

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18.08.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 899/13.07.2020 της ένωσης εταιριών με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ***** και της με αριθ. 3756/29.06.2020 απόφασης του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν ανακαλείται μερικώς η υπ'αριθμ. 3564/20-11-2020 απόφαση του Δ.Σ. ως προς την έγκριση του 1^{ου} Πρακτικού, ανακαλείται η υπ'αριθμ. 3636/02-07-2019 απόφαση του Δ.Σ, που αφορά στην αναπομπή του 2^{ου} Πρακτικού στην Επιτροπή Διαγωνισμού και αναπέμπεται στην επιτροπή διαγωνισμού το 1^ο Πρακτικό προκειμένου να ανασυνταχτεί.

2. Επειδή, η ***** προκήρυξε με την υπ'αριθ. *****/2018 Διακήρυξη δημόσιο, ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΗΛΕΚΤΡΟΚΙΝΗΣΗΣ, ΣΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗΣ – ΤΗΛΕΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΚΑΙ ETCS L1 ΤΗΣ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΗΣ ΜΟΝΗΣ ΣΙΔΗΡΟΔΡΟΜΙΚΗΣ ΓΡΑΜΜΗΣ ΠΑΛΑΙΟΦΑΡΣΑΛΟΣ – ΚΑΛΑΜΠΑΚΑ», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει μόνο τιμής (χαμηλότερη τιμή), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 43.684.474,77 €, χωρίς ΦΠΑ και χωρίς αναθεώρηση. Καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών είχε οριστεί η 11^η Οκτωβρίου 2018. Η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 18.08.2018, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 31.08.2018 και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 31.08.2018, όπου έλαβε τον αριθμό συστήματος :*****. Στον διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα ένωση και άλλοι τρεις (3) φορείς, δηλαδή η ανώνυμη εταιρία «*****», η ανώνυμη εταιρία «*****» και η κοινοπραξία «*****». Κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, με την αρ. πρωτ. εξ. 12969/20.11.2018 και υπ' αρ. 3564 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, εγκρίθηκε το 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της ένωσης και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος η ανώνυμη εταιρία «*****», η δε προσφεύγουσα κατατάχθηκε τρίτη στη σειρά μειοδοσίας. Στη συνέχεια, με αφορμή τη με αρ. 754/2020 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ), η οποία αφορά άλλον διαγωνισμό του ίδιου αναθέτοντος φορέα, με τη με αρ. πρωτ. εξ. 5182/20/29.06.2020 και με αρ. 3756 προσβαλλόμενη με την παρούσα απόφασή του, το Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα έκρινε, μεταξύ άλλων: «Την εν μέρει ανάκληση της υπ' αριθμόν 3564/20-11-2018 αποφάσεως του Δ.Σ., με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και συγκεκριμένως την ανάκληση αυτού ως προς τις παραγράφους 12-14 και 18-20» και «Την αναπομπή στην Επιτροπή Διαγωνισμού, μετά την ανάκληση των ανωτέρω αποφάσεων του Δ.Σ., του 1ου Πρακτικού αυτής, προκειμένου αυτό να ανασυνταχθεί, αφού ελεγχθούν τα υποβληθέντα υπό των οικονομικών φορέων Ευρωπαϊκά Έντυπα Εγγράφου Προμήθειας (άλλως Σύμβασης) (ΕΕΕΠ ή ΕΕΕΣ), ως προς το τιθέμενο σε αυτά ερώτημα [Μέρος ΙΙΙ (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

ανταγωνισμού;»], κατά τα οριζόμενα στην Διακήρυξη και τον Ν.4412/2016 και αφού λάβει υπ' όψιν της τα γενόμενα σχετικώς δεκτά με την υπ' αριθμόν 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ και εν συνεχεία να διαβιβάσει το ανασυνταχθέν, κατά τα ανωτέρω, 1ο πρακτικό της στο Διοικητικό Συμβούλιο προς λήψη της σχετικής αποφάσεως...». Η εν λόγω με αρ. πρωτ. εξ. 5182/20/29.06.2020 και με αρ. 3756 απόφαση του ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 30.06.2020. Ακολούθως, εκδόθηκε η με αριθ. 3762/10.07.2020 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα όπου αποφασίστηκε η απόρριψη των προσφορών όλων των συμμετεχόντων και δη της νυν προσφεύγουσας ένωσης και της εταιρίας «****» διότι κατά τον επανέλεγχο των υποβληθέντων ΕΕΕΣ διαπιστώθηκε ότι στο ερώτημα που τίθεται στα υποβληθέντα από 9.10.2018 και 10.10.2018 ΕΕΕΣ <<Μέρος ΙΙΙ (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) "Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;">>, η απάντηση-δήλωσή τους ήταν «ΟΧΙ», παρά το γεγονός ότι, όπως προκύπτει από τις υπ' αριθμ. 642/2017 και 647/2017 αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, [εκ των οποίων η μεν πρώτη (αφορώσα στην εταιρεία «****») εκδόθηκε την 10-03-2017 και δημοσιεύθηκε την 08-09-2017 στο υπ' αριθμόν 3104, τεύχος Β', ΦΕΚ, η δε δεύτερη (αφορώσα στην εταιρεία «*****») εκδόθηκε την 04-07-2017 και δημοσιεύθηκε την 20-03-2019 στο υπ' αριθμόν 939, τεύχος Β', ΦΕΚ], η Επιτροπή Ανταγωνισμού διαπίστωσε ομόφωνα, ότι οι ανωτέρω εταιρείες συμμετείχαν σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγοράς και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων. Περαιτέρω, με την εν λόγω πράξη αποφασίστηκε η ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού λόγω αποκλεισμού των προσφορών όλων των διαγωνιζομένων. Η τελευταία αυτή απόφαση του αναθέτοντος φορέα προσβλήθηκε από την νυν προσφεύγουσα ένωση εκ νέου με την με ΓΑΚ 968/2020 Προσφυγή και από την εταιρία «*****» με την με ΓΑΚ 969/2020 Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016, το νόμιμο παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 15.000 ευρώ, το οποίο συνιστά το ανώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου, λαμβανομένης υπόψιν της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης.

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

5. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 30.06.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και η υπόψη Προσφυγής κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 10.07.2020, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας θεμελιώνεται στο γεγονός ότι με την με αριθ. 3564/20-11-2018 απόφαση του αναθέτοντος φορέα είχε γίνει δεκτή η προσφορά της, με συνέπεια η ανάκληση της απόφασης αυτής κατά το μέρος τούτο, προκειμένου η Επιτροπή του Διαγωνισμού να ανασυντάξει το σχετικό Πρακτικό, να βλάπτει τα συμφέροντά της.

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

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

8. Επειδή, με την Προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης με αριθ. 3756/29.06.2020 απόφασης, κατά το μέρος που αφορά την ανάκληση της με αριθ. 3564/20-11-2018 απόφασης του Δ.Σ., με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ως προς την αποδοχή της προσφοράς της και την αναπομπή στην Επιτροπή Διαγωνισμού, μετά την ανάκληση, του 1ου Πρακτικού αυτής, προκειμένου αυτό να ανασυνταχθεί, αφού ελεγχθεί το υποβληθέν από μέρος της ΕΕΕΣ, ισχυριζόμενη τα εξής : Η προσφεύγουσα προβάλλει με τον πρώτο λόγο προσφυγής ότι με την έκδοση της προσβαλλόμενης η αναθέτουσα αρχή παραβίασε τους κανόνες ανάκλησης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ναι μεν κάθε αναθέτων φορέας έχει αρμοδιότητα να ανακαλέσει προηγούμενες πράξεις του στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, η ανάκληση, όμως, αυτή πρέπει να είναι νομίμως αιτιολογημένη, δηλαδή χωρεί μόνο εάν με νόμιμη αιτιολογία διαπιστωθεί, μετά από γνώμη, μάλιστα, του αρμοδίου οργάνου, ότι έχουν επιλοχώρησει σχετικά σφάλματα ή παραλείψεις στο συγκεκριμένο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Αντιστρόφως, πριν ο αναθέτων φορέας διαπιστώσει αιτιολογημένα και σύμφωνα με την προβλεπόμενη διαδικασία ότι έχουν επιλοχώρησει σχετικά σφάλματα ή παραλείψεις σε συγκεκριμένο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ουδεμία αρμοδιότητα ανάκλησης της οικείας πράξης του θεμελιώνεται. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από το σώμα και τον φάκελο της προσβαλλόμενης απόφασης, το ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα αποφάσισε την ανάκληση της με αρ. πρωτ. εξ. 12969/20.11.2018 και με αρ. 3564 απόφασής του, δηλαδή πράξης προηγούμενου σταδίου του Διαγωνισμού με την οποία, μεταξύ άλλων, είχε κριθεί παραδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας. Η δε ανάκληση αυτή αποφασίστηκε χωρίς να τηρηθεί η προαναφερθείσα διαδικασία και, κυρίως, χωρίς προηγουμένως να διαπιστωθεί από τον Αναθέτοντα Φορέα ότι, κατά το στάδιο εκείνο του Διαγωνισμού, πράγματι, επιλοχώρησε κάποιο σφάλμα ή παράλειψη των οργάνων του. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, με αφορμή τη με αρ. 754/2020 απόφαση του ΣτΕ, η οποία δεν αφορά τον Διαγωνισμό, αλλά άλλον διαγωνισμό του ίδιου

