

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22 Μαρτίου 2024, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 12.02.2024 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 209/14.02.2024 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Την παρέμβαση του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «πρώτη παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Την παρέμβαση του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «δεύτερη παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμό .../2024, απόφαση της αναθέτουσας Αρχής (στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. .../2024 απόφαση), καθ' ο μέρος έγιναν δεκτές οι προσφορές των εταιρειών «...» και «...», καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας Αρχής.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια**

**Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο 900,00€, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί: (α) εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την 01.02.2024, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 12.02.2024 (κατά παρέκταση, δεδομένου ότι η 11<sup>η</sup>.02.2024 ήταν Κυριακή και άρα εξαιρετέα ημέρα), (β) μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα (1<sup>η</sup> στην σειρά μειοδοσίας και ανάδοχος) βάλλει κατά της νομιμότητας των προσφορών εταιρειών, που έπονται στη σειρά μειοδοσίας, καθώς, ως έχει κριθεί: «Η σειρά κατάταξης δεν αποκλείει αυτόματα την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος εκ μέρους οποιουδήποτε συμμετέχοντα και μη οριστικώς αποκλεισθέντα σε δημόσιο διαγωνισμό. Βασικό κριτήριο για την στοιχειοθέτηση του εννόμου συμφέροντος αποτελεί το έγκυρο της προσφοράς του διαγωνιζόμενου και ο μη οριστικός αποκλεισμός του με έκδοση απόφασης επί αίτησης ακύρωσης...». (Δ.Εφ.Αθ. 294/2020, σκ. 7). Σημειωτέον, ότι, παρ' όλο που η προσφεύγουσα κρίθηκε αποκλειστέα, δυνάμει της υπ' αριθμό 568/2024 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ (εκδοθείσας επί της υπό ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 204/2024 προδικαστικής προσφυγής), διατηρεί το έννομο συμφέρον της προς άσκηση της προσφυγής, καθώς ο αποκλεισμός της δεν έχει κριθεί οριστικώς με έκδοση απόφασης επί αίτησης ακύρωσης.

3.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή, στις 13.02.2024, στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους. Η μεν πρώτη παρεμβαίνουσα (2<sup>η</sup> στην σειρά μειοδοσίας) άσκησε εμπροθέσμως την παρέμβασή της, στις 23.02.2024, και μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς

## Αριθμός Απόφασης: 570/2024

έχει αναδειχθεί ανάδοχος. Η δε δεύτερη παρεμβαίνουσα (3<sup>η</sup> στην σειρά μειοδοσίας) άσκησε εμπροθέσμως την παρέμβασή της, στις 23.02.2024, και μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς με την προσφυγή προβάλλονται λόγοι αποκλεισμού της από τον εν θέματι διαγωνισμό.

4.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε εμπροθέσμως τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής, στις 23.02.2024. Η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως, στις 28.02.2024, το υπόμνημά της. Η πρώτη παρεμβαίνουσα υπέβαλε εμπροθέσμως, στις 27.02.2024, υπόμνημα. Η αναθέτουσα κατέθεσε συμπληρωματικές απόψεις, στις 12.03.2024, οι οποίες δεν λαμβάνονται υπ' όψη λόγω του εκπροθέσμου. Επίσης, η προσφεύγουσα υπέβαλε, στις 13.03.2024, υπόμνημα, το οποίο όμως δεν λαμβάνεται υπ' όψη λόγω του εκπροθέσμου.

