

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 31-8-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Σωτηρία Σταματοπούλου και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5-8-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1115/5-8-2022 του οικονομικού φορέα «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 1-8-2022 κοινοποιηθείσας με αρ. 649/2022 Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την Παροχή υπηρεσιών ελεγχόμενης διαχείρισης (συλλογή, συσκευασία, σήμανση, μεταφορά, μεταφόρτωση, προσωρινή αποθήκευση και τελική διάθεση - αξιοποίηση) υγρών πετρελαιοειδών αποβλήτων από τους σταθμούς ... και ... της ..., συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 198.000,00 ευρώ που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μον. ΑΔΑΜ ... την 30-3-2022 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 17-8-2022 Απόψεις του και ο προσφεύγων το από 19-8-2022 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ..., ποσού ευρώ 990,00.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προσφυγή κατά της εκτελεστής πράξης περάτωσης

σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων αποκλείσθηκε κατόπιν απόρριψης των επανροθωτικών μέτρων του, που έτυχαν εξέτασης στο πλαίσιο του λόγου αποκλεισμού 2.2.3.4.γ της διακήρυξης («(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»), κατόπιν της μη σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρ. 73 παρ. 9 Ν. 4412/2016. Στο ΕΕΕΣ του, ΜΕΡΟΣ ΙΙΙ ΕΝΟΤΗΤΑ Γ, στο ερώτημα «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;», ο προσφεύγων απάντηση «Απάντηση: Ναι. Παρακαλώ αναφέρετε λεπτομερείς πληροφορίες: Δεν θεμελιώνεται λόγος αποκλεισμού της ..., καθώς συντρέχει εφαρμογή της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011. Ειδικότερα, η ... έχει υπαχθεί στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011 και έχει εκδοθεί η υπ' αριθμό 721/2020 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Πλέον συγκεκριμένα: Η Επιτροπή Ανταγωνισμού διεξήγαγε αυτεπάγγελτη έρευνα για τη διαπίστωση τυχόν αντανταγωνιστικών όρων στις Κλαδικές ΣΣΕ των ετών 2009-2010 και στο πλαίσιο αυτό, τον Ιούλιο 2020, επιδόθηκαν Κλητεύσεις σε ακρόαση αφενός μεν στην εργοδοτική επαγγελματική οργάνωση «Σύνδεσμος Επιχειρήσεων Επανδρωμένων Υπηρεσιών Ασφαλείας (ΣΕΕΥΑ)», μέλη του οποίου αποτελούσαν τότε όλες οι μεγαλύτερες και πιο γνωστές εταιρίες του κλάδου, αφετέρου δε και στην ..., η οποία ουδέποτε υπήρξε μέλος του ΣΕΕΥΑ, αλλά προσχώρησε σε αυτές τις ΚΣΣΕ συνυπογράφοντάς τις, και για τον λόγο αυτό κλητεύθηκε ξεχωριστά. Η ... προσυπέγραψε τις εν λόγω ΚΣΣΕ, με πλήρη πεποίθηση δικαίου, για συγκεκριμένους βάσιμους λόγους. Παρά ταύτα, επιλέξαμε το δρόμο της

υπαγωγής μας στη διαδικασία διευθέτησης διαφοράς του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011, αντί της αντιδικίας, από αίσθημα ευθύνης, εκτιμώντας, ότι η προσφυγή – εν πεπιοθήσει δικαίου - στην κρίση των αρμόδιων δικαστηρίων, δεν έπρεπε να παραγνωρίζει τον απαιτούμενο μακρύ χρόνο ολοκλήρωσης έκδοσης απόφασης, στη διάρκεια του οποίου θα ετίθετο σε άμεση διακινδύνευση η νομιμότητα συμμετοχής μας σε δημόσιους διαγωνισμούς, σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016, κίνδυνο που επιλέξαμε συνειδητά να αποφύγουμε, για να μην χρειαστεί να αντιμετωπίσουμε τις επιπτώσεις μιας πιθανής επέλευσής του, στην αταλάντευτη αναπτυξιακή μας πορεία. Ως αποτέλεσμα της διευθέτησης εκδόθηκε η υπ' αριθμό 721/2020 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Η όλη διαδικασία έχει ολοκληρωθεί, ως προς εμάς, ενώ ως προς τον ΣΕΕΥΑ, ολοκληρώθηκε με την έκδοση της υπ' αριθμό 731/2021 Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, δυνάμει της οποίας διαπιστώθηκε παράβαση των άρθρων 1 Ν. 3959/2011, 1 Ν. 703/1977 και 101 ΣΛΕΕ από τον ΣΕΕΥΑ, για το χρονικό διάστημα από 25.5.2009 μέχρι 06.09.2011. Σημειωτέον, η ... δεν υπήχθη σε διαδικασία ρύθμισης καταβολής του ποσού που επιδίκασε η προαναφερόμενη υπ' αριθμό 721/2020 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και η ολοσχερής εξόφληση αυτού, έχει ήδη λάβει χώρα από 29/4/2021.».