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

Αναθέτοντος Φορέα, ο Αναθέτων Φορέας, αντί πρώτα να προβεί σε σχετικό έλεγχο και να διαπιστώσει, ακολουθώντας τη νόμιμη διαδικασία (μετά από γνώμη της Επιτροπής του Διαγωνισμού), εάν, εν προκειμένω, κατά το στάδιο έκδοσης της με αρ. πρωτ. εξ. 12969/20.11.2018 και με αρ. 3564 απόφασής του, εμφιλοχώρησε σφάλμα ή παράλειψη, προέβη απευθείας σε ανάκληση της απόφαση αυτής και απλώς διέταξε την Επιτροπή Διαγωνισμού να εφαρμόσει στον παρόντα Διαγωνισμό όσα κρίθηκαν με τη με αρ. 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ, επανελέγχοντας ειδικώς το παραδεκτό της προσφοράς της. Με το περιεχόμενο, όμως, αυτό η προβαλλόμενη απόφαση είναι πολλαπλώς παράνομη, διότι: 1. Κατά παράβαση των προαναφερθέντων κανόνων και αρχών, ανακλήθηκε ευμενής για την ένωσή μας απόφαση του Αναθέτοντα Φορέα, χωρίς πρώτα να εξεταστεί εάν η εν λόγω απόφαση ήταν νόμιμη. 2. Κατά παράβαση του προαναφερθέντος άρθρου 317 του Ν. 4412/2016, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε, χωρίς να προηγηθεί σχετική γνώμη του αρμοδίου οργάνου, δηλαδή της Επιτροπής του Διαγωνισμού. 3. Σε κάθε περίπτωση, η προσβαλλόμενη πράξη ερείδεται σε μη νόμιμη αιτιολογία διότι η επίκληση της με αρ. 754/2020 απόφασης του ΣΤΕ δεν μπορεί να αποτελέσει νόμιμη αιτιολογία, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών και του γεγονότος ότι η εν λόγω απόφαση δεν αφορά τον παρόντα Διαγωνισμό, αλλά άλλον διαγωνισμό του ίδιου Αναθέτοντος Φορέα. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι είναι μη νόμιμη η εφαρμογή στον παρόντα Διαγωνισμό των κριθέντων με τη με αρ. 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ διότι αυτές δεν είναι ορθές και δεν δεσμεύουν τον Αναθέτοντα Φορέα ως προς τον παρόντα Διαγωνισμό. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει αφενός ότι η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού με την οποία διαπιστώνεται η ύπαρξη συμπεριφοράς περιοριστικής του ανταγωνισμού αποτελεί ατομική πράξη δημοσιευτέα κατά τον νόμο και, συνεπώς, η πράξη αυτή τελειούται από και δια της δημοσίευσής της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως και, αφετέρου, ότι μέχρι τη δημοσίευσή της εν λόγω απόφασης, οικονομικός φορέας ο οποίος δεν έχει συνομολογήσει τις σχετικές παραβάσεις ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν είναι υποχρεωμένος να δηλώνει τα σχετικά πραγματικά

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

περιστατικά όταν συμμετέχει σε δημόσιους διαγωνισμούς, περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣτΕ ΕΑ 237/2019. Πρβλ. ΣτΕ ΕΑ Ολ. 72/2020, σκ. 27). Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η επίμαχη με αρ. 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Β' 939/20.03.2019, το οποίο, μάλιστα, κυκλοφόρησε πραγματικά μόλις στις 21.03.2019 ενώ η προσφορά της προσφεύγουσας υποβλήθηκε στις 10.10.2018. Συνεπώς, όπως κρίθηκε ad hoc και ρητώς στην απόφαση ΣτΕ ΕΑ 237/2019, η εταιρία **** ουδόλως είχε υποχρέωση να δηλώσει, με το από 09.10.2018 ΕΕΕΣ της, τα γεγονότα τα οποία κρίθηκαν ως παραβατική συμπεριφορά, με την προαναφερθείσα με αρ. 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Συνεπώς, η με αρ. 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού ουδόλως μπορεί να αποτελέσει έρεισμα απόρριψης της προσφοράς της ένωσης, πολλώ δε μάλλον έρεισμα ανάκλησης της με αρ. πρωτ. εξ. 12969/20.11.2018 και με αρ. 3564 απόφασης του ΔΣ του Αναθέτοντος Φορέα και επανελέγχου του παραδεκτού της προσφοράς της ένωσης. Κατά τούτου, η προσβαλλόμενη ανακλητική απόφαση είναι μη νόμιμη, προεχόντως για τον λόγο αυτόν. Βεβαίως, μετά την απόφαση ΣτΕ ΕΑ 237/2019 εκδόθηκε, για τον ίδιο διαγωνισμό, σε επίπεδο οριστικής δικαστικής προστασίας, η απόφαση ΣτΕ 754/2020, με την οποία κρίθηκε ότι «...η παρεμβαίνουσα ένωση εταιρειών αλυσιτελώς, σε κάθε περίπτωση, προέβαλε τον ισχυρισμό ότι η 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (20.3.2019) μετά τον χρόνο υποβολής των προσφορών (9.2.2018), λαμβανομένου υπόψη ότι κατά τον χρόνο αυτόν ήταν πάντως εκκρεμής η εναντίον της διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού και η ίδια όφειλε να δηλώσει με το ΕΕΕΣ τη σχετική κατάστασή της...». Ωστόσο, τα εν λόγω κριθέντα με την με αρ. 754/2020 απόφαση του ΣτΕ δεν είναι δεσμευτικά για τον Αναθέτοντα Φορέα ως προς τον παρόντα Διαγωνισμό και, πάντως, δεν είναι ορθά. Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η απόφαση ΣτΕ 754/2020 δεν αφορά τον παρόντα Διαγωνισμό, αλλά άλλον διαγωνισμό του ίδιου Αναθέτοντος Φορέα. Ως εκ τούτου, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, στον παρόντα Διαγωνισμό, ο

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

Αναθέτων Φορέας δεν έχει υποχρέωση συμμόρφωσης προς την παραπάνω απόφαση. Επιπλέον, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τόσο από τη Διακήρυξη, όσο και από τον Ν. 4412/2016 δεν προέκυπτε -τουλάχιστον με την προσήκουσα σαφήνεια- ότι η *****, ως μέλος της προσφεύγουσας ένωσης, στο ερώτημα εάν η εν λόγω εταιρία είχε «συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», όφειλε να είχε δηλώσει ότι υπήρχε, κατά τον χρόνο σύνταξης του ΕΕΕΣ, εκκρεμής εναντίον της διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Άλλωστε, οι κρίσεις της απόφασης ΣτΕ 754/2020 όχι μόνο δεν είναι σύμφωνες με την προαναφερθείσα νομολογία του ΔΕΕ, αλλά έχουν ήδη, κατ' ουσίαν, αποδοκιμαστεί από τη μεταγενέστερη με αρ. 72/2020 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας. Από τη σκέψη 27 της απόφασης ΣτΕ ΕΑ Ολ. 72/2020 προκύπτει σαφώς ότι μόνο κρίσιμο στοιχείο για να θεμελιωθεί υποχρέωση του διαγωνιζόμενου να προβεί σε σχετική θετική δήλωση, ως προς το ερώτημα εάν έχει «συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», είναι η ύπαρξη σχετικής απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, εφόσον, κατ' ουσίαν, κρίθηκε ότι πρέπει, καταρχήν, να υφίσταται μία τέτοια απόφαση που να αποδίδει και, μάλιστα, «ρητώς» στον διαγωνιζόμενο παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού. Πρέπει δε να σημειωθεί, επίσης, ότι όλα τα παραπάνω σημεία της σκέψης 27 της απόφασης ΣτΕ ΕΑ Ολ. 72/2020 αφορούν διαδικασία διευθέτησης, ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος φορέας είχε καταρχήν δηλώσει ότι τίθεται ζήτημα παράβασης του δικαίου του ανταγωνισμού. Συνεπώς, οι κρίσεις που περιλαμβάνονται στα παραπάνω σημεία ισχύουν πολλώ μάλλον στην περίπτωση ενδιαφερόμενου φορέα που, όπως εν προκειμένω, κατά τον κρίσιμο χρόνο, αρνείται τη σχετική εισήγηση και υπεραμύνεται, ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ότι δεν έχει προβεί σε καμία παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού. Από τον συνδυασμό όλων των παραπάνω πρέπει να γίνει δεκτό πως, όταν μία αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού, ο αποκλεισμός αυτός δεν είναι αυτόματος, αλλά πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να δίδεται η δυνατότητα στον

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

διαγωνιζόμενο να μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να καταδείξουν την αξιοπιστία του, καίτοι μπορεί να συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Περαιτέρω, όταν ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού δεν προκύπτει ρητώς ούτε από τα έγγραφα του διαγωνισμού ούτε από την εθνική νομοθεσία, αλλά από ερμηνεία της νομοθεσίας αυτής και από τη συμπλήρωση των κενών των εν λόγω εγγράφων εκ μέρους του εθνικού δικαστηρίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να διορθώσει καταλλήλως τη σχετική προσφορά του, ακόμα και εάν αυτή η διόρθωση συνεπάγεται επανυποβολή δικαιολογητικών, όπως είναι το ΕΕΕΣ. Η παραπάνω υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής ισχύει πολλώ μάλλον στις περιπτώσεις κατά τις οποίες α) η ίδια η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικώς ερμηνεύει τα έγγραφα της σύμβασης και την εθνική νομοθεσία, όπως την ερμήνευσε και την εφάρμοσε ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος και β) ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού προέκυψε από μια μεταστροφή της νομολογίας των δικαστηρίων η οποία, μάλιστα, διαψεύσθηκε από μεταγενέστερες δικαστικές αποφάσεις. Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή, ακόμα και εάν γίνει δεκτό ότι δεν υποχρεούται να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να διορθώσει καταλλήλως τη σχετική προσφορά του, ακόμα και εάν αυτή η διόρθωση συνεπάγεται επανυποβολή δικαιολογητικών, όπως είναι το ΕΕΕΣ (quod non), υποχρεούται τουλάχιστον να τον καλέσει να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι, παρότι τελικώς κρίθηκε πως συντρέχει σχετικός λόγος αποκλεισμού, το γεγονός αυτό δεν αίρει την αξιοπιστία του. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, τόσο από τη Διακήρυξη, όσο και από τον Ν. 4412/2016 δεν προέκυπτε -τουλάχιστον με την προσήκουσα σαφήνεια- ότι η *****, μέλος της ένωσης, ερώτημα εάν η εν λόγω εταιρία είχε «συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», όφειλε να είχε δηλώσει ότι υπήρχε, κατά τον χρόνο σύνταξης του ΕΕΕΣ, εκκρεμής εναντίον της διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Τούτο επιβεβαιώνεται δε τόσο από το γεγονός ότι ο ίδιος ο Αναθέτων Φορέας έκρινε, με τη με αρ. πρωτ. εξ. 12969/20.11.2018 και με αρ. 3564 απόφαση του ΔΣ του, πως δεν απαιτείτο μία τέτοια δήλωση, όσο

