

Η

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 1-10-2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Μαρία Μανδράκη, Μέλη, δυνάμει των με αρ. 1389/2020 Πράξης της Προέδρου του 3<sup>ου</sup> Κλιμακίου, 1550/2020 Πράξης του Προέδρου του 5<sup>ου</sup> Κλιμακίου και 75/2020 Πράξης του Προέδρου της Α.Ε.Π.Π.

Για να εξετάσει την από 24-8-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1173/24-8-2020 του οικονομικού φορέα «\*\*\*\*\*».

Κατά της αναθέτουσας αρχής «\*\*\*\*\*», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Την από 2/9/2020 παρέμβαση της εταιρίας «\*\*\*\*\*», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Την από 2/9/2020 παρέμβαση της εταιρίας «\*\*\*\*\*», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την άνω προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. \*\*\*\*\*, κατά το μέρος με το οποίο έγιναν δεκτές οι προσφορές των εταιρειών "\*\*\*\*\*" και κατακυρώθηκαν προσωρινά τα αποτελέσματα του διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης «Καθαρισμοί - Κλαδοκοπές από τον κόμβο \*\*\*\*\*» στην πρώτη εξ αυτών.

2. Επειδή, οι εταιρίες «\*\*\*\*\*» και «\*\*\*\*\*» με τις από 2-9-2020 αντίστοιχες παρεμβάσεις τους παρεμβαίνουν υπέρ του κύρους της ως άνω

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

προσβαλλόμενης απόφασης και προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής.

3. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό \*\*\*\*\*), ποσού 1.973,32€.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής 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 υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12-8-2020, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 24-8-2020, παρεκταθείσας της καταληκτικής ημερομηνίας, η οποία ήταν Σάββατο.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο συγκεκριμένο διαγωνισμό και προσδοκά με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή να αναδειχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος της σχετικής σύμβασης.

7. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. \*\*\*\*\* διακήρυξη προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών με τίτλο "Καθαρισμοί - Κλαδοκοπές από τον κόμβο \*\*\*\*\*", συνολικής δαπάνης 394.664,00 € πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α., με CPV \*\*\*\*\* και \*\*\*\*\* , διάρκειας έξι (6) μηνών και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Κατά τον όρο 1.3 της διακήρυξης, αντικείμενο της σύμβασης είναι ο καθαρισμός ρείθρων, πρανών κ.λπ. από κάθε φύσης αγριόχορτα, σκουπίδια και ζιζάνια κ.λπ. και τα κλαδέματα των θάμνων και δέντρων, περιμετρικά αυτών, κατά μήκος του νέου \*\*\*\*\* και συγκεκριμένα στο τμήμα από τον κόμβο Πλατανιά μέχρι και τον Κίσσαμο. Η διακήρυξη απεστάλη στην ΕΕΕΕ για δημοσίευση στις 27-1-2020, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣΗ με ΑΔΑΜ \*\*\*\*\* και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό \*\*\*\*\*.

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε στις 27.4.2020. Στο διαγωνισμό υποβλήθηκαν τρεις (3) προσφορές, ήτοι από τις εταιρίες "\*\*\*\*\*", "\*\*\*\*\*" και «\*\*\*\*\*». Δυνάμει του από 27.04.20 πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού κρίθηκαν παραδεκτές όλες οι προσφορές, ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές. Με βάση τις οικονομικές προσφορές διαμορφώθηκε ο κάτωθι πίνακας μειοδοσίας: "\*\*\*\*\*" έκπτωση 46,00%, τιμή προ ΦΠΑ 213.118,56 ευρώ, "\*\*\*\*\*" έκπτωση 16,00%, τιμή προ ΦΠΑ 331.517,76 ευρώ, και «\*\*\*\*\*» έκπτωση 7,84168%, τιμή προ ΦΠΑ 363.715,71 ευρώ. Κατόπιν τούτου, η Επιτροπή εισηγήθηκε να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία "\*\*\*\*\*". Στη συνέχεια, με την υπ' αριθ. \*\*\*\*\* αποφασίστηκε η αποδοχή του από 27.4.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και η προσωρινή κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού στην εταιρεία "\*\*\*\*\*", με έκπτωση 46,00%, και προσφερόμενη τιμή προ ΦΠΑ 213.118,56 ευρώ.

8. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα βάλλει κατά της ανωτέρω υπ' αρ. \*\*\*\*\* της αναθέτουσας αρχής, ισχυριζόμενη τα εξής: **A.** Συνδρομή σε βάρος των εταιρειών «\*\*\*\*\*» και «\*\*\*\*\*» των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 (γ), (ζ) και (η) της διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, κατ' επίκληση του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ, ζ, η και θ, 6 και 7 του ν.4412/2016 και των όρων 2.2.3.4., 2.2.3.6. της διακήρυξης, προβάλλει ότι όπως προκύπτει και από το σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης «...1. Ο Οικονομικός φορέας \*\*\*\*\* πληρούσε τις προϋποθέσεις της «Τεχνικής Προσφοράς» στηριζόμενος στην ικανότητα τρίτου (\*\*\*\*\*) όσον αφορά την απαίτηση 2.2.6.ε. 2. Ο Οικονομικός φορέας \*\*\*\*\* πληρούσε τις προϋποθέσεις της «Τεχνικής Προσφοράς» στηριζόμενος στην ικανότητα τρίτου (\*\*\*\*\*) όσον αφορά την απαίτηση 2.2.6.». Συγκεκριμένα, **(α)** Στο Μέρος II.Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» του ΕΕΕΣ που υπέβαλε στην προσφορά της η εταιρία «\*\*\*\*\*» αναφέρονται τα εξής: «Η εταιρεία \*\*\*\*\* θα στηριχθεί στις ικανότητες της εταιρείας «\*\*\*\*\*», η οποία διαθέτει άδεια εν ενεργεία κομποστοποίησης από στερεά μη επικίνδυνα απόβλητα (σύστημα περιβαλλοντικών υποδομών ομάδα 4-κατηγορία β), σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 περίπτωση (ε) της διακήρυξης». Η αντίστοιχη απαίτηση της διακήρυξης του άρθρου 2.2.6.(ε) αναφέρει ότι οι

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

οικονομικοί φορείς πρέπει να αποδεικνύουν «ε) ότι διαθέτουν άδεια ή σύμβαση εν ενεργεία κομποστοποίησης από στερεά μη επικίνδυνα απόβλητα (σύστημα περιβαλλοντικών υποδομών ομάδα 4-κατηγορία β)». Στο πεδίο του Μέρους IV.Γ του ΕΕΕΣ που υπέβαλε η «\*\*\*\*\*» στο ερώτημα «...Τεχνικός εξοπλισμός και μέτρα για την εξασφάλιση της ποιότητας Ο οικονομικός φορέας χρησιμοποιεί τον ακόλουθο τεχνικό εξοπλισμό και λαμβάνει τα ακόλουθα μέτρα για την εξασφάλιση της ποιότητας: Παρακαλώ περιγράψτε...» έχει απαντήσει: «Η εταιρεία διαθέτει άδεια εν ενεργεία κομποστοποίησης από στερεά μη επικίνδυνα απόβλητα (σύστημα περιβαλλοντικών υποδομών ομάδα 4- κατηγορία β)». Εκ των ως άνω, κατά την προσφεύγουσα, προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η προσωρινή ανάδοχος «\*\*\*\*\*» θα στηριχθεί στις ικανότητες της (ανταγωνίστριας της) «\*\*\*\*\*». **(β)** Στο Μέρος II.Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» του ΕΕΕΣ που υπέβαλε στην προσφορά της η «\*\*\*\*\*», στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» έχει απαντήσει «ΝΑΙ», δηλώνοντας περαιτέρω τα στοιχεία της εταιρείας «\*\*\*\*\*». Ακολούθως, στο Μέρος IV.Γ του ΕΕΕΣ στο ερώτημα «Μόνο για τις δημόσιες συμβάσεις έργων: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει εκτελέσει τα ακόλουθα έργα του είδους που έχει προσδιοριστεί. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως πέντε έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα πέντε έτη» έχει δώσει την εξής απάντηση: «**ΣΤΗΡΗΞΗ ΣΤΗΝ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ\*\*\*\*\*. ΓΙΑ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 2.2.6 ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ** α. κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών.,83 να έχουν εκτελέσει αθροιστικά συμβάσεις παροχής υπηρεσιών του συγκεκριμένου τύπου, ύψους τουλάχιστον το 80% του προϋπολογισμού (δηλαδή ποσού έως 394.664.00 €) χωρίς το ΦΠΑ. Σε περίπτωση συμμετοχής σε ένωση ή κοινοπραξία, αθροιστικά από τα μέλη της κοινοπραξίας ή της ένωσης.». Η αντίστοιχη απαίτηση της διακήρυξης του άρθρου 2.2.6.(α) αναφέρει ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να αποδεικνύουν «κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών, να έχουν εκτελέσει αθροιστικά συμβάσεις παροχής υπηρεσιών του συγκεκριμένου τύπου, ύψους τουλάχιστον το 80% του προϋπολογισμού