Η αναθέτουσα βάσει των ανωτέρω, εξέλαβε την ως άνω απάντηση ως περιεχόμενο επανορθωτικών μέτρων, αποστέλλοντας δε αίτημα σύμφωνης γνώμης στην ανωτέρω Επιτροπή, η οποία έκρινε ότι η εξόφληση του προστίμου δεν συνιστά επαρκές επανορθωτικό μέτρο ούτε προτείνονται άλλα επανορθωτικά μέτρα. Όμως, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων, αφενός η παραπάνω απάντηση δεν συνιστά δήλωση επανορθωτικών μέτρων ούτε περιέλαβε τα ανωτέρω ως τέτοια δήλωση, δεδομένου ότι η ίδια ναι μεν, απάντησε καταρχήν θετικά στο ερώτημα, περαιτέρω όμως παρέθεσε επεξηγήσεις, δια των οποίων προέβαλε, ότι δεν συντρέχει εις βάρος της ο ανωτέρω λόγος αποκλεισμού. Επιπλέον, όλη η περαιτέρω κινηθείσα από την αναθέτουσα διαδικασία, μεταξύ των οποίων και η υποβολή των παραπάνω ενώπιον της Επιτροπής Γνωμοδότησης περί Επάρκειας Επανορθωτικών Μέτρων, αναγκαία προϋποθέτει καταρχήν

διάγνωση εκ της αναθέτουσας συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού, συνδρομή η οποία συνιστά προϋπόθεση περαιτέρω εξέτασης δήλωσης και συναφώς και επάρκειας επανορθωτικών μέτρων του οικονομικού φορέα, εις βάρος του οποίου καταρχήν συντρέχει λόγος αποκλεισμού (βλ. όρο 2.2.3.7 διακήρυξης «2.2.3.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει 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 στοιχεία⁴⁷, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση)...»). Όπως προαναφέρθηκε, ο λόγος αποκλεισμού 2.2.3.4.γ της διακήρυξης, εξαρτά την καταρχήν συνδρομή του λόγου αποκλεισμού, 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», διάταξη, που ορίζει 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, επέρχεται πλήρης απαλλαγή πρώην και νυν διευθυντών, διοικητικών στελεχών και μελών του προσωπικού, καθώς και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παρ. 5 του άρθρου 25B από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις και κυρώσεις που επιβάλλονται σε μη ποινικές δικαστικές διαδικασίες, υπό την προϋπόθεση ότι τα εν λόγω πρόσωπα συνεργάστηκαν ενεργά με την Επιτροπή Ανταγωνισμού κατά την εξέταση της παράβασης και ότι η αίτηση υπαγωγής στο Πρόγραμμα Επιείκειας ή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών υποβλήθηκε πριν ενημερωθούν αρμοδίως σχετικά με την πιθανή επιβολή εις βάρος τους των σχετικών διοικητικών κυρώσεων.». Σημειωτέον, ότι όπως και η ανωτέρω γνωμοδότηση της Επιτροπής περί Επάρκειας Επανορθωτικών Μέτρων, στις 9-5-2022 μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ο προσφεύγων, σε συμμόρφωση με κλήση της Επιτροπής αυτής, απέστειλε τα αποδεικτικά εξόφλησης του οικείου προστίμου από 29-4-2021, ήτοι πριν την υποβολή της νυν προσφοράς της και όπως δήλωσε στο εξαρχής

ΕΕΕΣ, ενώ κατά τη δημοσία Απόφαση ΕΑ 721/2020, επιβεβαιώνονται πλήρως οι δηλώσεις του στο ΕΕΕΣ του, περί του ότι, ήδη προ της προσφοράς του, έχει υπαχθεί στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α του Ν. 3959/2011. Συνεπώς, εν προκειμένω συνέτρεχαν ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς οι προϋποθέσεις του άρ. 44 παρ. 3β Ν. 3959/2011 περί απαλλαγής του προσφεύγοντα από τον ανωτέρω λόγο αποκλεισμού του άρ. 2.2.3.4.γ της διακήρυξης και όπως αυτός ενσωματώνει τον λόγο αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 περ. γ' Ν. 4412/2016 («εάν, με την επιφύλαξη της παρ. 3β 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»), δεδομένου ότι η εξαρχής κατάγνωση και συνδρομή του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού τελεί υπό την επιφύλαξη των προϋποθέσεων της παραπάνω διάταξης του άρ. 44 παρ. 3β Ν. 3959/2011, οι οποίες προϋποθέσεις εν προκειμένω ήδη εξαρχής και προ της προσφοράς συνέτρεχαν και όλα τα ανωτέρω προσηκόντως και αληθώς δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντα, αποδεικνύοντας ούτως εξαρχής την απουσία του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού, η οποία απουσία επιβεβαιώνεται και εκ των ανωτέρω προσκομισθεισών ενώπιον της αναθέτουσας αποδείξεων, κατόπιν κλήσης της ανωτέρω Επιτροπής. Άρα, ουδόλως εξαρχής και κατά την προσφορά ακόμη, υφίστατο έδαφος διάγνωσης συνδρομής του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού εις βάρος του προσφεύγοντα και επομένως, δεν υφίστατο έδαφος περαιτέρω εξέτασης περί επανορθωτικών μέτρων και ζήτημα επάρκειας ή μη αυτών και ενώ, ουδόλως ο προσφεύγων άλλωστε πρότεινε τέτοια μέτρα, αλλά εξέλαβε την απάντησή του και την εξόφληση του προστίμου, ως τέτοια δήλωση. Επομένως, μη νομίμως η αναθέτουσα εξαρχής διέγνωσε καταρχήν συνδρομή του λόγου αποκλεισμού, απέστειλε αίτημα προς γνωμοδότηση στην ανωτέρω Επιτροπή, η οποία στερουμένης καταρχήν συνδρομής λόγου αποκλεισμού, στερείτο και αρμοδιότητας προς τέτοια γνωμοδότηση, μη νομίμως δε έλαβε υπόψη αυτήν

και άρα, μη νομίμως κατέληξε στο νυν αποκλεισμό του προσφεύγοντα, συνεπώς δε, η προσβαλλομένη είναι προς τούτο ακυρωτέα

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. 649/2022 Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31-8-2022 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