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

και από το γεγονός ότι, αφενός, μέχρι την έκδοση της απόφασης ΣΤΕ 754/2020, ούτε η ίδια η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ή άλλου δικαστηρίου ή της Αρχής Σας επέβαλε μία τέτοια δήλωση (βλ., ιδίως, την απόφαση ΣΤΕ ΕΑ 237/2019) και, αφετέρου, το ίδιο το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει εκδώσει μεταγενέστερη απόφαση (ΣΤΕ ΕΑ Ολ. 72/2020) από την οποία συνάγεται ότι δεν απαιτείτο η ως άνω δήλωση. Τούτων δοθέντων, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο Αναθέτων Φορέας, ακόμη και εάν τελικά είχε υιοθετήσει τη -μη δεσμευτική και, πάντως, εσφαλμένη (βλ. παραπάνω, σημεία 11 ως και 25)-ερμηνεία της Διακήρυξης που προκύπτει από την απόφαση ΣΤΕ 754/2020, όφειλε, πάντως, αντί να «διατάξει» την Επιτροπή Διαγωνισμού να εφαρμόσει την εν λόγω απόφαση και στον παρόντα Διαγωνισμό, να καλέσει την ένωσή της να διορθώσει την προσφορά της, δηλαδή να υποβάλει, εκ νέου, διορθωμένο -βάσει των κριθέντων με την απόφαση ΣΤΕ 754/2020- ΕΕΕΣ, και, πάντως, να καλέσει την ένωση να υποβάλει σχετικά στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται ότι αυτή παραμένει αξιόπιστη, ακόμα και υπό την εκδοχή ότι προέβη σε ελλιπή σχετική δήλωση στο ΕΕΕΣ. Τούτο επιβάλλεται πολλώ μάλλον, εφόσον, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η ένωση έχει ήδη οικειοθελώς ενημερώσει τον Αναθέτοντα Φορέα ως προς τη με αρ. 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, και έχει ήδη παραθέσει αποδεικτικά στοιχεία για την αξιοπιστία της, ως προς το σχετικό ζήτημα της σύναψης συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (βλ. την από 31.10.2019 δήλωση της ένωσής μας). Βεβαίως, με την απόφαση ΣΤΕ 754/2020 κρίθηκε ότι «...ο αναθέτων φορέας ήταν υποχρεωμένος να απαντήσει στην από 1.7.2019 προδικαστική προσφυγή της και, εφόσον διαπίστωνε τη συνδρομή του μνημονευθέντος λόγου αποκλεισμού, να προχωρήσει στον αποκλεισμό των παρεμβαινουσών από τον διαγωνισμό, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει από αυτές εκ των υστέρων την προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων περί της λήψεως ή μη μέτρων αποκατάστασεως της αξιοπιστίας τους ...». Ωστόσο, η εν λόγω απόφαση δεν είναι δεσμευτική για τον Αναθέτοντα Φορέα και, πάντως, δεν είναι ορθή, διότι, εκτός των άλλων, τα κριθέντα με την εν λόγω απόφαση αντιβαίνουν στην, υποχρέωση του Αναθέτοντα Φορέα να καλέσει, σε κάθε

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

περίπτωση, την ένωση προς διόρθωση της προσφοράς της και υποβολή σχετικών μέτρων απόδειξης της αξιοπιστίας της. Εν προκειμένω, από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης ανακλητικής πράξης προκύπτει ότι η ανάκληση έλαβε χώρα, προκειμένου να επανελεγχθεί εάν η *****, μέλος της ένωσης, είχε υποβάλει ακριβές ή μη ΕΕΕΣ, ως προς το ζήτημα εάν η εν λόγω εταιρία είχε «συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού». Το ζήτημα, όμως, αυτό προφανώς συνδέεται με την υποκειμενική συμπεριφορά της *****, είναι δε ενδεχόμενο να συνδεθεί, μάλιστα, με υπαίτια ή μη συμπεριφορά της εν λόγω εταιρίας. Συνεπώς, κατά τα προαναφερθέντα, ο Αναθέτων Φορέας όφειλε, πριν εκδώσει την προσβαλλόμενη απόφασή του, να καλέσει την προσφεύγουσα προς προηγούμενη ακρόαση. Για όλους αυτούς τους λόγους, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

9. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 6070/17.07.2020 έγγραφό του ο αναθέτων φορέας απέστειλε τις απόψεις του επί της υπόψη Προσφυγής, υποστηρίζοντας τα εξής : Αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει ότι : *«1. Νομική αβασιμότητα: Όχι διαδικαστική παραδρομή η συνδρομή λόγων αποκλεισμού. Είναι φανερό ότι ο λόγος ανάκλησης του πρακτικού από την προσβαλλόμενη δεν συνιστά "σφάλμα ή παράλειψη της διαδικασίας" -σε αντίθεση προς όσα ισχυρίζονται οι προσφεύγοντες- και τούτο, διότι η διαδικασία του διαγωνισμού τηρήθηκε αμειψόμορφα: Κανένα σφάλμα δεν εμφιλοχώρησε κατά την διάρκειά της, ώστε να έπρεπε να επαναληφθεί αυτή, με αποτέλεσμα να πρέπει στο πλαίσιο της να επανεπιληφθεί της υποθέσεως η Επιτροπή του Διαγωνισμού. Ούτε άλλωστε και οι αντίδικοι επικαλούνται κάποιο τέτοιο σφάλμα ή παραδρομή/ παράλειψη. Τουναντίον ο λόγος ανάκλησης του πρακτικού ήταν κατ' εξοχήν ουσιαστικός: έγκειται στην ανάγκη ουσιαστικής συμμόρφωσης προς το νόμο, τα άρθρα 73 και 79 του ν.4412/2016 που επιτάσσουν τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, λόγω ανακριβών δηλώσεων στο ΕΕΕΣ και απαγορευμένων συμπράξεων. Αν θεωρούνταν διαδικαστικό σφάλμα ή παραδρομή κάθε ουσιαστική διαφωνία του*

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

αποφαινομένου οργάνου προς την εισήγηση της Επιτροπής διαγωνισμού, τότε θα έπρεπε να επιστρέφει επ' άπειρον η υπόθεση στην Επιτροπή διαγωνισμού, μέχρις ότου αυτή συμφωνήσει με το αποφαινόμενο όργανο. 2. Αοριστία Περαιτέρω, ο αποκρουόμενος 1ος λόγος είναι προεχόντως αόριστος και ως εκ τούτου ανεπίδεκτος δικαστικής εκτιμήσεως, αφού ούτε οι ίδιοι αντίδικοι διευκρινίζουν σε τι ακριβώς έγκειται αυτό το δήθεν "σφάλμα ή παραδρομή/παράλειψη στη διαδικασία", το οποίο επικαλούνται. 3. Νομική αβασιμότητα: Η ανάκληση επιμέρους πράξεως δεν ακυρώνει τον διαγωνισμό. Εννοείται ότι η επίκληση του άρθρου 317 παρ.3 ν. 4412/ 16 είναι περαιτέρω εξώφθαλμα αβάσιμη προκειμένου για ανάκληση πρακτικού (όπως εν προκειμένω). Τούτο, αφού για την εφαρμογή του άρθρου αυτού αξιώνεται "ακύρωση του διαγωνισμού", ήτοι οριστικός τερματισμός του από την αναθέτουσα αρχή ως προς όλα ή ως προς μερικά από τα κεφάλαια εργασίες που προκηρύσσονται. Τουναντίον με την (οποιαδήποτε) ανάκληση πράξεως του διαγωνισμού δεν τερματίζεται οριστικώς αυτός ή η διαδικασία του, αλλά - αντιθέτως- γεννάται υποχρέωση ορθής επανάληψής τους. 4. Διπλή αλυσιτέλεια και αοριστία. Επιπροσθέτως, ο επίμαχος λόγος είναι διπλώς αλυσιτελής και αόριστος. Συγκεκριμένα: 4.1. Εσωτερικό ζήτημα του αναθέτοντος φορέως η προκαταρκτική ανάμιξη της Επιτροπής Διαγωνισμού: Το αν η υπόθεση διέλθει από την βάσανο της Επιτροπής διαγωνισμού είναι εσωτερικό θέμα του αναθέτοντος φορέως, εκτός αν ο παραπονούμενος διευκρινίσει κατά τι και γιατί θα τον ωφελούσε η ανάμιξη της Επιτροπής διαγωνισμού, πολλώ μάλλον αφού αυτή δεν έχει αποφασιστική αρμοδιότητα. Με άλλα λόγια ο λόγος είναι αόριστος, αφού δεν διευκρινίζεται το έννομο συμφέρον προς προβολήν του. 4.2. Ούτως ή άλλως μονόδρομος ο αποκλεισμός των προσφευγόντων λόγω αθεράπευτα ανακριβών δηλώσεων κ.τ.τ.: Σε κάθε περίπτωση ο επίμαχος λόγος προβάλλεται αλυσιτελώς, δηλαδή χωρίς έννομο συμφέρον, αφού είναι βέβαιο ότι, ακόμη και αν ξαναεπιλαμβανόταν προκαταρκτικώς η Επιτροπή Διαγωνισμού, και πάλι δεν θα μπορούσαν να γίνουν δεκτοί σ' αυτόν διαγωνιζόμενοι με αθεράπευτα ανακριβείς δηλώσεις στο ΕΕΕΣ (ΣτΕ 754/2020) και απαγορευμένες συμπράξεις. 5. Ουσιαστική αβασιμότητα. Σε κάθε περίπτωση είναι και ουσιαστικώς αβάσιμη