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

(δηλαδή ποσού έως 394.664.00 €) χωρίς το ΦΠΑ. Σε περίπτωση συμμετοχής σε ένωση ή κοινοπραξία, αθροιστικά από τα μέλη της κοινοπραξίας ή της ένωσης.». Στο πεδίο του Μέρους IV.Γ του ΕΕΕΣ που υπέβαλε η «\*\*\*\*\*» στο ερώτημα «...Μόνο για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει παράσχει τις ακόλουθες κυριότερες υπηρεσίες του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη του σχετικού καταλόγου αναφέρετε τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους δημόσιους ή ιδιωτικούς παραλήπτες. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως τρία έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα τρία έτη.», έχει δηλώσει τις εξής συμβάσεις με αναθέτουσα αρχή την \*\*\*\*\*: i) "ΒΕΛΤΙΩΣΗ - ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΠΡΑΣΙΝΟΥ \*\*\*\*\* ΤΟΥ ΥΠΟΕΡΓΟΥ: "ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΙ - ΚΛΑΔΟΚΟΠΕΣ ΣΕ ΕΠΙΛΕΓΜΕΝΑ ΣΗΜΕΙΑ ΤΟΥ \*\*\*\*\*", αξίας 57.789,05 ευρώ, ii) "ΒΕΛΤΙΩΣΗ - ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ\*\*\*\*\*: "ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΖΗΜΙΩΝ ΚΑΙ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΩΝ \*\*\*\*\*", αξίας 189.976,25 ευρώ. iii) "ΑΙΣΘΗΤΙΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΧΩΡΟΥ \*\*\*\*\*", αξίας 29.250.98 ευρώ, καθώς και τις εξής συμβάσεις με αναθέτουσα αρχή το \*\*\*\*\*: iv) "ΨΕΚΑΣΜΟΣ ΔΕΝΤΡΩΝ \*\*\*\*\*", αξίας 3.967 ευρώ και v) "ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΠΡΑΣΙΝΟΥ \*\*\*\*\*", αξίας 54.631,13 ευρώ. Εκ των ως άνω προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα, πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας «\*\*\*\*» θα στηριχθεί στις ικανότητες της ανταγωνίστριας της «\*\*\*\*\*», που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος. Εκ των ως άνω προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα, με τρόπο αδιαμφισβήτητο ότι οι δύο (2) ανταγωνίστριες εταιρείες είχαν έρθει σε συνεννόηση κατά τη σύνταξη των προσφορών τους. Σαφώς είχαν έρθει σε διαπραγματεύσεις μεταξύ τους για να προσδιορίσουν τους όρους συνεργασίας σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης. Μάλιστα, με δεδομένο ότι η μία εταιρεία στηρίζεται στις ικανότητες της άλλης, η εξάρτηση της μίας εταιρείας από την άλλη είναι τέτοια που δημιουργεί την εύλογη πεποίθηση -όχι απλώς ενδείξεις - ότι υπήρξε συνεννόηση κατά τη διαμόρφωση των προσφορών τους. Διότι η μία δεν μπορούσε να υποβάλει προσφορά χωρίς τη συνδρομή της άλλης και αμφότερες γνώριζαν ότι θα ανταγωνιστούν μεταξύ τους στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, αφού συμφώνησαν την αμοιβαία παροχή τεχνικής επάρκειας, δοθέντος ότι καμία από μόνη της δεν πληρούσε τις απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας, ώστε να δύναται να διεκδικήσει αυτοτελώς

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

την ανάθεση της σύμβασης. Οι κανόνες λειτουργίας του ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις προωθούν τις συνεργασίες μεταξύ των δραστηριοποιούμενων στην εκάστοτε αγορά οικονομικών φορέων, τις οποίες οι ενωσιακοί κανόνες όπως αποτυπώνονται στην Οδηγία 2014/24 ενθαρρύνουν μέσω των διατάξεων περί δάνειας εμπειρίας και ικανότητας, προς διευκόλυνση της πρόσβασης των ΜΜΕ στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων. Με τις διατάξεις περί δάνειας εμπειρίας και τεχνικής ικανότητας, επιτρέπεται σε οικονομικούς φορείς, οι οποίοι δεν πληρούν αυτοτελώς τα κριτήρια επιλογής για την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης, να στηριχθούν στις ικανότητες τρίτων φορέων, προκειμένου να διεκδικήσουν τη σύμβαση, υπό τον όρο ότι αποδεικνύουν ότι οι τρίτοι έχουν στη διάθεσή τους τις ικανότητες των τρίτων. Στις περιπτώσεις αυτές, ο τρίτος παρέχων τη δάνεια ικανότητα δεν συμβάλλεται με την αναθέτουσα αρχή - αλλά παραμένει «τρίτος» σε σχέση με τη σύμβαση. Ωστόσο, μεταξύ του προσφέροντος και του τρίτου συνάπτεται μια σύμβαση, με βάση την οποία ο τρίτος παρέχει/δανείζει εμπειρία και ικανότητα έναντι ανταλλάγματος. Με βάση τη σύμβαση αυτή, ακόμα και εάν ο τρίτος δεν καθίσταται «ανάδοχος», εντούτοις μετέχει στην σύμβαση, στην περίπτωση δε που αντικείμενο του δανεισμού είναι η χρηματοοικονομική επάρκεια, η συμμετοχή του τρίτου μπορεί να φθάσει μέχρι του να καταστεί από κοινού υπεύθυνος με τον ανάδοχο για την εκτέλεση της σύμβασης, ενώ σε περίπτωση δανεισμού εμπειρίας αναλαμβάνει να εκτελέσει τμήμα της σύμβασης. Για τη σύναψη της σύμβασης, όπως και για τη σύναψη κάθε σύμβασης, προϋποτίθεται εξ ορισμού ότι ο δανείζων την ικανότητα λαμβάνει γνώση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου προς τον οποίο δανείζει ικανότητες, και ιδίως των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς του, διότι σε διαφορετική περίπτωση δεν είναι κατά τα συναλλακτικά ήθη δυνατή η σύναψη συμφωνίας στην οποία να καθορίζουν τα μέρη το αντάλλαγμα για την παροχή (δανεισμό) από τον τρίτο. Με άλλα λόγια, για τον καθορισμό του ανταλλάγματος που ο τρίτος θα καταβάλει στον τρίτο για την δάνεια ικανότητα είναι εκ των πραγμάτων, εκ των συναλλακτικών ηθών και της συναλλακτικής πρακτικής, εκ των διδαγμάτων της κοινής πείρας και εκ των χρηστών συναλλακτικών ηθών απαραίτητη η γνώση του ανταλλάγματος που ο διαγωνιζόμενος έχει λαμβάνειν σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση. Υπό την έννοια αυτή είναι

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

συναλλακτικώς και πρακτικώς αδύνατη η σύναψη σύμβασης δάνειας ικανότητας χωρίς την ταυτόχρονη αποκάλυψη στον τρίτο δανείζοντα των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς του διαγωνιζομένου. Υπό την έννοια αυτή, η υποβολή δύο διαφορετικών προσφορών από δύο οικονομικούς φορείς που στηρίζονται αμοιβαία ο ένας στις τεχνικές ικανότητες του άλλου, αποτελεί ένδειξη καρτελικής σύμπραξης, με την οποία, οι δύο οικονομικοί φορείς, γνωρίζουν ο ένας την προσφορά του άλλου και μέσω της υποβολής δύο προσφορών επιτυγχάνουν να εξαλείψουν τον μεταξύ τους ανταγωνισμό. Η μόνη διαφορά είναι ότι η καρτελική αυτή σύμπραξη δεν είναι - ως είθισται - μυστική, αλλά φανερή. Τούτο, ωστόσο, δεν αναιρεί τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Διότι από την υποβολή εναρμονισμένων ως προς τα τεχνικά στοιχεία προσφορών, δημιουργείται το εύλογο ερώτημα για ποιον λόγο να διαφοροποιούνται οι οικονομικές προσφορές. Και το ακόμα πιο εύλογο ερώτημα για ποιο λόγο ένας οικονομικός φορέας ο οποίος επιδιώκει να του ανατεθεί η σύμβαση να βοηθήσει τον ανταγωνιστή του να υποβάλει προσφορά; Η μόνη λογική εξήγηση είναι ότι οι δύο προσφορές κατατίθενται σε συνεννόηση και η μία εξ αυτών είναι εικονική. Σημειώνεται δε από την προσφεύγουσα ότι στο δημοσιευθέντα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού Οδηγό προς τις Αναθέτουσες Αρχές για την ανίχνευση καρτελικών πρακτικών [fhttp://www.promitheus.gov.gr/webcenter/files/anathetouses/anixneusi praktikon.pdf](http://www.promitheus.gov.gr/webcenter/files/anathetouses/anixneusi_praktikon.pdf) ομοιότητα των προσφορών αποτελεί την κύρια παράμετρο ύποπτης καρτελικής συμπεριφοράς (σελ. 20-21), ενώ ακόμα και ομοιότητες στη διάταξη και τη διατύπωση των προσφορών αποτελούν ένδειξη ότι οι συμμετέχοντες έχουν μοιραστεί πληροφορίες σχετικά με τις προφορές τους. Πολλώ δε μάλλον η ένδειξη αυτή επιβεβαιώνεται από τον αμοιβαίο δανεισμό ικανοτήτων, για τον οποίο αναπόφευκτα απαιτείται γνώση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου από τον τρίτο και εξ ορισμού σύμπραξη κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς αυτής. Μάλιστα, το γεγονός της συνεννόησης μεταξύ των οικονομικών φορέων επιτείνεται από το ότι η δεύτερη μειοδότη στηρίζεται στις ικανότητες της προσωρινής αναδόχου ως προς την εμπειρία της στην εκτέλεση αντίστοιχων συμβάσεων. Σύμφωνα με τον όρο 2.2.8 της οικείας διακήρυξης, και την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 «...όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.». Εκ του ως άνω όρου συνάγεται, κατά την προσφεύγουσα, ότι η προσωρινή μειοδότητρια εταιρεία «\*\*\*\*\*» θα εκτελούσε αντικείμενο της σύμβασης, ακόμη και στην περίπτωση που η προσφορά της απορρίπτονταν, ως υπεργολάβος της «\*\*\*\*\*». Με λίγα λόγια, η προσωρινή ανάδοχος είχε εξασφαλίσει τη συμμετοχή της στη σύμβαση είτε ως ανάδοχος είτε ως τρίτος. Υπό το φως της προηγηθείσης ανάλυσης προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα, πέραν πάσης αμφιβολίας ότι οι ανταγωνίστριες εταιρείες γνώριζαν ότι θα συμμετάσχουν στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, διεκδικώντας η κάθε μια αυτοτελώς την ανάθεση της σύμβασης με την υποβολή προσφοράς και -ενώ υπό συνθήκες υγιούς ανταγωνισμού οι προσφορές τους θα έπρεπε να είναι μεταξύ τους ανταγωνιστικές- εντούτοις αφενός αποκάλυψαν η μία στην άλλη την οικονομική προσφορά της και αφετέρου συνέδραμε η μία την άλλη στην υποβολή προσφοράς, δημιουργώντας ένα αμάχητο τεκμήριο προσυεννόησης κατά τη σύνταξη των προσφορών τους. Σε κάθε δε περίπτωση δημιουργούνται εύλογες ενδείξεις ότι υπήρξε προσυεννόηση κατά την υποβολή των προσφορών. Εκ της συμπεριφοράς τους αυτής, κατά την προσφεύγουσα, εγκαθιδρύεται ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.(γ) της ύπαρξης επαρκώς ευλόγων ενδείξεων που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, οι εταιρείες «\*\*\*\*\*» και «\*\*\*\*\*» έπρεπε να αποκλειστούν από τη διαγωνιστική διαδικασία, επειδή συντρέχει σε βάρος τους ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού. Περαιτέρω, οι ως άνω οικονομικοί φορείς, στο ερώτημα του Μέρους III.Γ του ΕΕΕΣ «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;», έχουν απαντήσει «ΟΧΙ!». Όπως προαναπτύχθηκε, η αρνητική απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν ανταποκρίνεται στην αλήθεια, κατά την προσφεύγουσα, αφού δύο ανταγωνίστριες εταιρείες συνεργάστηκαν κατά την



## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

προετοιμασία δύο -φαινομενικά ανταγωνιστικών- προσφορών, δημιουργώντας εύλογες υπόνοιες περί προσυεννόησης. Η ψευδής αυτή δήλωση συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, της οποίας κρίσιμος χρόνος τέλεσης είναι ο χρόνος υποβολής του ΕΕΕΣ. Και τούτο, διότι κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ εκδηλώνεται 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 (ΣΤΕ ΕΑ 23/2020). Άλλωστε, η εν λόγω συμπεριφορά των ανταγωνιστριών δεν συνιστά αποκλειστικά και μόνο τον περιγραφόμενο στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. (ζ) του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 2.2.3.4 περ. (ζ) της διακήρυξης λόγο αποκλεισμού, αλλά και τον περιγραφόμενο στο άρθρο 73§ 4 (η) του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 2.2.3.4 περ. (η) της διακήρυξης λόγο αποκλεισμού, καθώς προκύπτει ότι αποκρύπτοντας πληροφορίες που αφορούν τον παρόντα διαγωνισμό προσπάθησαν να επηρεάσουν με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, και ως εκ τούτου θα πρέπει να κριθούν αποκλειστές οι προσφορές τους και εξ αυτού του λόγου, και τούτο διότι ενόψει και της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, ο αποκλεισμός τους από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία είναι υποχρεωτικός (ΕΑ ΣΤΕ 240/2019, 300/2012, 745/2011, 519/2010). Ούτε βεβαίως είναι δυνατόν να τους παρασχεθεί η δυνατότητα να προσκομίσουν αποδεικτικά μέσα από τα οποία να προκύπτουν τα ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης, διότι αφενός μεν δεν προέβησαν οι ίδιες ως όφειλαν στη δήλωση των μέτρων αυτοκάθαρσης κατά την υποβολή της προσφοράς (βλ. ΣΤΕ 753, 754 /2020, ΣΤΕ ΕΑ 204, 237/2019, ΔΕφΘεσ, Γ τμήμα, Ν8/2018, σκ. 10), αφετέρου δε θα αίρονταν σε κάθε περίπτωση οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης, οι οποίοι συνδέονται με την παροχή ανακριβών πληροφοριών και την επιχείρηση επηρεασμού με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής (ΣΤΕ ΕΑ 117/2019). Για όλους τους παραπάνω λόγους, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται κατά δέσμια αρμοδιότητα και υπό το φως της αρχής της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης να απορρίψει την προσφορά του ενδιαφερόμενου

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

οικονομικού φορέα που υπέπεσε στην πλημμέλεια της αναληθούς ή ανακριβούς δήλωση του ΕΕΕΣ. Άρα, η αναθέτουσα αρχή, αναθέτοντας τη σύμβαση στην «\*\*\*\*\*» παραβίασε και την αρχή της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης. Ανακεφαλαιώνοντας, σύμφωνα με τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εσφαλμένη κατά το μέρος που η αναθέτουσα αρχή δεν απέκλεισε από το διαγωνισμό τις εταιρείες «\*\*\*\*\*.» και ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο την πρώτη εξ' αυτών για τους εξής λόγους: **α)** συντρέχει σε βάρος τους ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 (γ) σχετικά με τη σύναψη συμφωνιών με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, **β)** έχουν υποπέσει σε ψευδή δήλωση κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, κατά παράβαση του όρου 2.2.3.4 (ζ), δηλώνοντας ότι δεν έχουν υποπέσει στον παραπάνω λόγο αποκλεισμού, **γ)** έχουν υποπέσει στο παράπτωμα 2.2.3.4 (η) περί εξ αμελείας παροχής παραπλανητικών πληροφοριών, **δ)** δεν δήλωσαν μέτρα αυτοκάθαρσης που να θεμελιώνουν την άρση των λόγων αποκλεισμού, **ε)** η αναθέτουσα αρχή παραβίασε το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης μη αποκλείοντας τους ως άνω προσφέροντες, παρά τη συνδρομή των ως άνω λόγων αποκλεισμού και παρά το γεγονός ότι παρείχαν στο ΕΕΕΣ στο πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού ψευδείς ή ανακριβείς πληροφορίες και **ζ)** η αναθέτουσα αρχή για όλους τους ανωτέρω λόγους παραβίασε την αρχή της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης. Β. Επικουρικώς συντρέχει παράβαση νόμου λόγω ύπαρξης ευλογών υπονοιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού και παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να εξετάσει αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις: Από τους φακέλους των προσφορών των εταιρειών «\*\*\*\*\*» και «\*\*\*\*\*» προκύπτει ότι η μία στηρίχθηκε στις ικανότητες του άλλου, λειτουργώντας παράλληλα ως ανταγωνίστριες και ως συνεργάτες. Όπως προαναφέρθηκε, με το άρθρο 2.2.3.4 περ. (γ) της διακήρυξης έχει αναχθεί σε λόγο υποχρεωτικού αποκλεισμού η ύπαρξη επαρκώς ευλόγων ενδείξεων που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Η ορθή εφαρμογή του ανωτέρω λόγου υποχρεωτικού αποκλεισμού αποτελεί υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, η οποία, κατά την εξέταση και αξιολόγηση των υποβληθεισών σε δημόσιο διαγωνισμό προσφορών, υποχρεούται - και

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

μάλιστα κατά δεσμία αρμοδιότητα - να εντοπίσει και να αξιολογήσει όλα τα στοιχεία των προσφορών προκειμένου να διαπιστώσει ότι κατά τη διεξαγωγή του συγκεκριμένου διαγωνισμού αναπτύχθηκε ανταγωνισμός και δεν συνήφθησαν περιοριστικές του ανταγωνισμού συμφωνίες ιδίως μεταξύ των οικονομικών φορέων που συμμετείχαν στον διαγωνισμό. Και τούτο διότι οι αναθέτουσες αρχές είναι επιφορτισμένες με έναν ενεργό ρόλο κατά την εφαρμογή των αρχών της διαφάνειας και των ίσων όρων ανταγωνισμού για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων (ΔΕΕ απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13 σκέψη 42). Δεδομένου ότι το καθήκον αυτό των αναθετουσών αρχών αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών περί των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, σε κάθε περίπτωση, ενεργώντας αυτεπαγγέλτως να εξακριβώνει την ύπαρξη ενδεχόμενων περιπτώσεων είτε συγκρούσεως συμφερόντων είτε στρεβλώσεως του ανταγωνισμού μέσω ενδεχόμενης συμπαιγνίας των διαγωνιζομένων και να λαμβάνει τα ενδεδειγμένα μέτρα για την πρόληψη, τον εντοπισμό και την αντιμετώπιση των περιπτώσεων αυτών (ΔΕΕ απόφαση της 17.5.2018, C-531/16). Η εφαρμογή του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού συνδέεται άρρηκτα με την αρχή της διαφάνειας και της ανάπτυξης του ελεύθερου ανταγωνισμού, τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν σε κάθε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (απόφαση απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-94/99, ARGE, σκέψη 24, και απόφαση της 16ης Οκτωβρίου 2003, C-421/01, Traunfellner, Συλλογή 2003, σ. I-11941, σκέψη 29) και οι οποίες αποτελούν τη βάση των οδηγιών των σχετικών με τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων (ΔΕΕ απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, Συλλογή 2003, σ. I-6351, σκέψη 73), το δε καθήκον των αναθετουσών αρχών να τηρούν τις αρχές αυτές αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, αποφάσεις της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, σκέψη 81, και της 3ης Μαρτίου 2005, C-21/03 και C-34/03, σκέψη 26). Σε περίπτωση, δε, που από τις προσφορές που υποβλήθηκαν σε δημόσιο διαγωνισμό, προκύπτουν ενδείξεις για την πιθανότητα στρέβλωσης του ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οι συμμετέχοντες φορείς -και καθένας εξ αυτών - δεν κατάρτισαν κατά τρόπο αυτοτελή και ανεξάρτητο την προσφορά