5.Επειδή, με την διακήρυξη, υπ' αριθμό .../2023, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 180.000,00€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 29.11.2023, με Α.Δ.Α.Μ ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

6.Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας (ήτοι, ότι οι υποβληθείσες απ' αυτήν υπεύθυνες δηλώσεις «... ...\_3.Υπεύθυνη Δήλωση ... ...\_s.pdf» και «... ...\_4.Υπεύθυνη Δήλωση ... ...\_s.pdf» δεν απευθύνονται στην αναθέτουσα Αρχή, αλλά στον... , και, ως εκ τούτου, παραβιάζουν το άρθρο 2.4.3.2 στοιχ. 3 και 4 της διακήρυξης), λεκτέα τα κάτωθι. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου και όπως συνομολογεί και η πρώτη παρεμβαίνουσα, πράγματι, οι επίμαχες δύο υπεύθυνες δηλώσεις με ημερομηνία 15/12/2023 (αρχεία «... ...\_3. Υπεύθυνη Δήλωση ... ...\_ s.pdf» και «... ...\_4. Υπεύθυνη Δήλωση ... ...\_ s.pdf») εκ παραδρομής απευθύνονται στον «...» αντί του ορθού ήτοι στην «...». Περαιτέρω, στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 [όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α' 36)], ορίζεται, ότι:

«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν ορισμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης». Οι ως άνω διατάξεις, στις οποίες παραπέμπει η διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού (άρθρο 3.2.1.1), περιέχουν ειδικές προβλέψεις, αποκλειστικώς εφαρμοζόμενες, και αφορούν, κατά την ρητή διατύπωσή τους, μόνον σε διευκρίνιση ή συμπλήρωση νομίμως, κατ' αρχήν, υποβληθέντων στοιχείων και όχι σε αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων στοιχείων, δηλαδή αφορούν στην διευκρίνιση ή στην συμπλήρωση ασαφειών, επουσιωδών πλημμελειών ή προδήλων τυπικών σφαλμάτων των στοιχείων, που έχουν υποβάλει οι διαγωνιζόμενοι με την προσφορά τους (ΣτΕ ΕΑ 171/2021,237, 169, 206/2020, 117, 58/2019, 135/2018 κ.α.). Εν προκειμένω, δεν προκύπτει λόγος άνευ ετέρου απόρριψης της προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας, κατά την νυν ισχύουσα διάταξη του άρ. 102 Ν. 4412/2016 και κατά τον ειδικό όρο 3.1.2.1 της διακήρυξης, πριν η αναθέτουσα καλέσει την εν λόγω παρεμβαίνουσα σε συμπλήρωση/διόρθωση στις επίμαχες υπεύθυνες δηλώσεις, ήτοι στην διόρθωση από το εσφαλμένο «...» στο ορθό «...». Τούτο δε δεν επιφέρει τροποποίηση της προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας, αφού πρόκειται για πρόδηλο ορθογραφικό/τυπογραφικό σφάλμα. Εν όψει αυτών, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να προβεί στις δέουσες ενέργειες, κατά τ' ανωτέρω.

7.Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας (ήτοι, ότι η προσφερόμενη από την εν λόγω παρεμβαίνουσα συσκευή ανίχνευσης ασύρματης επικοινωνίας έχει δύο κεραίες και όχι μία, κατά παράβαση της