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

(ανακριβής) η αιτίαση που διατυπώνεται στον 1ο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, ότι τάχα με την προσβαλλόμενη παρακάμφθηκε η Επιτροπή Διαγωνισμού, αντιθέτως η προσβαλλόμενη παρέπεμψε την υπόθεση εκ νέου στην Επιτροπή Διαγωνισμού προς εισήγησιν». Αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής και δη τους ισχυρισμούς περί μη νόμιμης εφαρμογής στον παρόντα Διαγωνισμό των κριθέντων με την υπ' αριθμ. 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ, ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει ότι : «1. Η προσφεύγουσα βάλλει ουσιαστικώς κατά των κρίσεων της προαναφερθείσας αποφάσεως του Συμβουλίου της Επικρατείας, που αφορά μεν σε άλλο διαγωνισμό, πλην όμως, η διακήρυξη του Διαγωνισμού, επί του οποίου δημοσιεύτηκε η υπ' αριθμ. 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ, έχει όμοιο περιεχόμενο με την Διακήρυξη του παρόντος Διαγωνισμού και κατά συνέπεια τα κριτήρια επιλογής και οι αντίστοιχοι λόγοι αποκλεισμού των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων είναι ίδιοι, ενώ περαιτέρω τα πραγματικά περιστατικά που θεμελιώνουν την ύπαρξη αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού είναι κοινά. Η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή απλώς επαναφέρει και επαναδιατυπώνει τις απόψεις της, ως αυτές υπεβλήθησαν κατά την εξέταση της αιτήσεως ακυρώσεως που αφορά στον έτερο διαγωνισμό (Α.Δ ****), ως αναλύθηκε στο ιστορικό της παρούσας έκθεσης απόψεων. Άπαντες όμως οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας έχουν κριθεί και απορριφθεί ως αβάσιμοι με την ως άνω απόφαση (754/2020) απόφαση του ΣΤΕ. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αναληθώς ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού «διατάσσεται» και μάλιστα αναιτιολόγητα να εφαρμόσει τις κρίσεις της απόφασης ΣΤΕ 754/2020, ενώ από την ανάγνωση της προσβαλλόμενης απόφασης προκύπτει καταφανώς ότι η Ε.Δ εκλήθη να «..λάβει υπόψιν της..» τα γενόμενα δεκτά με την ως άνω απόφαση του ΣΤΕ και όχι να τα εφαρμόσει άκριτα και αναιτιολόγητα, αφού βεβαίως προηγουμένως ελέγξει «..τα υποβληθέντα υπό των οικονομικών φορέων Ευρωπαϊκά Έντυπα Εγγράφου Προμήθειας (άλλως Σύμβασης) (ΕΕΕΠ ή ΕΕΕΣ), ως προς το τιθέμενο σε αυτά ερώτημα [Μέρος III (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»], κατά τα οριζόμενα στην Διακήρυξη και τον Ν.4412/2016...». Επιπροσθέτως από τις ίδιες τις διατάξεις που μνημονεύει στην υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα και συγκεκριμένα την από 24-10-2008 απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση C-124/17, *Vossloh Laeis*, όπου αναφέρεται ρητά ότι «...Σε αυτή την περίπτωση, για λόγους συνοχής με τον τρόπο υπολογισμό της χρονικής περιόδου η οποία προβλέπεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά επίσης για λόγους προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως αυτής. Η λύση αυτή παρίσταται κατά μείζονα λόγο δικαιολογημένη δεδομένου ότι, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας με τα σημεία 83 έως 85 των προτάσεών του, η ύπαρξη συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη μόνο μετά την έκδοση τέτοιας αποφάσεως, με την οποία τα πραγματικά περιστατικά χαρακτηρίζονται νομικώς ως παραβατική συμπεριφορά...». (σκ. 38,39 και 42), προκύπτει ευλόγως ότι ο κρίσιμος ουσιαστικά χρόνος της αποδεδειγμένης ύπαρξης συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού είναι ο χρόνος έκδοσης της απόφασης, τον οποίο οφείλει να πληροφορηθεί κάθε επιμελής διάδικος, που γνωρίζει αναμφισβήτητα ότι είναι εκκρεμής η εναντίον του διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού και ουχί ο χρόνος δημοσίευσης της απόφασης». Αναφορικά δε με τον προβαλλόμενο με τον δεύτερο λόγο προσφυγής ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε να την καλέσει προς διόρθωση της προσφοράς της και να υποβάλλει σχετικά μέτρα απόδειξης της αξιοπιστίας της, ο αναθέτων φορέας, επικαλούμενος την ισχύουσα νομοθεσία και τους όρους της διακήρυξης, υποστηρίζει ότι : « ...από τις μνημονευθείσες διατάξεις της διακηρύξεως και ιδίως από τις διατάξεις των παραγράφων 4.2(δ) του άρθρου 4, των παραγράφων 22.Α.4(γ) και (στ) και 22.Α.6. του άρθρου 22 και της παραγράφου 23.1(α) συνάγεται, ότι ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του ΕΕΕΣ, έχει αναχθεί

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

από τον αναθέτοντα φορέα («*****»), σύμφωνα και σε αρμονία με όσα ορίζονται και με τις διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 1 και 5, 103 παρ. 3 και 104 παρ. 2 του ν.4412/2016 και τον κανονισμό 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται, με τη διαπίστωσή του, την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου δια του ΕΕΕΣ διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής. Το ΕΕΕΣ, το οποίο, όπως προκύπτει από το άρθρο 59 παρ. 1 περ. α' και παρ. 2 της οδηγίας 2014/24, υποβάλλεται ταυτόχρονα με την αίτηση συμμετοχής ή την προσφορά του διαγωνιζομένου και έχει ειδικά τυποποιημένο περιεχόμενο, καθοριζόμενο από τον κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής, επιτελεί ακριβώς τον διαγραφόμενο από τις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 1, 4 και 6 της ως άνω οδηγίας σκοπό, να λαμβάνει δηλαδή η αναθέτουσα αρχή (ή φορέας) πλήρη γνώση όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης της περί της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζομένου στο κατάλληλο στάδιο του διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτόν διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ενώ ταυτόχρονα παρέχεται σε όλους τους υποψηφίους, επί ίσοις όροις, η δυνατότητα να θέσουν υπ' όψιν της αναθέτουσας αρχής ή φορέα όλα τα στοιχεία (λήψη επανορθωτικών μέτρων, λήξη περιόδου αποκλεισμού κλπ.), τα οποία, κατά την άποψή τους, αίρουν τον λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 3.10.2019, Delta κλπ., C-267/18, EU:C:2019:826, σκ. 36). Εφ' όσον δε κρίσιμος, κατά τα ανωτέρω, χρόνος για τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή φορέα έλεγχο και διαπίστωση της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού [άρθρο 22 παρ. 22.A.4(στ) της διακηρύξεως] στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου, κατ' εκτίμηση των παρατιθέμενων από αυτόν στοιχείων, είναι ο χρόνος υποβολής του ΕΕΕΣ, αυτός είναι και ο κρίσιμος χρόνος γενέσεως του, διαφορετικού και αυτοτελούς, λόγου αποκλεισμού λόγω υποβολής ψευδούς δηλώσεως δια του ΕΕΕΣ [άρθρα 4 παρ. 4.2(δ) και 22 παρ. 22.A.4(γ) της διακηρύξεως]. Και τούτο, διότι κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ εκδηλούται η συμπεριφορά του διαγωνιζομένου, η οποία συνιστά τον ως άνω αυτοτελή λόγο αποκλεισμού λόγω ψευδούς δηλώσεως, η

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

οποία δεν δύναται να αναιρεθεί μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που τον οδήγησαν στη συμπεριφορά αυτή. Τα μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία, ακόμη και αν ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του κατά το άρθρο 22 παρ. 22.Α.4(γ) της διακηρύξεως λόγου αποκλεισμού (σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού), δεν αίρουν πάντως τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού, ο οποίος συνίσταται [κατά τα άρθρα 4 παρ. 4.2(δ) και 22 παρ. 22.Α.4(γ) της διακηρύξεως] στην ανακριβή δήλωση και απόκρυψη (δια του ΕΕΕΣ) των σχετικών με τον προαναφερθέντα λόγο [άρθρο 22 παρ. 22.Α.4(στ) της διακηρύξεως] στοιχείων, αναγκαίων για τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής ή φορέα στον κρίσιμο χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ. Εξ άλλου, στην όλως ειδική περίπτωση κατά την οποία το συνιστών τον λόγο αποκλεισμού γεγονός, δηλαδή η σύναψη συμφωνίας με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού, λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή του ΕΕΕΣ, ο διαγωνιζόμενος, υποχρεούμενος να το δηλώσει "αμελλητί" σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016, δύναται ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. (Περί των ανωτέρω: αποφάσεις ΣΤΕ 754/2020 σκέψη 13, 753/2020 σκέψη 11, ΣΤΕ Ε.Α. 23/2020 σκέψη 17). 6. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η εταιρεία «*****», ως μέλος της ενώσεως εταιρειών «***** -*****», ενέπιπτε στον κατά τα εκτεθέντα ανωτέρω λόγο αποκλεισμού, δεδομένου ότι, ενώ κατά την σχετική απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (647/2017 ΦΕΚ Β' 939/20.3.2019) είχε εμπλακεί σε συμπράξεις με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, είχε δηλώσει ανακριβώς με τα υποβληθέντα κατά τον χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού (9/10/2018) ΕΕΕΣ, ότι δεν είχε μετάσχει σε σχετικές συμφωνίες, οι οποίες αφορούν κάθε αθέμιτη σύμπραξη που έλαβε χώρα στο παρελθόν και δεν περιορίζονται στον τρέχοντα διαγωνισμό, η δε μέγιστη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού λόγω των συμφωνιών αυτών δεν λήγει προ της παρόδου τριετίας από το "σχετικό γεγονός", ως τέτοιου νοουμένου της εκδόσεως της αποφάσεως της οικείας αρχής ανταγωνισμού. Σύμφωνα, περαιτέρω, με όσα εκτίθενται ανωτέρω, η εταιρεία «*****» όφειλε, με το υποβληθέν υπ' αυτής ΕΕΕΣ στο σχετικό