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

τους, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάζει και να εκτιμά τα πραγματικοί περιστατικά, προκειμένου να καθοριστεί αν η σχέση μεταξύ των δυο οντοτήτων άσκησε συγκεκριμένη επιρροή στο αντίστοιχο περιεχόμενο των προσφορών που υπέβαλαν στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας δημόσιου διαγωνισμού, η δε διαπίστωση τέτοιας επιρροής, υπό οποιαδήποτε μορφή, αρκεί προκειμένου οι εν λόγω επιχειρήσεις να αποκλεισθούν από τη διαδικασία (ΔΕΕ απόφαση της 8.2.2018, C- 144/2017, Lloyd's, και πρβλ. απόφαση της 19ης Μαΐου 2009, Assitur, C-538/07). Γίνεται, ομοίως, δεκτό ότι θα ήταν ασύμβατο με τον ενεργό ρόλο που έχουν οι αναθέτουσες αρχές κατά την εφαρμογή των αρχών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων να μετατεθεί στην προσφεύγουσα το βάρος να αποδείξει την παραβίαση των γενικών αυτών αρχών. Μια τέτοια λύση θα ήταν επίσης αντίθετη προς την αρχή της αποτελεσματικότητας και προς την απαίτηση περί αποτελεσματικής προσφυγής που θέτει το άρθρο 1, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, της οδηγίας 89/665, δεδομένου ιδίως ότι ένας διαγωνιζόμενος δεν είναι κατά κανόνα σε θέση να έχει πρόσβαση σε πληροφοριακά και αποδεικτικά στοιχεία που του παρέχουν τη δυνατότητα να αποδείξει την παραβίαση των αρχών(βλ., απόφαση ΔΕΕ 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 43). Όσον αφορά το επίπεδο των αποδεικτικών στοιχείων που απαιτείται για να αποδειχθεί η ύπαρξη προσφορών που δεν είναι ούτε αυτοτελείς ούτε ανεξάρτητες, η αρχή της αποτελεσματικότητας επιβάλλει να είναι δυνατό να αποδειχθεί η παραβίαση των κανόνων της Ένωσης περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων όχι μόνο με άμεσες αποδείξεις, αλλά και με ενδείξεις, υπό την προϋπόθεση ότι αυτές είναι αντικειμενικές και συγκλίνουσες, και οι συνδεδεμένοι προσφέροντες να μπορούν να προσκομίσουν αποδείξεις περί του αντιθέτου (βλ., απόφαση ΔΕΕ αποφάσεις ΔΕΕ της 17ης Μαΐου 2018, στην υπόθεση C-531/16, Siauli, σκέψη 37, κατ' αναλογία, απόφαση της 21ης Ιανουαρίου 2016, Eturas κ.λπ., C-74/14, EU:C:2016:42, σκέψη 37). Με βάση τα ανωτέρω, καθίσταται σαφές, κατά την προσφεύγουσα, ότι οι συνθήκες διεξαγωγής του εξεταζόμενου διαγωνισμού, όπου όλες οι προσφορές που κρίθηκαν παραδεκτές (πλην της δικής της), έχουν συνταχθεί από οικονομικούς φορείς που ενώ φαινομενικά ανταγωνίζονται, επί της ουσίας έχουν συνεργαστεί για την υποβολή των προσφορών τους, σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτίθενται ανωτέρω υπό τον πρώτο λόγο της

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

παρούσας (όπου παραπέμπω προς αποφυγή επαναλήψεων) αντικειμενικά δημιουργεί -αν όχι την βεβαιότητα- τουλάχιστον εύλογες ενδείξεις για την πιθανότητα οι προσφορές των διαγωνιζομένων να μην έχουν καταρτιστεί αυτοτελώς και ανεξάρτητα αλλά υπό συνθήκες κατά τις οποίες κάθε μία από τις διαγωνιζόμενες τελούσε σε γνώση της οικονομικής προσφοράς της άλλης και σε προσυεννόηση ως προς το ύψος των προσφορών. Υπό τα δεδομένα αυτά, η αναθέτουσα αρχή, προς διασφάλιση τήρησης της αρχής της διαφάνειας και ανάπτυξης πραγματικού και υγιούς ανταγωνισμού κατά το διαγωνισμό, που εγγυάται και το δημόσιο συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, είχε - αν μη τι άλλο - υποχρέωση να εξετάσει εάν συντρέχει περίπτωση ύπαρξης συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού μεταξύ των ανωτέρω δύο (2) οικονομικών φορέων. Κατά την προσφεύγουσα, μη πράττοντας τούτο, η αναθέτουσα αρχή παρέβη της εκ του άρθρου 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και του ενωσιακού δικαίου υποχρεώσεις της καθιστώντας την προσβαλλόμενη απόφασή της παράνομη και ακυρωτέα.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. 193132/3-9-2020 έγγραφο απόψεών της προς την ΑΕΠΠ προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής επικαλείται τα ακόλουθα: Κατ' επίκληση του άρθρου 78 του ν.4412/2016 και του όρου 2.2.8. της διακήρυξης, δεν προκύπτει ρητά ότι ο δανείζων απαγορεύεται να είναι και υποψήφιος στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει τον διαγωνιζόμενο μόνον αν δεν μπορεί αυτός να αποδείξει ότι έχει την δυνατότητα χρήσης των ικανοτήτων του τρίτου ή ότι ο τρίτος δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας που τίθενται. Επιπλέον στην παρ. 1 του άρθρου 78 αναφέρεται η έκταση ελέγχου της αναθέτουσας αρχής. Στην διάταξη αυτή ορίζεται ότι κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται η πλήρωση των κριτηρίων από τον τρίτο και ο έλεγχος λόγων αποκλεισμού του τρίτου. Αναφέρεται δε ρητά ότι σε περίπτωση που συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του άρθρο 73 παρ. 4, η αντικατάσταση του τρίτου αποφασίζεται από την αναθέτουσα αρχή κατά τη διακριτική της ευχέρεια (Ράικος, όπου παρ. σελ. 750 σημ. 12). Δηλαδή ακόμη και στην περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού, ακόμη και τότε η αντικατάσταση είναι στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, πολύ δε μάλλον στη συγκεκριμένη περίπτωση που σαφώς δε συντρέχει

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

κατά την γνώμη της αναθέτουσας αρχής λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73. Με βάση τα παραπάνω η κρίση για το εάν μια διαδικασία στήριξης σε ικανότητες άλλου φορέα παραβιάζει τις διατάξεις του άρθρου 18 ν. 4412/2016 και συνιστά συμπαιγνία με σκοπό την νόθευση του ανταγωνισμού, ή παραβίαση του άρθρου 73 παρ. 4 γ είναι AD HOC και πρέπει να ερευνηθούν τα περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης. Στην προκειμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι μεταξύ των δύο υποψηφίων δεν υποκρύπτεται συναλλαγή με σκοπό την νόθευση του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι δεν είχε κανένα σχετικό στοιχείο. Η ανταλλαγή τεχνικής ικανότητας είναι σχετικά απλή διαδικασία, η οποία με βάση και την εμπειρία της αναθέτουσας αρχής δεν προϋποθέτει συνολική συνδιαλλαγή μεταξύ των υποψηφίων. Εξάλλου στην προκειμένη περίπτωση οι δύο υποψήφιοι είχαν μεταξύ τους διαφορά 30 μονάδων σε ποσοστό έκπτωσης, οπότε από το στοιχείο αυτό και μόνο η συμπαιγνία αποκλείεται κατά την κρίση της. Με βάση αυτό το γεγονός η αναθέτουσα αρχή δεν ενεργοποίησε την παραπάνω διάταξη περί αντικατάστασης των δανειζόντων εμπειρία, δεδομένου, εκτός των άλλων, ότι είναι στη διακριτική της ευχέρεια. Αναφορικά με την υποτιθέμενη παράβαση του 73 παρ. 4 περ. η. του ν.4412/2016, η προσφεύγουσα στηρίζει την παραβίαση αυτή στο γεγονός ότι οι υποψήφιοι δήλωσαν στο ΕΕΕΣ ΟΧΙ στο ερώτημα περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Όμως, κατά την αναθέτουσα αρχή, η άποψη ότι στην περίπτωση αυτή υφίσταται η εν λόγω παραβίαση δεν έχει κανένα έρεισμα στην εν λόγω διάταξη, το ρυθμιστικό πεδίο της οποίας αφορά συμπεριφορές και ενέργειες του υποψηφίου σε σχέση με την αναθέτουσα αρχή, όπως προσπάθεια συναλλαγής με υπαλλήλους της για απόσπαση κρίσιμων πληροφοριών σχετικών με την διαγωνιστική διαδικασία η με παροχή παραπλανητικών πληροφορικών προς την αναθέτουσα αρχή, οι οποίες ενδέχεται να επηρεάσουν τις αποφάσεις της σχετικά με την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Στην ουσία η εν λόγω διάταξη προϋποθέτει αλληλεπίδραση του υποψηφίου με την αναθέτουσα αρχή. Τέτοιο περιστατικό όχι μόνο δεν υπήρξε, αλλά και μόνη η αναφορά του χωρίς στοιχεία συνιστά προσβολή για την υπηρεσία, η οποία δημοπρατεί χρόνια έργα και ουδέποτε ετέθη ζήτημα για την ακεραιότητα των στελεχών της. Αναφορικά με το λόγο της ψευδούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ, η υπηρεσία και ο φορέας θεώρησαν την σχετική