προδιαγραφής 1.15), λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, ορίζεται, μεταξύ άλλων, στην προδιαγραφή 1.15, ότι: «1.15. συσκευή ανίχνευσης ασύρματης επικοινωνίας θα έχει κεραία λήψης μικρού μεγέθους η οποία θα καλύπτει την περιοχή συχνοτήτων από 50MHz έως και 5 GHz». Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, η πρώτη παρεμβαίνουσα προσφέρει συσκευή ανίχνευσης ασύρματης επικοινωνίας (ήτοι τη...), η οποία λειτουργεί με μία κεραία, έχει μία υποδοχή κεραίας και δεν χρειάζεται δύο κεραίες, προκειμένου να είναι λειτουργική (βλ 1.1 ΦΥΛΛΑΔΙΟ... , ιδίως σελ. 2,3 και 5). Πιο αναλυτικά, ότι έχει μόνο μία υποδοχή κεραίας προκύπτει από την απλή επισκόπηση των φωτογραφιών στο ανωτέρω τεχνικό φυλλάδιο 1.1, όπου στις φωτογραφίες υπάρχει εκείνη της συσκευής πάντα συνδεδεμένης με μία μόνο κεραία, ή της μαύρης ή της μπλε. Περαιτέρω, στο φυλλάδιο «1.3...», που έχει κατατεθεί στην επίμαχη προσφορά, αναφέρονται μεν δύο κεραίες, αλλά, για την μαύρη κεραία (...), αναφέρεται, ότι είναι πανκατευθυντική και γενικής χρήσης («...»). Ενώ, η μπλε κεραία (...) είναι δευτερεύουσα, είναι κατευθυντική (... , δηλαδή προς μία κατεύθυνση) και δίδει επιπλέον δυνατότητες (για τον εντοπισμό σημάτων σε πολυσύχναστα περιβάλλοντα ραδιοσυχνοτήτων, όπου μπορεί να ανιχνευθούν πολλαπλά σήματα ή για τον εντοπισμό ιδιαίτερα αδύναμων σημάτων). Σημειωτέον, ότι, στο ανωτέρω 1.3 φυλλάδιο, αναφέρεται, ότι η επίμαχη συσκευή καλύπτει εύρος συχνοτήτων «...», ήτοι εντός των τιθόμενων 50MHz έως και 5 GHz, όπως αναφέρεται ανωτέρω. Άλλωστε, στα φυλλάδια αυτά, αναφέρεται «...», ήτοι «βύσμα κεραίας» στον ενικό αριθμό (βλ. σελ. 6 του φυλλαδίου 1.1 και σελ. 3 του φυλλαδίου 1.3) και υπάρχει φωτογραφία της συσκευής, πάντα συνδεδεμένης με μία μόνο κεραία, και, επομένως, κάθε κεραία έχει αυτόνομη λειτουργία. Άρα, η προσφερόμενη, από την εν λόγω παρεμβαίνουσα, συσκευή λειτουργεί πλήρως με την μαύρη (κύρια) κεραία και από κανένα σημείο των τεχνικών φυλλαδίων δεν προκύπτει, ότι χρειάζονται και οι δύο προκειμένου να λειτουργήσει. Άλλωστε, και η αναθέτουσα στις απόψεις αναφέρει, ότι: «...Η συσκευή παρέχεται με 2 κεραίες μια κύρια (...) κεραία γενικής χρήσης (μαύρου χρώματος) και μια δευτερεύουσα (...) κεραία (χρώματος μπλε) η οποία προορίζεται για χρήση για συχνότητες άνω των 2GHz. Στο τεχνικό φυλλάδιο (αρχείο 1.3... . pdf) το οποίο έχει καταθέσει ο οικονομικός φορέας αναφέρεται η βασική διαφοροποίηση για την χρήση της

δεύτερης κεραίας: «..για τον εντοπισμό σημάτων σε πολυσύχναστα περιβάλλοντα ραδιοσυχνοτήτων όπου μπορεί να ανιχνευθούν πολλαπλά σήματα ή για τον εντοπισμό ιδιαίτερα αδύναμων σημάτων...» (πρωτότυπο κείμενο: «... Επομένως δεν προκύπτει από τα ανωτέρω ότι η χρήση της δεύτερης κεραίας είναι επιβεβλημένη για την λειτουργία της συσκευής στο εύρος συχνοτήτων το οποίο ορίζει η διακήρυξη. Συνεπώς, η Επιτροπή θεωρεί ότι για το εν λόγω είδος πληρούνται οι απαιτήσεις των άρθρων 1.5, 1.13 και 1.15 των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης». Εν όψει αυτών, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

8. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας (ήτοι, ότι η δεύτερη παρεμβαίνουσα προσφέρει την ίδια συσκευή ανίχνευσης ασύρματης επικοινωνίας, που προσφέρει η πρώτη παρεμβαίνουσα, και, ως εκ τούτου, η επίμαχη συσκευή έχει δύο κεραίες και όχι μία, κατά παράβαση της προδιαγραφής 1.15), λεκτέα τα κάτωθι. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου και όπως συνομολογεί και η προσφεύγουσα, η δεύτερη παρεμβαίνουσα προσφέρει την συσκευή ανίχνευσης ασύρματης επικοινωνίας, ... , και προσκομίζει το φυλλάδιο «1.1 ΦΥΛΛΑΔΙΟ... ». Δηλαδή, προσφέρει την ίδια συσκευή, που προσφέρει και η πρώτη παρεμβαίνουσα. Ο λόγος αυτός της προσφυγής είναι απορριπτέος ισχυόντων αναλογικώς, όσων εκτέθηκαν στη σκέψη 7.

9. Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής κατά της νομιμότητας των προσφορών των παρεμβαίνουσών (ήτοι, περί της συνδρομής σε βάρος τους των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.4.γ', ζ', η' και θ' της διακήρυξης) λεκτέα τα κάτωθι. Στην διακήρυξη ορίζονται τα εξής: ««2.2.3.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3γ του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 (Α' 93), περί ποινικών κυρώσεων και άλλων διοικητικών συνεπειών, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού ... (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων, κατά την παροχή των

πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας, (η) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει με απατηλό τρόπο παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, (θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του». Περαιτέρω, προβλέπεται, ότι: «2.2.3.5. Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις.». Πρώτον, ως προς τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. γ' της διακήρυξης λόγω σύναψης συμφωνιών με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού: Όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 2270/2015), η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων αποτελεί ουσιώδη αρχή της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, που αποσκοπεί στην διασφάλιση και ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στους σχετικούς τομείς οικονομικής δραστηριότητας. Τούτου έπεται, ότι ενέργειες ή ιδιαίτερες συνθήκες, υπό τις οποίες τελούν διαγωνιζόμενες επιχειρήσεις, συνιστούν λόγο αποκλεισμού αυτών από τον διαγωνισμό, εφ' όσον αποδεικνύεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, ότι οι εν λόγω ενέργειες ή ιδιαίτερες συνθήκες παρείχαν σ' αυτές την ευχέρεια ανταλλαγής πληροφοριών και εν γένει εναρμονισμού της συμπεριφοράς τους, κατά την διαμόρφωση της προσφοράς τους και κατά την συμμετοχή τους στην διαδικασία του διαγωνισμού, με αποτέλεσμα την δημιουργία άνισων συνθηκών ανταγωνισμού εις βάρος των λοιπών διαγωνιζομένων, το δε σχετικό βάρος απόδειξης φέρει, κατά γενική δικονομική αρχή, εκείνος που επικαλείται την συνδρομή των πραγματικών περιστατικών, που στοιχειοθετούν τον ανωτέρω λόγο αποκλεισμού. Εξ άλλου, αποκλεισμός των επιχειρήσεων αυτών, ακόμη και στις περιπτώσεις, που οι μεταξύ τους