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

προαναφερόμενο ερώτημα εάν «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;», να προβεί σε θετική δήλωση-απάντηση, δεδομένου ότι κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών (11-10-2018) ήταν εκκρεμής η εναντίον της διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, όπως προκύπτει από την ως άνω υπ' αριθμόν 647/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. 7. Συναφώς, ο Αναθέτων Φορέας δεν υποχρεούται να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να διορθώσει καταλλήλως την προσφορά του, πολλώ μάλλον να επανυποβάλλει δικαιολογητικά, όπως είναι το ΕΕΕΣ, με την υποβολή του οποίου η προσφεύγουσα και συγκεκριμένα το μέλος της ένωσης με την επωνυμία «*****δεν προέβη σε σχετική ελλιπή δήλωση, όπως αναληθώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή της, αλλά σε ανακριβή αντικειμενικώς δήλωση και τούτο διότι η ανακρίβεια των δηλώσεων του ΕΕΕΣ, επιφέρουσα κατά τα ανωτέρω την απόρριψη της προσφοράς, δεν συνιστά ασάφεια ή επουσιώδη πλημμέλεια, δυνάμενη να αρθεί, αφού η διόρθωσή του θα είχε ως συνέπεια τη μεταγενέστερη αντικατάσταση ουσιώδους εγγράφου (ιδ. Σχετ. ΕΑ ΣτΕ 117/2019, σκ. 14), γεγονός που απαγορεύεται ρητά από τις διατάξεις της Διακήρυξης. 8. Συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής είναι προδήλως μη νόμιμος και σκοπεί μόνον στην παρέλκυση της διαδικασίας». Τέλος, αναφορικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής και δη την παραβίαση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης, ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει τα εξής : «Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ανακαλούμενη πράξη (απόφαση) του Διοικητικού Συμβουλίου εξέταζε ζήτημα που συνδέεται με την υποκειμενική συμπεριφορά της ***** και μάλιστα με υπαίτια ή μη συμπεριφορά της εν λόγω εταιρείας, ως εκ τούτου ο Αναθέτων Φορέας όφειλε πριν εκδώσει την προσβαλλόμενη απόφασή του να τους καλέσει σε προηγούμενη ακρόαση. Ο ως άνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών ερείδεται, κατά την κρίση της, μεταξύ άλλων και στις διατάξεις του άρθρου 6 του κυρωθέντος με το άρθρο πρώτο του ν. 2690/1999 (Φ.Ε.Κ Α 45) Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Πλην όμως, οι προαναφερθείσες διατάξεις αφορούν σε «Διοικητικές Αρχές» και όχι σε Αναθέτοντες Φορείς Δημοσίων Έργων. Επιπροσθέτως, το νομοθετικό

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

πλαίσιο για τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων(Ευρωπαϊκές Οδηγίες, ν. 4412/2016) καθώς και η διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού (Α.Δ *****), η οποία σημειωτέον αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη και ως εκ τούτου οι όροι της έχουν δεσμευτική ισχύ, προβλέπει και περιγράφει επακριβώς τις διαδικασίες που ακολουθούνται κατά την διενέργεια του διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιου έργου, όπου δεν προβλέπεται ρητώς η υποχρέωση για κλήση προς προηγούμενη ακρόαση. Συγκεκριμένα ο νομοθέτης στις περιπτώσεις που έκρινε ότι είναι απαραίτητη η προηγούμενη ακρόαση το έχει προβλέψει ρητά όπως λ.χ άρθρο 74, παρ.3, εδ β' του ν. 4412/2016».

10. Επειδή, με το από 12.08.2020 Υπόμνημά της η προσφεύγουσα αντικρούει τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα υποστηρίζοντας τα εξής : «Ως προς τον πρώτο λόγο: Όπως προβάλλουμε στα σημεία 6 επ. της υπό κρίση προσφυγής μας, η παράβαση των κανόνων ανάκλησης έγκειται ακριβώς στο γεγονός ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε, χωρίς προηγουμένως να εξεταστεί εάν η ανακαλούμενη απόφαση ήταν νόμιμη ή όχι και, μάλιστα, χωρίς να προηγηθεί σχετική γνώμη του αρμοδίου οργάνου. Συνεπώς, όσα περί του αντιθέτου προβάλλονται στις Απόψεις είναι αλυσιτελή, διότι εμείς ουδέποτε ισχυριστήκαμε ότι συντρέχει κάποιο «σφάλμα ή παράλειψη της διαδικασίας» ως λόγος ανάκλησης. Αντιθέτως, ισχυριστήκαμε και ισχυριζόμαστε ότι, κατά τον κρίσιμο χρόνο, ουδείς λόγος ανάκλησης είχε διαπιστωθεί. Μάλιστα, ενόψει αυτού, είναι αντίθετος με την κοινή λογική ο ισχυρισμός ότι ο λόγος που προβάλλουμε δήθεν είναι αόριστος, διότι δεν προσδιορίζουμε τάχα το σφάλμα της διαδικασίας. 4. Συναφώς, πρέπει να σημειωθεί ότι, αντιθέτως προς αυτό που παραπλανητικώς υπονοείται στις Απόψεις, το άρθρο 317, παρ. 3, του Ν. 4412/2016 δεν αναφέρεται σε «σφάλμα ή παράλειψη της διαδικασίας», αλλά σε οποιαδήποτε, άρα και ουσιαστικά, «σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας». Στις Απόψεις παραγνωρίζεται το γεγονός ότι το γράμμα της ως άνω διάταξης αναφέρεται «σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας» και όχι απλώς «της διαδικασίας». Συνεπώς, η εν λόγω διάταξη εφαρμόζεται, εν προκειμένω, ακόμα και εάν γίνει δεκτό ότι ο λόγος ανάκλησης ήταν ουσιαστικός,

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

όπως αναφέρεται στις Απόψεις. 5. Εξάλλου, εσφαλμένως αναφέρεται ότι η παραπάνω διάταξη του άρθρου 317, παρ. 3, του Ν. 4412/2016 εφαρμόζεται μόνο σε περίπτωση «ακύρωσης του διαγωνισμού». Το γράμμα της διάταξης είναι σαφές και αναφέρεται σε «μερική ακύρωση ή αναμόρφωση» και σε «επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφίλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη». Είναι, λοιπόν, σαφές ότι η εν λόγω ρυθμίζει ακριβώς αυτό που συμβαίνει εν προκειμένω και δεν αφορά περίπτωση «ακύρωσης διαγωνισμού», περίπτωση η οποία ρυθμίζεται σε άλλες παραγράφους (βλ. την πρώτη, δεύτερη και τέταρτη παράγραφο) του άρθρου 317 του Ν. 4412/2016. 6. Περαιτέρω, ο λόγος που προβάλλουμε είναι απολύτως λυσιτελής. Καταρχάς, ο λόγος δεν περιορίζεται μόνο στην έλλειψη γνώμης από την πλευρά της Επιτροπής Διαγωνισμού. Ο λόγος αφορά κυρίως το γεγονός ότι, κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης, δεν υπήρχε επί της ουσίας λόγος ανάκλησης, εφόσον η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε, χωρίς προηγουμένως να εξεταστεί εάν η ανακαλούμενη απόφαση ήταν νόμιμη ή όχι. Συνεπώς, υπό το πρίσμα αυτό, προφανώς και ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής δεν αφορά «εσωτερικό θέμα» του Αναθέτοντος Φορέα. Επιπλέον, εφόσον με την υπό κρίση προσφυγή αμφισβητούμε το πραγματικό της υπόθεσης (βλ. τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο θεωρούμε ότι, ούτως ή άλλως, ουδείς λόγος ανάκλησης υπάρχει), και το σκέλος του πρώτου λόγου της υπό κρίση προσφυγής που αφορά την παράκαμψη της Επιτροπής του Διαγωνισμού είναι λυσιτελής. 7. Τέλος, προδήλως απορριπτέοι, διότι ερείδονται σε έναν ανεπίτρεπτο πρωθύστερο σχήμα, είναι οι ισχυρισμοί ότι, ούτως ή άλλως, αποτελεί τάχα μονόδρομο η απόρριψη της προσφοράς μας και ότι, με την προσβαλλόμενη απόφαση, η υπόθεση δήθεν παραπέμφθηκε, εκ νέου, στην Επιτροπή του Διαγωνισμού. Καταρχάς, το ζήτημα εάν η ένωσή μας είχε υποβάλει «αθεράπευτα ανακριβή δήλωση στο ΕΕΕΣ», ακόμα και εάν ισχύει (quod non), δεν είχε ακόμα διαπιστωθεί κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης. Επιπλέον, το κρίσιμο ερώτημα δεν είναι εάν, γενικώς, η υπόθεση αναπέμφθηκε στην Επιτροπή του Διαγωνισμού για να ανασυνταχθεί το 1ο Πρακτικό του Διαγωνισμού, αλλά εάν, πριν από την έκδοση