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

δήλωση ειλικρινή και δεν διαθέτουν κανένα στοιχείο περί του αντιθέτου. Τέλος, αναφορικά με τον επικουρικό λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων, θεωρεί ότι η αναθέτουσα αρχή διέπραξε το σφάλμα του μη αποκλεισμού δεδομένου ότι είχε υποχρέωση προς τούτο, και ο λόγος αποκλεισμού είναι υποχρεωτικός. Ο λόγος αυτός δεν στηρίζεται στον νόμο, κατά την αναθέτουσα αρχή. Αφενός μεν προϋπόθεση είναι ή διάγνωση των επαρκώς ευλογών ενδείξεων, οι οποίες στην περίπτωση του εν λόγω διαγωνισμού δεν θεμελιώνονται από πουθενά, αφετέρου προϋπόθεση για την ισχύ του επικουρικού λόγου είναι η αποδοχή της ορθότητας του βασικού λόγου αποκλεισμού των υποψηφίων, ήτοι οι ενέργειές τους σχετικά με την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τέτοια περίπτωση, όμως, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν υπάρχει και συνεπώς δεν μπορεί να θεμελιωθεί ο επικουρικός λόγος αποκλεισμού. Με βάση τα παραπάνω η αναθέτουσα αρχή ζητά τη συνολική απόρριψη της προσφυγής του οικονομικού φορέα «\*\*\*\*\*».

10. Επειδή, η εταιρία «\*\*\*\*\*» με την από 2-9-2020 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 27-8-2020 κοινοποίησης της προσφυγής, παρέμβασή της υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού η προσφυγή στρέφεται ακριβώς κατά της ανάδειξης της ως προσωρινής αναδόχου της υπόψη σύμβασης, επικαλείται προς απόρριψη της άνω προσφυγής τα ακόλουθα: Όλοι οι παραπάνω λόγοι για τους οποίους ζητείται ο αποκλεισμός της από τη διαγωνιστική διαδικασία είναι μη νόμιμοι, αναληθείς, αόριστα προβαλλόμενοι και πλήρως αναπόδεικτοι, παρά το γεγονός ότι ο προσφεύγων έχει το βάρος της αποδείξεως κατά γενική δικονομική αρχή (ΣτΕ 2770/2015,, Ράικος-Βλάχου-Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν 4412/2016, Ερμηνεία κατ άρθρο, εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελίδες 679-680). Η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη το άρθρο 78 του ν.4412/2016 και τον όρο 2.2.8. της διακήρυξης, υποστηρίζει ότι σε κανένα σημείο τόσο της σχετικής νομοθετικής διάταξης όσο και της διάταξης της διακήρυξης περί δάνειας εμπειρίας δεν ορίζεται ρητά ότι ο δανείζων απαγορεύεται να είναι και υποψήφιος στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει τον διαγωνιζόμενο, μόνο αν δεν μπορεί αυτός να αποδείξει ότι έχει την δυνατότητα χρήσης των ικανοτήτων του τρίτου ή ότι ο τρίτος δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας που τίθενται (όπου παραπάνω Ράικος κλπ. Σελίδα 748 σημ. 6). Επιπλέον στην παρ. 1 του άρθρου

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

78 αναφέρεται η έκταση ελέγχου της αναθέτουσας αρχής. Στην διάταξη αυτή ορίζεται ότι κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (Ράικος, όπου παραπάνω σελ. 749 σημ. 11) ελέγχεται η πλήρωση των κριτηρίων από τον τρίτο και ο έλεγχος λόγων αποκλεισμού του τρίτου. Αναφέρεται δε ρητά ότι σε περίπτωση που συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4, η αντικατάσταση του τρίτου αποφασίζεται από την αναθέτουσα αρχή κατά διακριτική της ευχέρεια (Ράικος, όπου παρ. σελ. 750 σημ. 12). Δηλαδή ακόμη και στην περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού, ακόμη και τότε η αντικατάσταση είναι στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, πολύ δε μάλλον στην προκειμένη περίπτωση που σαφώς δε συντρέχει κατά την γνώμη της παρεμβαίνουσας λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73. Με βάση τα παραπάνω γίνεται κατά την παρεμβαίνουσα σαφές ότι η κρίση για το εάν μια διαδικασία στήριξης σε ικανότητες άλλου φορέα παραβιάζει τις διατάξεις του άρθρου 18 ν. 4412/2016 και συνιστά συμπαιγνία με σκοπό την νόθευση του ανταγωνισμού, ή παραβίαση του άρθρου 73 παρ. 4 γ του ν.4412/2016 είναι AD HOC και πρέπει να ερευνηθούν τα περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης. Από την κατάστρωση των λόγων του άρθρου 73 παρ. 4 γ του ν.4412/2016 δεν προκύπτει περίπτωση που ερμηνευτικά και νομολογιακά να υπαγάγει την συμπεριφορά της παρεμβαίνουσας στους εν λόγω λόγους. Ειδικότερα έχει κριθεί ότι στο πεδίο αυτό εντάσσονται η χειραγώγηση προσφορών, οι εικονικές προσφορές, η καταστολή προσφοράς, η υποβολή προσφορών εκ περιτροπής, η κατανομή αγορών, ο καθορισμός τιμών και ο περιορισμός προσφερόμενων ποσοτήτων (βλέπε όπου παραπάνω Ράικος κλπ, σελ. 679 σημ 48, με παραπομπή σε αποφάσεις ΕΕ ). Καμία από τις παραπάνω περιπτώσεις δεν μπορεί να ενταχτεί συστηματικά στα περιστατικά υπό τα οποία η παρεμβαίνουσα στηρίχθηκε στις ικανότητες του άλλου φορέα. Ειδικότερα στην περίπτωση της, απλά ζήτησε από τον άλλο φορέα την συναίνεση του στη χρήση της άδειας και της εγκατάστασης κομποστοποίησης σε περίπτωση που αυτή ανακηρυχθεί ανάδοχος. Είναι φανερό, κατά την παρεμβαίνουσα, ότι δεν υπήρχε καμία ανάγκη, προκειμένου να συναινέσει για τη χορήγηση της εν λόγω άδειας, να του αποκαλύψει είτε στοιχεία της προσφοράς της είτε οποιαδήποτε άλλα στοιχεία. Πολύ δε μάλλον δεν υπήρχε οποιοσδήποτε λόγος να υπάρξει συμπαιγνία. Εξάλλου αυτό αποδεικνύεται και από το γεγονός της τεράστιας



## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

απόκλισης των οικονομικών προσφορών τους, γεγονός το οποίο μόνο στρέβλωση του ανταγωνισμού δεν μπορεί να θεωρηθεί. Αντίστοιχα εξαιρετικά απλή είναι και η αντίθετη διαδικασία από την πλευρά της παρεμβαίνουσας για την παροχή δάνειας εμπειρίας σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αναφορικά με τα εκτελεσθέντα έργα προς τον συνυποψήφιο οικονομικού φορέα «\*\*\*\*\*». Για την παροχή της δάνειας αυτής ικανότητας απλά απέστειλε στον έτερο υποψήφιο τον κατάλογο των εκτελεσθέντων έργων, για να μπορεί να τον επικαλεστεί και συμπλήρωσε ΕΕΕΣ ως δανείζων. Η εξαιρετικά απλή αυτή διαδικασία δεν είχε καμία απαίτηση συναλλαγής και αλληλοαποκάλυψης προσφορών, με σκοπό τη χειραγώγηση του διαγωνισμού, απλά συνέβη προκειμένου να μπορούν να συμμετέχουν στο διαγωνισμό, δεδομένου ότι διαφορετικά δεν θα μπορούσαν, ως η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει. Εξάλλου σκοπός της δάνειας εμπειρίας είναι και το άνοιγμα των συμβάσεων στις ΜΜΕ. Εξάλλου, έχει κριθεί με την με αριθμό C-538/07 Assistur Srl Camera di Commercio, σκ. 26, ότι *«δεν θα πρέπει να απαγορεύεται a priori στις επιχειρήσεις μεταξύ των οποίων υπάρχει σχέση ελέγχου ή οι οποίες είναι συνδεδεμένες μεταξύ τους να συμμετέχουν ταυτόχρονα ως ανταγωνιστές στην ίδια διαδικασία διαγωνισμού, αλλά πρέπει να τους παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξουν ότι αυτή η σχέση δεν επηρέασε τη συμπεριφορά τους στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής»* (βλέπε όπου παραπάνω Ράικος κλπ, σε. 752, σημ. 18). Στην εξεταζόμενη περίπτωση, δεδομένων των εξαιρετικά απλών στοιχείων δανεισμού, η αναθέτουσα αρχή και ορθά δεν είχε καμία εύλογη ένδειξη περί συμπαιγνίας και δεν θεώρησε καν αναγκαίες τις διευκρινήσεις. Επιπλέον ο προσφεύγων περί αυτού ουδέν στοιχείο που να οδηγεί σε εύλογες ενδείξεις καταθέτει, πέραν του αυταπόδεικτου κατά την κρίση του γεγονότος της συνυποψηφιότητας κατ' αυτόν, το οποίο, όμως, σύμφωνα με τα παραπάνω, δεν ισχύει. Κατά συνέπεια ο σχετικός λόγος προσφυγής είναι, κατά την παρεμβαίνουσα, μη νόμιμος και απορριπτέος. Αναφορικά με την υποτιθέμενη παράβαση του 73 παρ. 4 περ. η. Η προσφεύγουσα στηρίζει την υποτιθέμενη παραβίαση στο γεγονός ότι η παρεμβαίνουσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ ΟΧΙ στο ερώτημα περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Όμως η άποψη ότι στην περίπτωση αυτή υφίσταται η εν λόγω παραβίαση δεν έχει κανένα έρεισμα στην εν λόγω διάταξη, το ρυθμιστικό πεδίο της οποίας αφορά συμπεριφορές και