σχέσεις δεν επηρεάζουν συγκεκριμένα την συμπεριφορά τους στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι επί τη βάσει αμάχητου τεκμηρίου, σύμφωνα με το οποίο οι ως άνω ιδιαίτερες σχέσεις ή συνθήκες αλλοιώνουν άνευ ετέρου τον ανταγωνισμό, προς βλάβη των λοιπών συμμετεχόντων, θα ήταν αντίθετη στο δημόσιο συμφέρον, το οποίο έγκειται στην διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς, και θα έβαινε πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού της διασφάλισης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 23-12-2009, C-376/2008, απόφαση της 19-5-2009, C-538/07, απόφαση της 16-2-2008, C-213/2007, απόφαση της 3-3-2005, C-21/03 και C-34/03, ΣΤΕ 1819/2020 σκ. 21, 3470/2011 Ολομ., ΕΑ 85/2006, 582/2009, 105/2010). Εν προκειμένω, ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού, περιλαμβάνει το εξής κρίσιμο στοιχείο: τον «στόχο» της συμφωνίας προς στρέβλωση του ανταγωνισμού, ήτοι την υποκειμενική πρόθεση των μερών, να επιτύχουν στρέβλωση του ανταγωνισμού εντός μιας μεταξύ τους συμφωνίας (ως συμβατικού σκοπού ή έστω επιδιωκόμενου και εξυπηρετούμενου, μεταξύ ακόμη και άλλων σωρευτικών στόχων, στόχου αυτής). Η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί τους υποθετικούς ισχυρισμούς της, αναφέροντας (σελ. 27 προσφυγής), ότι: «...η (δήθεν) ταυτότητα των προσφορών μπορεί να μην αποτελεί προφανώς ατράνταχτο στοιχείο στρέβλωσης του ανταγωνισμού και να είναι συμπτωματική...» και ότι: (σελ.29 προσφυγής): « φυσικά εμείς δεν είμαστε σε θέση να αποδείξουμε αν πράγματι ισχύουν τα ανωτέρω ότι οι δύο εταιρείες έχουν ενδεχομένως προβεί σε μυστικές συνεννοήσεις και δεν μπορεί να αποκλειστεί το γεγονός να πρόκειται για σύμπτωση». Επίσης, η αναφορά της προσφεύγουσας σε «φωτογραφικότητα» υπέρ της εταιρείας «...» (ήτοι της δεύτερης παρεμβαίνουσας), σε προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία, στηρίζεται και πάλι σε δικά της υποθετικά συμπεράσματα. Επομένως, σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω δεν υφίστανται τουλάχιστον εύλογες ενδείξεις αντανταγωνιστικής συμφωνίας μεταξύ της πρώτης και της δεύτερης παρεμβαίνουσας. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι προεχόντως αόριστοι και αναπόδεικτοι, σε κάθε όμως περίπτωση, καίτοι η ίδια όφειλε με ορισμένο τρόπο να τους αποδείξει, δεν προκύπτουν καν εκ των στοιχείων του φακέλλου της υπόθεσης, εύλογες πάντως, ενδείξεις συμφωνίας στρέβλωσης μεταξύ της πρώτης και δεύτερης