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

της προσβαλλόμενης ανακλητικής απόφασης, προηγήθηκε γνώμη της Επιτροπής του Διαγωνισμού. 8. Ως προς τον δεύτερο λόγο: Με τις Απόψεις, καταφανώς αβασίμως προβάλλεται πως ό,τι ισχυριζόμαστε το είχαμε τάχα ισχυριστεί και ενώπιον του ΣτΕ και απορρίφθηκε με τη ΣτΕ 754/2020. Από μία απλή ανάγνωση της εν λόγω απόφασης προκύπτει ότι πλήθος ισχυρισμών μας που προβάλλονται με την υπό κρίση προσφυγή είτε δεν αντιμετωπίστηκαν από το ΣτΕ, είτε δεν θα μπορούσαν να είχαν προβληθεί στο ΣτΕ, διότι προϋπέθεταν την ύπαρξη της εν λόγω δικαστικής απόφασης ή άλλων μεταγενέστερων. Τέτοιοι ισχυρισμοί, για παράδειγμα, είναι ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παραβιάζει την αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, ότι, μετά την έκδοση της ΣτΕ 754/2020, εκδόθηκε η ΣτΕ ΕΑ Ολ. 72/2020, η οποία αποδοκιμάζει, κατ' ουσίαν, τις κρίσεις της ΣτΕ 754/2020, και ότι, υπό τις ιδιαίτερες περιστάσεις της παρούσας υπόθεσης αναφορικά με την ένωσή μας (που διαφέρουν ουσιωδώς από αυτές υπό τις οποίες εκδόθηκε η ΣτΕ 754/2020 σχετικά με την εταιρία *****), ο Αναθέτων Φορέας όφειλε, σε κάθε περίπτωση, να μας καλέσει να διορθώσουμε την προσφορά μας και να υποβάλουμε σχετικά μέτρα απόδειξης της αξιοπιστίας μας. 9. Με τις Απόψεις, συνομολογείται, κατ' ουσίαν, ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού «διατάσσεται» να εφαρμόσει τα κριθέντα με την ΣτΕ 754/2020 και στην υπό κρίση υπόθεση. Και τούτο, διότι, εφόσον, όπως προαναφέρθηκε, η ΣτΕ 754/2020 δεν αφορά τον Διαγωνισμό, αλλά άλλον διαγωνισμό του ίδιου Αναθέτοντος Φορέα, είναι προφανές ότι η «διαταγή» αυτή αφορά τη μείζονα σκέψη της ΣτΕ 754/2020 και ότι κάποιο όργανο (η Επιτροπή Διαγωνισμού) έπρεπε να εξετάσει το πραγματικό του Διαγωνισμού (ελάσσονα σκέψη). Συνεπώς, το γεγονός ότι καλείται η Επιτροπή Διαγωνισμού να εξετάσει τα υποβληθέντα στον Διαγωνισμό ΕΕΕΣ, δεν αναιρεί το γεγονός ότι η προσβαλλόμενη απόφαση τη «διατάσσει» να εφαρμόσει τη ΣτΕ 754/2020 στον Διαγωνισμό. 10. Τέλος, αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός του Αναθέτοντος Φορέα ότι κρίσιμος χρόνος δεν είναι ο χρόνος δημοσίευσης στο ΦΕΚ της οικείας απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αλλά ο χρόνος έκδοσης της απόφασης αυτής. Μάλιστα, ο ισχυρισμός αυτός προσκρούει και στην ίδια τη ΣτΕ 754/2020, που ο ίδιος ο Αναθέτων Φορέας επικαλείται. Ειδικότερα, με την

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

απόφαση αυτή δεν ανατράπηκε η κρίση της ΣτΕ ΕΑ 237/2019 ότι οι αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού αποκτούν υπόσταση με τη δημοσίευσή τους στο ΦΕΚ και, συνεπώς, δεν είναι κρίσιμος ο χρόνος έκδοσής τους. Με τη ΣτΕ 754/2020 απλώς κρίθηκε ότι, και πριν από την τελείωση της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας οφείλει να δηλώσει το γεγονός ότι εκκρεμεί η διαδικασία ενώπιον της εν λόγω Επιτροπής. Βεβαίως, όπως προαναφέρθηκε, η κρίση αυτή έχει ήδη αποδοκιμαστεί από τη ΣτΕ ΕΑ Ολ. 72/2020 (βλ., αναλυτικά, τα σημεία 22 επ. της υπό κρίση προσφυγής). 11. Περαιτέρω, ως προς δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προσφυγής, στις Απόψεις γίνεται απλώς αντιγραφή των σκέψεων της ΣτΕ 754/2020 και άλλων σχετικών με αυτήν αποφάσεων του ΣτΕ. Πλην όμως, όπως προαναφέρθηκε, το ζήτημα που τίθεται με τον παρόντα λόγο αφορά το γεγονός ότι, υπό τις ιδιαίτερες περιστάσεις της παρούσας υπόθεσης αναφορικά με την ένωσή μας (που διαφέρουν ουσιωδώς από αυτές υπό τις οποίες εκδόθηκαν η ΣτΕ 754/2020 σχετικά με την ***** και λοιπές αποφάσεις του ΣτΕ σχετικά με άλλες εταιρίες), ο Αναθέτων Φορέας όφειλε, σε κάθε περίπτωση, να μας καλέσει να διορθώσουμε την προσφορά μας και να υποβάλουμε σχετικά μέτρα απόδειξης της αξιοπιστίας μας. Το ζήτημα αυτό δεν έχει επιλυθεί από το ΣτΕ. Αντιθέτως, τόσο η από 30.01.2020 απόφαση του ΔΕΕ, Τίμ, C-395/18, όσο και η ΣτΕ ΕΑ Ολ. 72/2020 επιβάλλουν η δική μας περίπτωση να αντιμετωπιστεί με διαφορετικό τρόπο (βλ., αναλυτικά, τα σημεία 26 επ. της υπό κρίση προσφυγής, τα οποία δεν αντιμετωπίζονται από όσα προβάλλει ο Αναθέτων Φορέας στις Απόψεις του). Υπενθυμίζουμε δε απλώς ότι η συμπεριφορά της ένωσής μας είχε και από το ίδιο το ΣτΕ πιθανολογηθεί νόμιμη (βλ. ΣτΕ ΕΑ 237/2019). 12. Ως προς τον τρίτο λόγο: Προδήλως αβασίμως ο Αναθέτων Φορέας ισχυρίζεται ότι το άρθρο 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999) δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω. Καταρχάς, δυνάμει του άρθρου 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999), ο Αναθέτων Φορέας, τόσο ως θυγατρική εταιρία του ***** , ο οποίος ανήκει στο Ελληνικό Δημόσιο, όσο και ως ΔΕΚΟ, υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 του ίδιου ως άνω Κώδικα. Επιπλέον, ο Ν. 4412/2016 όχι μόνο δεν αποκλείει την εφαρμογή του

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, αλλά, σε πολλές διατάξεις του, παραπέμπει ρητώς σε αυτόν (βλ., λ.χ., το άρθρο 221, παρ. 6, του Ν. 4412/2016)».

11. Επειδή, κατ'εφαρμογή των κανόνων του διοικητικού δικαίου, ανάκληση είναι η μερική ή ολική άρση της ισχύος διοικητικής πράξης, για το μέλλον ή αναδρομικώς με την έκδοση άλλης νεότερης, όπου η πράξη που ανακαλείται είναι η ανακαλούμενη και η πράξη που ανακαλεί την προηγούμενη ονομάζεται ανακλητική. Ανάκληση υπάρχει στην περίπτωση που η ανακλητική πράξη αναφέρεται άμεσα ή έμμεσα στα δεδομένα της ανακαλούμενης, η δε νομολογία του ΣΤΕ έχει αποσαφηνίσει από νωρίς ότι το ανακλητικό αποτέλεσμα δεν είναι ανάγκη να αποτυπώνεται ρητά στην ανακλητική πράξη αλλά μπορεί να συνάγεται από τη ρύθμιση που επιβάλλει (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 1716/1970, 572/1979). Βάσει της αρχής της νομιμότητας, η ανάκληση των παράνομων ατομικών διοικητικών πράξεων (ή των ατομικών γενικού περιεχομένου) γίνεται ελεύθερα από τη διοίκηση (ΣΤΕ 4026/2008), ανεξάρτητα από το εάν από τις πράξεις αυτές έχουν απορρεύσει δικαιώματα των διοικουμένων, εφόσον πραγματοποιηθεί εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος από την έκδοση της πράξης και άρα από την απόκτηση των δικαιωμάτων από πλευράς διοικουμένων. Ο κανόνας που εφαρμόζεται όσον αφορά την ανάκληση των παράνομων ευμενών διοικητικών πράξεων επιτρέπει την ανάκληση των παράνομων ευμενών διοικητικών πράξεων εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος, που προσδιορίζεται στην πενταετία, ακόμη και αν οι εν λόγω πράξεις χαρακτηρίζονται από τις σχετικές διατάξεις ως οριστικές ή ανέκκλητες (ΣΤΕ Ολ 2403/1997). Αναφορικά δε με τις παράνομες δυσμενείς πράξεις, η ανάκλησή τους επιτρέπεται χωρίς κανέναν περιορισμό εκτός αν η ανάκληση απαγορεύεται ρητά από τον νόμο ή εμποδίζεται από δικαιώματα τρίτων ή νομικές καταστάσεις, που λόγω της παρόδου μεγάλου χρονικού διαστήματος από τη σύστασή τους δεν μπορούν να ανατραπούν. Ως προς τις νόμιμες ευμενείς διοικητικές πράξεις επικρατεί ο νομολογιακός κανόνας του αμετακλήτου αυτών, εκτός από τις εξής περιπτώσεις : α) Ανάκληση πράξης υπό όρο λόγω μη εκπλήρωσης του όρου (βλ. ΣΤΕ 1592/1987), β) Ανάκληση πράξης

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

υπό επιφύλαξη ανάκλησης λόγω πλήρωσης του πραγματικού της ανάκλησης (βλ. ΣτΕ 1596/2004), γ) Ανάκληση πράξης σε περίπτωση συμφωνίας του διοικουμένου, δ) Ανάκληση για λόγους δημοσίου συμφέροντος, ε) Ανάκληση λόγω μεταβολής νομικών και πραγματικών συνθηκών που αποτέλεσαν τη βάση έκδοσης της πράξης. Τέλος, οι νόμιμες δυσμενείς πράξεις ανακαλούνται ελεύθερα υπό την επιφύλαξη της αρχής της νομιμότητας, της προστασίας εννόμων συμφερόντων τρίτων προς τους οποίους οι πράξεις είναι ευμενείς και των ειδικών νομοθετικών διατάξεων που χαρακτηρίζουν ορισμένες πράξεις ως αμετάκλητες ή περιέχουν αποκλειστική απαρίθμηση των λόγων ανάκλησης.