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

ενέργειες του υποψηφίου σε σχέση με την αναθέτουσα αρχή, όπως προσπάθεια συναλλαγής με υπαλλήλους της για απόσπαση κρίσιμων πληροφοριών σχετικών με τη διαγωνιστική διαδικασία ή με παροχή παραπλανητικών πληροφορικών προς την αναθέτουσα αρχή, οι οποίες ενδέχεται να επηρεάσουν τις αποφάσεις της σχετικά με την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Στην ουσία η εν λόγω διάταξη προϋποθέτει αλληλεπίδραση του υποψηφίου με την αναθέτουσα αρχή, η οποία σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεμελιωθεί με μόνη την υποβολή του ΕΕΕΣ. Επιπλέον η δήλωση της παρεμβαίνουσας στο ΕΕΕΣ είναι ειλικρινής και αληθινή (ΑΕΠΠ 181/2017 σκ. 11). Με βάση και τα παραπάνω και ο λόγος αυτός της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί. Αναφορικά με τον λόγο της ψευδούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ, η παρεμβαίνουσα θεωρεί αυταπόδεικτο ότι η σχετική δήλωση της ήταν απόλυτα ειλικρινής και δεν συντρέχει κανένας λόγος παράβασης. Τέλος αναφορικά με τον επικουρικό λόγο της προσφυγής: Με τον λόγο αυτό ο προσφεύγων, θεωρεί ότι η αναθέτουσα αρχή διέπραξε το σφάλμα του μη αποκλεισμού της, δεδομένου ότι είχε υποχρέωση προς τούτο, και ο λόγος αποκλεισμού είναι υποχρεωτικός. Ο λόγος αυτός δεν στηρίζεται στο νόμο. Αφενός μεν προϋπόθεση είναι ή διάγνωση των επαρκώς ευλόγων ενδείξεων, οι οποίες στην εξεταζόμενη περίπτωση δεν θεμελιώνονται από πουθενά, κατά την παρεμβαίνουσα. Αφετέρου προϋπόθεση για την ισχύ του επικουρικού λόγου είναι η αποδοχή της ορθότητας του βασικού λόγου αποκλεισμού της, ήτοι οι ενέργειες της σχετικά με την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τέτοια περίπτωση όμως δεν υπάρχει, συνεπώς δεν μπορεί να θεμελιωθεί ο επικουρικός λόγος αποκλεισμού.

11. Επειδή, η εταιρία «\*\*\*\*\*» με την από 2-9-2020 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 27-8-2020 κοινοποίησης της προσφυγής, παρέμβασή της υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αυτή κατετάγη δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, επικαλείται προς απόρριψη της άνω προσφυγής τα ακόλουθα: Α. Σε ό,τι αφορά στον πρώτο λόγο προσφυγής: Η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τον όρο 2.2.3.4. της διακήρυξης και το άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016, προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή εάν διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ότι δηλαδή έχει εμπλακεί σε καταστάσεις που δύνανται να επιφέρουν στρέβλωση του ανταγωνισμού, όπως είναι η περίπτωση της συμπαιγνιακής συμπεριφοράς σε διαγωνισμούς μαζί με άλλους οικονομικούς φορείς. Πρόκειται για έναν δυνητικό λόγο αποκλεισμού, για τη συνδρομή των προϋποθέσεων του οποίου πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η αρχή της αναλογικότητας, ενώ η συμπεριφορά του οικονομικού φορέα μπορεί να αποδεικνύεται με κατάλληλα μέσα που προκαλούν “επαρκώς εύλογες ενδείξεις” ότι τελέστηκε η εν λόγω πράξη, το οποίο εξετάζεται ad hoc. Οι τέσσερις βασικές μορφές νόθευσης διαγωνισμού που δύνανται να λάβουν χώρα είναι η χειραγώγηση προσφορών, η κατανομή αγορών/πελατών, ο καθορισμός τιμών, ο περιορισμός των προσφερόμενων ποσοτήτων. Η παράνομη σύμπραξη προκύπτει από το γεγονός ότι πρόκειται για μυστικές συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, οι οποίες υπό κανονικές συνθήκες θα έπρεπε να λειτουργούν ανταγωνιστικά μεταξύ τους. Ειδικότερα: α) Χειραγώγηση Προσφορών (bid rigging) χειραγώγηση προσφορών ή αλλιώς η υποβολή προσυεννοημένων προσφορών έγκειται στην εκ των προτέρων συμφωνία των υποψήφιων συμμετεχόντων ενός διαγωνισμού για το ποιος θα είναι ο επιτυχών ανάδοχος, καταργώντας με αυτόν τον τρόπο την ανταγωνιστική διαδικασία και αποστερώντας από το κράτος τα οφέλη του ανταγωνισμού. Οι κυριότερες πρακτικές υπό τις οποίες εμφανίζεται η χειραγώγηση προσφορών είναι οι ακόλουθες: α.α) Εικονική προσφορά (cover bidding): Η εικονική προσφορά πρόκειται για τη συχνότερη μορφή που λαμβάνει μία οριζόντια παράνομη σύμπραξη στις δημόσιες συμβάσεις. Με αυτήν την τακτική, ο ανάδοχος στον οποίο θα κατακυρωθεί το έργο έχει προκαθοριστεί και οι ανταγωνιστές δρουν έτσι ώστε να δοθεί η εντύπωση ότι επικρατούν συνθήκες γνήσιου ανταγωνισμού. Στην πράξη οι ανταγωνιστές συμφωνούν να υποβάλουν υψηλότερες οικονομικές προσφορές από εκείνη του προσυμφωνημένου αναδόχου ή να υποβάλουν προσφορές με όρους μη αποδεκτούς από την αναθέτουσα αρχή. Πρόκειται, δηλαδή, κατά κύριο λόγο για υποβολή τεχνητά υψηλών προσφορών που με βάση τον τρόπο λειτουργίας μιας διαγωνιστικής διαδικασίας δεν θα επιλεγούν. Τέλος, πιθανή είναι και η προσκόμιση φακέλων προσφορών με προφανείς τυπικές ελλείψεις ή

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

λανθασμένες συμπληρώσεις στα απαραίτητα από τη διακήρυξη του διαγωνισμού για τη συμμετοχή δικαιολογητικά. α.β) Καταστολή προσφοράς (bid suppression): Με αυτήν την τακτική, ορισμένοι ανταγωνιστές συμφωνούν να μην προβούν σε υποβολή προσφοράς σε διακήρυξη διαγωνισμού ή να αποσύρουν μία ήδη κατατεθείσα προσφορά, προκειμένου να εξασφαλιστεί η κατακύρωση στον προκαθορισμένο από τα μέλη του καρτέλ υποψήφιο. α.γ) Υποβολή προσφορών εκ περιτροπής (bid rotation): Με αυτήν την τακτική, οι ανταγωνιστές συμφωνούν μεταξύ τους να καθίστανται εκ περιτροπής ανάδοχοι. Ανάλογα με τον τρόπο που έχει οριστεί η διανομή των δημοσίων συμβάσεων, «υποβάλλουν εκ περιτροπής τη χαμηλότερη οικονομοτεχνική προσφορά. Ο τρόπος κατανομής των συμβάσεων μεταξύ τους μπορεί να έγκειται στον όγκο των προμηθευόμενων υλικών, την αξία της σύμβασης, μπορεί να τίθεται ισομερώς ή μπορεί και να επιμερίζεται ανάλογα με τα μεγέθη των εταιριών και τα μερίδια αγοράς τους. β) Κατανομή Αγορών. Με αυτήν την τακτική οι ανταγωνιστές συμφωνούν μεταξύ τους τον καταμερισμό των αγορών, ο οποίος επιτυγχάνεται συνήθως μέσω της κατανομής προϊόντων ή πελατών ή μέσω γεωγραφικής κατανομής των αγορών. Έτσι, τα μέλη του καρτέλ νοθεύουν τις προσφορές τους κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να διασφαλιστεί ότι θα κατακυρωθεί η σύμβαση στην εταιρία, στην οποία έχει συμφωνηθεί ο πελάτης ή το προϊόν ή η γεωγραφική περιοχή. γ) Καθορισμός τιμών. Με αυτήν την τακτική, οι ανταγωνιστές συμφωνούν μεταξύ τους διαμόρφωση της τιμής ενός προϊόντος ή υπηρεσίας γεγονός που επηρεάζει τη δυνατότητα του πελάτη να αγοράζει στις κατώτατες δυνατές τιμές. Σε αυτήν δηλαδή την περίπτωση, η τιμή της προσφοράς που θα κερδίσει τον διαγωνισμό συνήθως είναι υψηλότερη από την τιμή που θα μπορούσε να επιτευχθεί μέσω υγιών συνθηκών ανταγωνισμού. Για παράδειγμα, μπορεί να καθορίζεται μία κατώτατη τιμή, να συμφωνείται εξάλειψη ή περιορισμός των εκπτώσεων, να εφαρμόζεται τύπος για τον υπολογισμό της τιμής, να συμφωνείται αύξηση των τιμών ή διατήρηση των τιμών σε σταθερά επίπεδα. δ) Περιορισμός προσφερόμενων ποσοτήτων. Με αυτήν την τακτική, οι ανταγωνιστές συμφωνούν να μειώσουν ή να περιορίσουν τις προσφερόμενες ποσότητες ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας με στόχο τον περιορισμό της διάθεσής τους και, κατά συνέπεια, την αύξηση των τιμών κατακύρωσης του διαγωνισμού. Σύμφωνα με το άρθρο 78 παρ. 1 του Ν.

