικό της ... Συνεδρίασής της ότι αυτός δεν κατέθεσε την υπεύθυνη δήλωση της παρ. 1 του άρθρου 5ια του Κανονισμού του Συμβουλίου (ΕΕ) αριθ. 833/2014 της 31ης Ιουλίου 2014, σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω των ενεργειών της ... που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην ... Αν και από την αιτιολογία της προσβαλλομένης προκύπτει ότι ο αποκλεισμός του στηρίζεται αποκλειστικά στην παράλειψη δήλωσης μέτρων ..., παραταύτα, για την περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι η έλλειψη της υπεύθυνης δήλωσης συνιστά λόγο

Αριθμός απόφασης: 898/2023

αποκλεισμού, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αυτή δεν έπρεπε να υποβληθεί με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, άλλως έπρεπε να κληθεί με τη διαδικασία των διευκρινίσεων, να την υποβάλει. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι ο λόγος αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, καθώς, όπως και ο προσφεύγων αναφέρει, στο Πρακτικό της απλώς καταγράφεται η ως άνω διαπίστωση, η οποία, όμως, δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η υπεύθυνη δήλωση έπρεπε να προσκομισθεί και, επομένως, η προσφορά του προσφεύγοντος είναι απορριπτέα.

14. Επειδή, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη και ρητώς αναφέρει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, η μη προσκόμιση από τον προσφεύγοντα της υπεύθυνης δήλωσης της παρ. 1 του άρθρου 5ια του Κανονισμού του Συμβουλίου (ΕΕ) αριθ. 833/2014 της 31ης Ιουλίου 2014, σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω των ενεργειών της ... , που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην ... , δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού. Επιπλέον, η ΕΑΔΗΣΥ δεν μπορεί να κρίνει πρωτογενώς επί ζητήματος που δεν αξιολογήθηκε από τα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη και στον Νόμο. Συνεπώς, ο λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος και σε κάθε περίπτωση ως απαράδεκτος.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση. Επίσης, πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή και ακυρώνει την προσβαλλόμενη, υπ' αριθ. ... απόφαση του ... Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκέλος της με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος στα Τμήματα ... του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 898/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13-06-2023 και εκδόθηκε στις 16-06-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