12. Επειδή, με την απόφαση 754/2020 απόφαση του ΣτΕ, όπου ετέθη το ζήτημα σχετικά με τη διάγνωση στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου της συνδρομής ή μη, κατά το στάδιο υποβολής του ΕΕΕΣ, του λόγου αποκλεισμού που αφορά στην συμμετοχή σε οριζόντιες ανταγωνιστικές συμπράξεις με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού καθώς και του λόγου αποκλεισμού που αφορά στην υποβολή ανακριβών δηλώσεων, κρίθηκαν τα εξής : Με τη σκέψη 13 της 754/2020 ΣτΕ κρίθηκε ότι : *«Επειδή από τις μνημονευθείσες διατάξεις της διακηρύξεως και ιδίως από τις διατάξεις των παραγράφων 4.2(δ) και (στ) του άρθρου 4, των παραγράφων 22.Α.4(γ) και (στ) και 22.Α.6 του άρθρου 22 και των παραγράφων 23.1(α) και 23.3(ε) του άρθρου 23 συνάγεται ότι ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του ΕΕΕΣ, έχει αναχθεί από τον αναθέτοντα φορέα, σύμφωνα και σε αρμονία με όσα ορίζονται και με τις διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 1 και 5, 103 παρ. 3 και 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και τον κανονισμό 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται, με τη διαπίστωσή του, την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου δια του ΕΕΕΣ διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής. Το ΕΕΕΣ, το οποίο, όπως προκύπτει από το άρθρο 59 παρ. 1 περ. α' και παρ. 2 της οδηγίας 2014/24, υποβάλλεται ταυτόχρονα με την αίτηση συμμετοχής ή την προσφορά του*

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

διαγωνιζομένου και έχει ειδικά τυποποιημένο περιεχόμενο, καθοριζόμενο από τον κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής, επιτελεί ακριβώς τον διαγραφόμενο από τις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 1, 4 και 6 της ως άνω οδηγίας σκοπό, να λαμβάνει δηλαδή η αναθέτουσα αρχή (ή φορέας) πλήρη γνώση όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης της (του) περί της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζομένου στο κατάλληλο στάδιο του διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτόν διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ενώ ταυτόχρονα παρέχεται σε όλους τους υποψηφίους, επί ίσοις όροις, η δυνατότητα να θέσουν υπόψη της αναθέτουσας αρχής ή φορέα όλα τα στοιχεία (λήψη επανορθωτικών μέτρων, λήξη περιόδου αποκλεισμού κλπ.), τα οποία, κατά την άποψή τους, αίρουν τον λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 3.10.2019, Delta κλπ., C-267/18, EU:C:2019:826, σκ. 36). Εφόσον δε κρίσιμος, κατά τα ανωτέρω, χρόνος για τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή φορέα έλεγχο και διαπίστωση της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού (άρθρο 22 παρ. 22.A.4(στ) της διακηρύξεως) στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου, κατ' εκτίμηση των παρατιθέμενων από αυτόν στοιχείων, είναι ο χρόνος υποβολής του ΕΕΕΣ, αυτός είναι και ο κρίσιμος χρόνος γενέσεως του, διαφορετικού και αυτοτελούς, λόγου αποκλεισμού λόγω υποβολής ψευδούς δηλώσεως δια του ΕΕΕΣ (άρθρα 4 παρ. 4.2(δ) και (στ) και 22 παρ. 22.A.4(γ) της διακηρύξεως). Και τούτο, διότι κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ εκδηλούται η συμπεριφορά του διαγωνιζομένου, η οποία συνιστά τον ως άνω αυτοτελή λόγο αποκλεισμού λόγω ψευδούς δηλώσεως, η οποία δεν δύναται να αναιρεθεί μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που τον οδήγησαν στη συμπεριφορά αυτή. Τα μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία, ακόμη και αν ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του κατά το άρθρο 22 παρ. 22.A.4(στ) της διακηρύξεως λόγου αποκλεισμού (σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού), δεν αίρουν πάντως τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ο οποίος συνίσταται (κατά τα άρθρα 4 παρ. 4.2(δ) και (στ) και 22 παρ. 22.A.4(γ) της διακηρύξεως) στην ανακριβή δήλωση και απόκρυψη (δια του ΕΕΕΣ) των σχετικών με τον προαναφερθέντα λόγο (της παρ. 22.A.4(στ) της

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

διακηρύξεως) στοιχείων, αναγκαίων για τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής ή φορέα στον κρίσιμο χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ. Εξάλλου, στην όλως ειδική περίπτωση κατά την οποία το συνιστών τον λόγο αποκλεισμού γεγονός, δηλαδή η σύναψη συμφωνίας με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού, λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή του ΕΕΕΣ, ο διαγωνιζόμενος, υποχρεούμενος να το δηλώσει "αμελλητί" σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016, δύναται ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του». Περαιτέρω, με τη σκέψη 14 της εν λόγω απόφασης κρίθηκε ότι : «Επειδή, περαιτέρω, η γέννηση του ως άνω λόγου αποκλεισμού, στην περίπτωση που η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου δια του ΕΕΕΣ αφορά τη συμμετοχή του σε αντανταγωνιστικές συμπράξεις, δεν εμποδίζεται από το γεγονός ότι μπορεί να συντρέχει λόγος απαλλαγής του από τις διοικητικές συνέπειες της παραβάσεως των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού για τον λόγο ότι έχει υπαχθεί σε καθεστώς "επιείκειας" ή σε διαδικασία "διευθετήσεως διαφοράς", σύμφωνα τις διατάξεις των άρθρων 25 παρ. 8, 25α και 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011 (Α΄ 93), όπως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο. Και τούτο, διότι τυχόν απαλλαγή από τις εν λόγω συνέπειες, ανεξαρτήτως του κατά τις ως άνω διατάξεις ειδικότερου περιεχομένου της, δεν καταργεί πάντως την, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, ειδική υποχρέωση του οικονομικού φορέα, που απορρέει από τη διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού, να δηλώσει με ακρίβεια στον αναθέτοντα φορέα, ως έχοντα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 28), την κατάστασή του σε σχέση με τον λόγο που προβλέπεται στο άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ΄ της οδηγίας 2014/24 (και τα άρθρα 73 παρ. 4 περ. γ΄ του ν. 4412/2016 και 22 παρ. 22.Α.4(στ) της διακηρύξεως) ούτε αίρει τις συνέπειες της υποβολής τυχόν ανακριβούς δηλώσεως».

13. Επειδή, ως εκ τούτου, αναφορικά με το ζήτημα της συνδρομής ή μη στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου και κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ των λόγων αποκλεισμού που αφορούν αφενός μεν στην συμμετοχή σε

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

οριζόντια σύμπραξη με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, και αφετέρου δε στην υποβολή ανακριβών δηλώσεων, όπως και αναφορικά με την δυνατότητα παροχής σε μεταγενέστερο χρόνο συμπληρωματικών στοιχείων προς άρση των λόγων αποκλεισμού, με την ως άνω νομολογιακή κρίση του ΣΤΕ διατυπώνονται τα εξής : Κρίνεται ως κρίσιμος χρόνος για την διαπίστωση της συνδρομής τόσο του λόγου αποκλεισμού που αφορά στην συμμετοχή σε οριζόντιες συμπράξεις με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, όσο και του λόγου που αφορά στην υποβολή ανακριβών δηλώσεων, ο χρόνος υποβολής του ΕΕΕΣ. Ειδικά δε αναφορικά με τον αυτοτελή λόγο αποκλεισμού λόγω ψευδούς δηλώσεως, η συμπεριφορά που εκδηλώνεται κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, δεν δύναται να αναιρεθεί μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που οδήγησαν τον διαγωνιζόμενο στη συμπεριφορά αυτή, ακόμη και αν αυτά τα στοιχεία ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού που αφορά στη σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Επιπλέον, κρίνεται ότι μόνον στην ειδική περίπτωση κατά την οποία το συνιστών τον λόγο αποκλεισμού γεγονός, δηλαδή η σύναψη συμφωνίας με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού, λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή του ΕΕΕΣ, ο διαγωνιζόμενος, υποχρεούμενος να δηλώσει τούτο αμελλητί, σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και δύναται ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. Τέλος, κρίνεται ότι, ακόμα κι αν, κατ' εφαρμογή ειδικού περιεχομένου διατάξεων, ο διαγωνιζόμενος τυγχάνει απαλλαγής από άλλες διοικητικές συνέπειες της παραβάσεως των κανόνων ανταγωνισμού, τούτο δεν καταργεί την ειδική υποχρέωση του οικονομικού φορέα να δηλώσει με ακρίβεια ενώπιον της αναθέτουσας αρχής/φορέα, ως έχοντα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού, την κατάστασή του σε σχέση με τον λόγο που αφορά στη συμμετοχή του σε οριζόντιες συμπράξεις με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού (άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ' της οδηγίας 2014/24), ούτε αίρει τις συνέπειες της υποβολής τυχόν ανακριβούς δηλώσεως. Οι εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

νομολογιακές κρίσεις επαληθεύονται με τις αποφάσεις ΣτΕ ΕΑ 279/2019, 91/2020, 93/2020.