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

4412/2016 (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Η δάνεια ικανότητα σκοπό έχει να γίνουν οι δημόσιες συμβάσεις προσιτές στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, διευκολύνοντας την πρόσβαση και τη συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε αυτές. Η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία έγκειται στο γεγονός ότι ο «δανειζόμενος» εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων/μέσων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο. [ΣΤΕ ΕΑ 405/2013, 409/2013, 410/2013, 415/2013]. Όροι σε διακηρύξεις που απαγορεύουν την δάνεια ικανότητα με οιονδήποτε τρόπο αντιβαίνουν τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει τον διαγωνιζόμενο, μόνο αν δεν μπορεί αυτός να αποδείξει ότι έχει τη δυνατότητα χρήσης των ικανοτήτων του τρίτου ή ότι ο τρίτος δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας που τίθενται. [ΔΕΕ, Απόφαση της 18.3.2004, υπόθεση C-314/01, Siemens AG Osterreich κ.α κατά Bietergemeinschaft EDS/ORGA, σκ.46 και 48 ΕΑ ΣΤΕ 284/2013 και 409/2013.] Τέλος, σύμφωνα με τον όρο 2.2.8 της σχετικής διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς (πρβλ άρθρο 78 παρ.1 του ν. 4412/2016. Δύνανται, επίσης, να στηρίζονται και στις ικανότητες του/ των υπεργολάβων, στους οποίους προτίθενται να αναθέσουν την εκτέλεση τμήματος/ τμημάτων της υπό ανάθεση σύμβασης). Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ " του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α " του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. Ήδη από το σημείο αυτό πρέπει να καταστούν απολύτως σαφή δυο πολύ σημαντικά πραγματικά δεδομένα: α) Καταρχήν και κατά κύριο λόγο, η χρήση δάνειας ικανότητας για το σκοπό της συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό είναι απολύτως νόμιμη. Όχι μόνο δεν απαγορεύεται από το νόμο, αλλά ρητά προβλέπεται από αυτόν, χωρίς να είναι μάλιστα δυνατός ο αποκλεισμός της από τη διακήρυξη. Περαιτέρω, η χρήση δάνειας ικανότητας θεσπίσθηκε νομοθετικά προκειμένου να γίνουν οι δημόσιες συμβάσεις προσιτές στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, διευκολύνοντας την πρόσβαση και τη συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε αυτές. Και ακριβώς επειδή η δάνεια ικανότητα έχει ως σκοπό την διεύρυνση του ανταγωνισμού, δεν δύναται να λαμβάνει χώρα επίκληση, αυτής και μόνο αυτής και άνευ άλλου τινός, ως επιχείρημα δήθεν στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Δεν υφίσταται δε απολύτως καμία νομοθετική ή κανονιστική απαγόρευση χρήσης δάνειας ικανότητας ακόμα και από συνδιαγωνιζόμενο στον ίδιο διαγωνισμό οικονομικό φορέα, δεν υφίσταται απολύτως καμία δικαστική απόφαση ή απόφαση της Αρχής σας που να έχει κρίνει υπέρ μίας τέτοιας απαγόρευσης, δεν υφίσταται η παραμικρή οδηγία ή κατευθυντήρια αρχή υπό την οποία η χρήση δάνειας ικανότητας συνδιαγωνιζόμενου υπολαμβάνεται ως πράξη στρεβλωτική του ανταγωνισμού. Ρητά δε επιτρέπεται από την σχετική διακήρυξη η χρήση δάνειας ικανότητας. Ο δε προσφεύγων γνωρίζει τα ανωτέρω πολύ καλά και δεν αποτολμά καν να

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

υποβάλλει αντίθετα επιχειρήματα ή ισχυρισμούς. β) Πλην όμως, ο προσφεύγων υποστηρίζει το σύνολο της προσφυγής σε αυτήν την καθ' όλα νόμιμη χρήση δάνειας ικανότητας, χωρίς να παραθέτει το παραμικρό επιπλέον πραγματικό περιστατικό από το οποίο θα μπορούσαν να προκύπτουν έστω και οι ελάχιστες αποχρώσεις ενδείξεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Μάλιστα ο προσφεύγων σε απόλυτη ένδεια επιχειρημάτων υιοθετεί το ακόλουθο απολύτως άστοχο, απαράδεκτο και νόμω αβάσιμο σχήμα: *“η χρήση δάνειας ικανότητας συνυποψηφίου αποτελεί κατά αμάχητο τεκμήριο στρέβλωση ανταγωνισμού επειδή ακριβώς εμπεριέχει εκ των ων ουκ άνευ πράξεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού”*, ενώ όφειλε να ισχυρισθεί και να αποδείξει ότι υπό το μανδύα της νόμιμης χρήσης δάνειας ικανότητας καλύπτεται στρέβλωση του ανταγωνισμού, επειδή υφίστανται οι “εξής” συγκεκριμένες αποχρώσεις ενδείξεις. Ουδόλως όμως πράττει κάτι τέτοιο και δεν έχει άλλωστε την παραμικρή δυνατότητα να το πράξει δυνάμει των πραγματικών περιστατικών της παρούσας υπόθεσης. Σε ό,τι αφορά, λοιπόν, στον πρώτο λόγο της ένδικης προσφυγής: • Από τη σελ. 5 έως τη σελ. 12 γίνεται απλή παράθεση και ανάλυση των κατά τον προσφεύγοντα εφαρμοζόμενων διατάξεων. • Από τη σελ. 12 έως τη σελ. 14 γίνεται αναφορά στην καθ' όλα νόμιμη, καθ' όλα γνωστή και απολύτως διαφανή χρήση δάνειας ικανότητας από την παρεμβαίνουσα και την εταιρία “\*\*\*\*\*”. Και εδώ αρχίζει και τελειώνει το μόνο πραγματικό περιστατικό που επικαλείται ο προσφεύγων. Τα όσα ακολουθούν είναι, κατά την παρεμβαίνουσα, άστοχες, αβάσιμες και αναπόδεικτες συμπερασματικές συναγωγές της καθόλα νόμιμης χρήσης δάνειας ικανότητας, ώστε για τον προσφεύγοντα πλέον και για κάθε διαγωνισμό, η χρήση δάνειας ικανότητας συνδιαγωνιζόμενου αποτελεί αμάχητο τεκμήριο στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Μια συμπεριφορά που προβλέπεται στον νόμο και στη διακήρυξη αποτελεί αμάχητο λόγο αποκλεισμού από τον σχετικό διαγωνισμό. • Πράγματι, η παρεμβαίνουσα, συμμετέχοντας στον εν θέματι διαγωνισμό, χρησιμοποίησε ως “δάνεια ικανότητα” από την εταιρία «\*\*\*\*\*» την απαιτούμενη από τη διακήρυξη εμπειρία, όπως αναλυτικά αναφέρεται στα σχετικά ιδιωτικά συμφωνητικά στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα. Συγκεκριμένα, με βάση την προκήρυξη απαιτούνταν: *“άρθρο 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα: α. κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών, να*