παρεμβαίνουσας. Εν όψει αυτών, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι. Δεύτερον, ως προς τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. ζ' της διακήρυξης, περί παροχής ψευδών δηλώσεων και απόκρυψης πληροφοριών στο Ε.Ε.Ε.Σ: Κατ' αρχάς, αφού δεν υφίσταται λόγος αποκλεισμού λόγω στρέβλωσης του ανταγωνισμού, δεν υφίσταται και παράνομη εκ των παρεμβαινουσών απόκρυψη, ψευδής δήλωση ή παραπλανητική πληροφορία περί του λόγου αποκλεισμού αυτού. (ΕΑΔΗΣΥ 605/2022). Εν προκειμένω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας στηρίζονται σε όλως υποθετικούς συλλογισμούς, που δεν δύνανται να οδηγήσουν στον άνευ ετέρου αποκλεισμό των παρεμβαινουσών και να καταστήσουν την αρνητική απάντηση αυτών στο ΕΕΕΣ -ως προς το αν έχουν συνάψει συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού- ως ανακριβή δήλωση ή ψευδή δήλωση. Άλλωστε, το γεγονός, ότι πρόκειται για εικασίες και για υποθετικούς ισχυρισμούς, το συνομολογεί η ίδια η προσφεύγουσα στην προσφυγή της. Συγκεκριμένα, στην σελ. 27 της προσφυγής αναφέρει, ότι: «...η (δήθεν) ταυτότητα των προσφορών μπορεί να μην αποτελεί προφανώς ατράνταχτο στοιχείο στρέβλωσης του ανταγωνισμού και να είναι συμπτωματική...», ενώ στην σελίδα 29 αναφέρει, ότι: «...φυσικά εμείς δεν είμαστε σε θέση να αποδείξουμε αν πράγματι ισχύουν τα ανωτέρω ότι οι δύο εταιρείες έχουν ενδεχομένως προβεί σε μυστικές συνεννοήσεις και δεν μπορεί να αποκλειστεί το γεγονός να πρόκειται για σύμπτωση...». Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι προεχόντως αόριστοι και αναπόδεικτοι, καίτοι η ίδια όφειλε με ορισμένο τρόπο να τους αποδείξει. Τούτο, διότι η προσφεύγουσα ήταν αυτή που έφερε το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης και δη, ήδη δια της προσφυγής της, των προϋποθέσεων, που απαιτούντο για την στήριξη των αιτιάσεων της (1256,1257,1258,1259/2022 ΕΑΔΗΣΥ, σελ. 129). Εξ άλλου, η αποδοχή αόριστων αιτιάσεων της προσφυγής θα μετακύλιε ανεπίτρεπτα το βάρος απόδειξης στις παρεμβαίνουσες εταιρείες (ΔΕφΑθ 1379/2022 σκ. 14). Άρα, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι. Τρίτον, ως προς τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. η' της διακήρυξης, περί παροχής παραπλανητικών πληροφοριών και περί συμπαιγνίας: Εν προκειμένω, από τα αναλυτικώς αναφερόμενα στην παρούσα σκέψη, ότι ο λόγος αυτός αποκλεισμού δεν στοιχειοθετείται, αφού από τ' ανωτέρω προκύπτει, ότι ούτε απεκρύβη από τις παρεμβαίνουσες, στο Ε.Ε.Ε.Σ.,

οποιοσδήποτε λόγος αποκλεισμού (αφού τέτοιος δεν συντρέχει) ούτε και υφίστανται εύλογες ενδείξεις περί συμπαιγνίας κατά τ' ανωτέρω. Συνεπώς, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι. Τέταρτον, ως προς τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. θ' της διακήρυξης, περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, λόγω της σύναψης συμφωνιών, με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας: Κατ' αρχάς, αφού δεν υφίσταται λόγος αποκλεισμού λόγω στρέβλωσης του ανταγωνισμού, δεν είναι νοητό να υφίσταται και σύναψη συμφωνιών, μεταξύ των παρεμβαινουσών, με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Άλλωστε, η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει, ότι: «...η (δήθεν) ταυτότητα των προσφορών μπορεί να μην αποτελεί προφανώς ατράνταχτο στοιχείο στρέβλωσης του ανταγωνισμού και να είναι συμπτωματική...», και ότι: «...φυσικά εμείς δεν είμαστε σε θέση να αποδείξουμε αν πράγματι ισχύουν τα ανωτέρω ότι οι δύο εταιρείες έχουν ενδεχομένως προβεί σε μυστικές συνεννοήσεις και δεν μπορεί να αποκλειστεί το γεγονός να πρόκειται για σύμπτωση...». Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι προεχόντως απορριπτέοι ως αναπόδεικτοι. Επομένως, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η προδικαστική προσφυγή να γίνει εν μέρει δεκτή, να γίνει δεκτή η πρώτη παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή, να γίνει δεκτή η δεύτερη παρέμβαση, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος έκανε δεκτή την προσφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας πριν την καλέσει για διευκρινίσεις, να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί στις δέουσες ενέργειες, κατά τα εκτεθέντα στην σκ. 6.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

**Αριθμός Απόφασης: 570/2024**

Δέχεται εν μέρει των πρώτη παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή.

Δέχεται την δεύτερη παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να προβεί στις δέουσες ενέργειες, κατά τα εκτεθέντα στην σκέψη 6.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Μαρτίου 2024 και εκδόθηκε στις 8 Απριλίου 2024 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**