14. Επειδή, αναφορικά με τους ισχυρισμούς που προβάλλονται με τον πρώτο και δεύτερο λόγο προσφυγής και δη αναφορικά με τους ισχυρισμούς ότι παρανόμως ανακλήθηκε με την προσβαλλόμενη η προγενέστερη με αριθ. 3564/20.11.2018 απόφαση του αναθέτοντος φορέα με την οποία είχε γίνει αποδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης καθότι, αφενός μεν πριν την ανάκληση αυτής δεν ελήφθη η γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την εφαρμογή στον παρόντα διαγωνισμό των κριθέντων με την 754/2020 απόφαση του ΣτΕ, αφετέρου δε η επίκληση της με αρ. 754/2020 απόφασης του ΣτΕ δεν μπορεί να αποτελέσει νόμιμη αιτιολογία της προσβαλλόμενης, διότι η κρίση αυτής δεν δεσμεύει τον αναθέτοντα φορέα στον παρόντα διαγωνισμό και σε κάθε περίπτωση δεν είναι ορθή, διατυπώνονται τα εξής : Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η ακυρωτική με αριθ. 754/2020 απόφαση του ΣτΕ εκδόθηκε στα πλαίσια διαγωνιστικής διαδικασίας που αφορούσε στην ανάθεση του έργου «Κατασκευή ηλεκτροκίνησης της νέας διπλής σιδηροδρομικής γραμμής στο τμήμα Κιάτο-Ροδοδάφνη», με αριθμό διακήρυξης*****, από τον ίδιο αναθέτοντα φορέα, ήτοι αφορούσε σε άλλη διαγωνιστική διαδικασία του ίδιου αναθέτοντος φορέα. Δοθείσης δε της αρχής της αυτοτέλειας που διέπει όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, προφανώς το γεγονός ότι οι δύο διαγωνισμοί προκηρύχθηκαν από τον ίδιο αναθέτοντα φορέα (*****) επί τη βάση διακηρύξεων που εμπεριέχουν όμοιους όρους δεν θεμελιώνει υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να εφαρμόσει στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού τα κριθέντα με την 754/2020 απόφαση του ΣτΕ. Παρόλα αυτά, με την 754/2020 απόφασή του, το ΣτΕ αντιμετωπίζει το ζήτημα της παράλειψης δήλωσης από τον διαγωνιζόμενο κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ της συμμετοχής του σε συμφωνίες με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού και περαιτέρω την στοιχειοθέτηση κατά τον κρίσιμο τούτο χρόνο του λόγου αποκλεισμού που συνίσταται στην υποβολή ανακριβούς δήλωσης. Ήτοι,

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

κρίνεται ότι ο διαγωνιζόμενος έχει υποχρέωση να δηλώσει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής/φορέα, με ακρίβεια την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού και την κατάστασή του σε σχέση με τον λόγο που αφορά στη συμμετοχή του σε οριζόντιες συμπράξεις σε στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, στοιχεία τα οποία ελέγχονται από την αναθέτουσα αρχή/φορέα που έχει και την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού. Οι δηλώσεις αυτές δεν δύναται να αναιρεθούν μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που οδήγησαν τον διαγωνιζόμενο στη συμπεριφορά αυτή, ακόμη και αν αυτά τα στοιχεία ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ενώ μόνον στην περίπτωση που η σύναψη συμφωνίας με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού, λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή του ΕΕΕΣ, ο διαγωνιζόμενος έχει υποχρέωση να δηλώσει τούτο μεταγενέστερα, σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016, και δύναται ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. Το ζήτημα αυτό έχει αντιμετωπισθεί με τον ίδιο τρόπο από το ΣΤΕ και με τις αποφάσεις ΕΑ 279/2019, 91/2020 και 93/2020. Σε όλες τις ανωτέρω περιπτώσεις της νομολογίας, οι περιστάσεις που ετίθετο προς κρίση ενώπιον του ΣΤΕ ομοιάζαν με την υπό κρίση περίπτωση, ήτοι αφορούσαν όλες την παράλειψη του προσφέροντα να δηλώσει κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού. Συνεπώς, την εν λόγω νομολογιακή κρίση, όπως διαμορφώνεται από την ως άνω νομολογία του ΣΤΕ, και έγινε γνωστή στον αναθέτοντα φορέα εξ' αφορμής της 754/2020, ο αναθέτων φορέας έχει βεβαίως την διακριτική ευχέρεια να εφαρμόσει στις τυχόν εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες όπου ανακύπτουν συναφή ζητήματα, όπως στην παρούσα, συμμορφούμενος ουσιαστικώς με την εν γένει νομολογία επί του κρίσιμου αυτού ζητήματος. Ενόψει των ανωτέρω, στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού, όπου ναι μεν με την ανακληθείσα με αριθ. 3564/20-11-2018 απόφαση του αναθέτοντος φορέα οι προσφορές των διαγωνιζομένων είχαν κριθεί αποδεκτές, όμως, ο αναθέτων φορέας, από τα διαλαμβανόμενα κατά την εξέλιξη έτερης διαγωνιστικής διαδικασίας (επί της οποίας εκδόθηκε η ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

754/2020), τελούσε σε γνώση του γεγονότος ότι με σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού είχε διαπιστωθεί τόσο στο πρόσωπο της προσφεύγουσας όσο και στο πρόσωπο της προσωρινής αναδόχου ότι συμμετείχαν σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη με σκοπό την νόθευση διαγωνισμών δημοσίων έργων, είχε την διακριτική ευχέρεια να ακολουθήσει τη χαραχθείσα με την 754/2020 ΣΤΕ κρίση για την διάγνωση των επίμαχων λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο των εν λόγω διαγωνιζομένων, ανακαλώντας προς τούτο την 3564/20-11-2018 απόφασή του, και συμμορφούμενος ως εκ τούτου ουσιαστικά με την εν γένει νομολογία επί του ζητήματος αυτού. Άλλωστε την διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα προς τούτο συνομολογεί και η προσφεύγουσα. Εφόσον δε κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν είχε ακόμα επέλθει η σύναψη της σύμβασης, έστω δηλαδή και στο στάδιο της κατακύρωσης, ο αναθέτων φορέας νομίμως προέβη στην εν λόγω ανάκληση (ΣΤΕ 3932/2012, 204/2017). Ενόψει των ανωτέρω, ο αναθέτων φορέας ανακάλεσε την υπ' αριθ. 3564/20-11-2018 απόφαση όπου εμπεριέχεται η κρίση του περί αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας, προκειμένου, όπως σαφώς προκύπτει από το σώμα της προσβαλλόμενης, να συγκροτηθεί η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού και να επανεξετάσει την προσφορά της προσφεύγουσας όπως και των λοιπών διαγωνιζομένων ως προς το τεθέν με το ΕΕΕΣ ερώτημα του Μέρους ΙΙΙ (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»], υπό το πρίσμα των νομολογιακών δεδομένων που έθεσε η ΣΤΕ 754/2020. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε πρώτα να προβεί σε σχετικό έλεγχο και να διαπιστώσει, ακολουθώντας τη νόμιμη διαδικασία (μετά από γνώμη της Επιτροπής του Διαγωνισμού), εάν, κατά το στάδιο έκδοσης της ανακληθείσας με αρ. 3564/20.11.2018 απόφασής του, εμφιλοχώρησε σφάλμα ή παράλειψη, και όχι να διατάξει την Επιτροπή Διαγωνισμού να εφαρμόσει στον παρόντα Διαγωνισμό όσα κρίθηκαν με τη με

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

αρ. 754/2020 απόφαση του ΣτΕ, απορρίπτεται ως αβάσιμος, καθότι, από όσα αναλυτικά εκτίθενται ως άνω αλλά και από το ίδιο το σώμα της προσβαλλόμενης προκύπτει ακριβώς ότι η ανάκληση της 3564/20.11.2018 απόφασης έλαβε χώρα ακριβώς προκειμένου να συγκροτηθεί εκ νέου η Επιτροπή Διαγωνισμού για τον επανέλεγχο των προσφορών των διαγωνιζομένων και δη των υποβληθέντων εκ μέρους τους ΕΕΕΣ, υπό το πρίσμα της 754/2020, το οποίο είναι ακριβώς αυτό που αντιτάσσει ότι θα έπρεπε να γίνει και η προσφεύγουσα. Κατόπιν των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη κρίνεται πλήρως και επαρκώς αιτιολογημένη, οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που συνέχονται με την ορθότητα των δηλούμενων στο υποβληθέν εκ μέρους της ΕΕΕΣ επί του ερωτήματος εάν έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού όπως και με την περαιτέρω δυνατότητά της να διορθώσει την προσφορά της απορρίπτονται ως αβάσιμοι καθότι καμία κρίση επί των ζητημάτων αυτών δεν εμπεριέχεται στην προσβαλλόμενη.

15. Επειδή, τέλος, αναφορικά με τον προβαλλόμενο με τον τρίτο λόγο προσφυγής ισχυρισμό της προσφεύγουσας σχετικά με την παραβίαση του δικαιώματος ακρόασης, γίνονται δεκτά τα εξής : Όπως έχει κατά πάγια νομολογία κριθεί, στο δίκαιο των συμβάσεων η υποχρέωση της Διοίκησης να καλέσει τον αντισυμβαλλόμενό της να εκφράσει τις απόψεις του πριν από τη λήψη σε βάρος του δυσμενούς μέτρου αίρεται, όταν οι κείμενες διατάξεις, όπως στην προκειμένη περίπτωση οι διατάξεις του ν. 4412/2016 και αυτές της οικείας διακήρυξης, προβλέπουν την δυνατότητα άσκησης προδικαστικής προσφυγής, -την οποία και πράγματι άσκησε η προσφεύγουσα-, λόγω της ανάγκης ταχείας περάτωσης των διαφορών από διοικητικές συμβάσεις (ΣΤΕ 1822/2010). Τούτου δοθέντος, στην κριθείσα περίπτωση ουδόλως υφίστατο υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να καλέσει την προσφεύγουσα σε παροχή εξηγήσεων πριν από την έκδοση της προσβαλλόμενης, απορριπτομένου ως αβάσιμου και του τρίτου λόγου προσφυγής.

16. Επειδή, ως εκ τούτου, η υπόψη Προσφυγή απορρίπτεται.

Αριθμός απόφασης: 1045/2020

17. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 15.000 ευρώ πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 15.000,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 18 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 7 Σεπτεμβρίου 2020.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Αργυρώ Τσουλούφα