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

έχουν εκτελέσει αθροιστικά συμβάσεις παροχής υπηρεσιών του συγκεκριμένου τύπου, ύψους τουλάχιστον το 80% του προϋπολογισμού (δηλαδή ποσού έως 394.664.00 €) χωρίς το ΦΠΑ.” Αντίστοιχα, η εταιρία «\*\*\*\*\*» χρησιμοποίησε ως “δάνεια ικανότητα” από την παρεμβαίνουσα την απαιτούμενη από τη διακήρυξη “άδεια ή σύμβαση εν ενεργεία κομποστοποίησης από στερεά μη επικίνδυνα απόβλητα (σύστημα περιβαλλοντικών υποδομών ομάδα 4-κατηγορία”. • Έρχεται, λοιπόν, ο προσφεύγων και επικαλούμενος την καθ’ όλα νόμιμη αυτή ενέργεια, καταλήγει στο ακόλουθο συμπέρασμα (σελ. 14): “...με δεδομένο ότι η μία εταιρεία στηρίζεται στις ικανότητες της άλλης, η εξάρτηση της μίας εταιρείας από την άλλη είναι τέτοια που δημιουργεί την εύλογη πεποίθηση -όχι απλώς ενδείξεις – ότι υπήρξε συνεννόηση κατά τη διαμόρφωση των προσφορών τους. Διότι η μία δεν μπορούσε να υποβάλει προσφορά χωρίς τη συνδρομή της άλλης και αμφότερες γνώριζαν ότι θα ανταγωνιστούν μεταξύ τους στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία...”. Τα όσα δε ακολουθούν στηρίζονται αποκλειστικά και μόνο στην αυθαίρετη αυτή συναγωγή. Αντί, λοιπόν, ο προσφεύγων να ισχυρισθεί και να αποδείξει τα πραγματικά εκείνα περιστατικά αποτελούν τις αποχρώσεις ενδείξεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού (π.χ. συνεννόηση κατά τη διαμόρφωση των προσφορών, όπως ο ίδιος αναφέρει), θεωρεί ότι αυτές υφίστανται αποκλειστικά και μόνο από τη χρήση δάνειας ικανότητας συνυποψηφίου και ακριβώς επειδή αυτή η καθ’ όλα νόμιμη πράξη έλαβε χώρα. Κατά τον προσφεύγοντα από το γεγονός και μόνο ότι μεταξύ της παρεμβαίνουσας και της εταιρίας στην οποία κατακυρώθηκε προσωρινά ο διαγωνισμός «\*\*\*\*\*.» έγινε χρήση δάνειας ικανότητας, αυτό και μόνο αυτό αποδεικνύει στρέβλωση του ανταγωνισμού, γεγονός που συνακόλουθα αποδεικνύει ότι η παρεμβαίνουσα προέβη σε ψευδείς δηλώσεις, δηλώνοντας ότι δεν έχει υποπέσει στον παραπάνω λόγο αποκλεισμού, γεγονός που περαιτέρω αποδεικνύει ότι αυτή παρείχε παραπλανητικές πληροφορίες. Οι ισχυρισμοί δε αυτοί είναι, κατά την παρεμβαίνουσα, αβάσιμοι και παράλογοι. • Πρώτα και κύρια θα πρέπει να σημειωθεί ότι η μεταξύ της παρεμβαίνουσας και του προσωρινού αναδόχου συμφωνία έχει αποτυπωθεί εγγράφως, έχει καταστεί μέρος της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας και σε κάθε περίπτωση έχει γίνει βάσει της σχετικής δυνατότητας, που ο ίδιος ο νόμος παρέχει στους συμμετέχοντες σε αντίστοιχες



διαγωνιστικές διαδικασίες. Ουδέν μεμπτό και ουδέν εν κρυπτώ έπραξε η παρεμβαίνουσα. Είναι, λοιπόν, προφανές ότι στην προκείμενη περίπτωση δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι υφίσταται παράνομη σύμπραξη μεταξύ της παρεμβαίνουσας και της εταιρίας «\*\*\*\*\*» με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού, αφού η μεταξύ τους συμφωνία κάθε άλλο παρά παράνομη, πολλώ δε μάλλον μυστική είναι. Το περιεχόμενο της συμφωνίας τους τέθηκε υπόψη της αναθέτουσας αρχής, εγγράφως και με βάση τα ιδιωτικά συμφωνητικά αλλά και τη δυνατότητα που ο νόμος τους παρέχει, όπως άλλωστε και ο ίδιος ο προσφεύγων ομολογεί, αναφερόμενος στα σχετικά ιδιωτικά συμφωνητικά που υπεγράφησαν. • Παρά ταύτα, ο προσφεύγων καταλήγει, κατά την παρεμβαίνουσα, στο αυθαίρετο συμπέρασμα ότι μεταξύ αυτής και της εταιρίας «\*\*\*\*\*» υπήρξε διαπραγματεύση για τον προσδιορισμό των όρων της συνεργασίας τους και άρα κατ' επέκταση συνεννόηση κατά τη σύνταξη των προσφορών τους. Μάλιστα, λόγω της στήριξης της μιας εταιρίας στις δυνατότητες της άλλης, ο προσφεύγων θεωρεί δεδομένο ότι υπήρξε μεταξύ τους συνεννόηση στη διαμόρφωση των οικονομικών προσφορών τους. • Ειδικά η παρεμβαίνουσα εταιρία χρησιμοποίησε ως "δάνεια ικανότητα" την εμπειρία της προσωρινής αναδόχου. Με ποιά λογική και για ποιο λόγο να συνεννοείτο με την εταιρία «\*\*\*\*\*» κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών τους; Πώς θα βοηθούσε αυτό στη συμμετοχή της στο διαγωνισμό; Εάν όντως οι εταιρίες δεν ήταν ανταγωνιστικές και εάν όντως υπήρξε προσυνεννόηση μεταξύ τους, όπως ο προσφεύγων ισχυρίζεται, πώς εξηγείται η τόσο μεγάλη απόκλιση μεταξύ των οικονομικών τους προσφορών; Η οικονομική προσφορά της εταιρίας «\*\*\*\*\*» ήταν 213.118,56 € προ ΦΠΑ, όταν της παρεμβαίνουσας ήταν 331.517,76 € και του προσφεύγοντος 363.715,71 €. Εάν, λοιπόν, υπήρχε συνεννόηση μεταξύ τους και γνώριζε η παρεμβαίνουσα ότι η προσφορά της εταιρίας «\*\*\*\*\*» ήταν τόσο χαμηλότερη από τη δική της, ποιός ο λόγος να υποβάλλει μια τόσο μεγαλύτερη προσφορά, γνωρίζοντας a priori ότι δεν έχει καμία ελπίδα να αναδειχθεί ανάδοχος του έργου; Περαιτέρω δε γιατί να αποκλίνει σε τόσο μεγάλο βαθμό η τιμή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας διακινδυνεύοντας ακόμα και αυτή τη δεύτερη θέση; Γιατί η προσφορά της να είναι τόσο κοντά στην άγνωστη μέχρι τότε οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος; • Ο προσφεύγων εντελώς λανθασμένα και αυθαίρετα, κατά την

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

παρεμβαίνουσα, αναφέρει ότι στις περιπτώσεις "δάνειας ικανότητας" μεταξύ των φορέων που δανείζουν και δανείζονται ικανότητα θα πρέπει να υπάρχει γνωστοποίηση της οικονομικής προσφοράς και γνώση του ανταλλάγματος που ο διαγωνιζόμενος θα λάβει σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση, καθιστώντας τη συμμετοχή τους σε διαγωνισμό με υποβολή δύο διαφορετικών προσφορών ένδειξη καρτελικής σύμπραξης, με τη διαφορά ότι είναι φανερή και όχι μυστική. Μα πώς είναι άραγε δυνατόν μια καρτελική σύμπραξη να είναι φανερή; Περαιτέρω, το επιχείρημα αυτό ακυρώνει στην πράξη τη δυνατότητα χρήσης δάνειας εμπειρίας, αφού υπό τη λογική του προσφεύγοντος πάντοτε ο δανείζων την εμπειρία θα έχει πλήρη γνώση της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζόμενου και θα έχει πλήρη συμμετοχή, καίτοι τρίτος, στη διαμόρφωση των προσφορών. • Σημειωτέον δε είναι ότι οι προσφορές της παρεμβαίνουσας και της εταιρίας «\*\*\*\*\*» δεν είναι σε καμία περίπτωση "εναρμονισμένες ως προς τα τεχνικά χαρακτηριστικά", όπως ο προσφεύγων αόριστα ισχυρίζεται. Τα σημεία στα οποία η μια εταιρία στηρίζεται στην άλλη είναι πολύ συγκεκριμένα. Μάλιστα, ειδικά η παρεμβαίνουσα δεν στηρίζεται σε κανένα τεχνικό χαρακτηριστικό της εταιρίας «\*\*\*\*\*», αλλά μόνον στην εμπειρία της, με βάση τους όρους της διακήρυξης. Συνεπώς, δεν υπήρχε κανένας απολύτως λόγος να γνωστοποιήσει η παρεμβαίνουσα στην εταιρία «\*\*\*\*\*» την οικονομική της προσφορά και φυσικά ουδέποτε έπραξε κάτι τέτοιο, ως ισχυρίζεται. • Επιπλέον, κατά την παρεμβαίνουσα, ο προσφεύγων ερμηνεύει εσφαλμένα το νόμο και καταλήγει ότι σε περίπτωση που γινόταν δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναλάμβανε αυτή την εκτέλεση του έργου, η εταιρία «\*\*\*\*\*» θα εκτελούσε μέρος της σύμβασης ως υπεργολάβος της δικής της εταιρίας. Σύμφωνα με τον όρο 2.2.8 της οικείας διακήρυξης, και την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016: *«...όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α " του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες...»*. Στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α "

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: "αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης." Στην προκείμενη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα στηρίχθηκε στην ικανότητα της εταιρίας «\*\*\*\*\*» αποκλειστικά και μόνο όσον αφορά την προϋπόθεση της εμπειρίας, επομένως δεν συντρέχει καμία από τις περιπτώσεις που ο νόμος και η διακήρυξη περιγράφουν. Η εταιρία «\*\*\*\*\*» δεν επρόκειτο να αξιοποιηθεί από την παρεμβαίνουσα ούτε ως πάροχος υπηρεσιών ούτε ως εργολήπτης ούτε ως διευθυντικό στέλεχος. • Η παρεμβαίνουσα, λοιπόν, ουδεμία προσunenνόηση είχε με την εταιρία «\*\*\*\*\*.» ως προς το οικονομικό ή οποιοδήποτε άλλο σκέλος της προσφοράς της, ουδεμία μυστική σύμπραξη πραγματοποίησε με αυτή και ουδεμία παράτυπη δράση ανέπτυξε, ως προβάλει. Οι δύο εταιρίες υπέβαλαν αυτοτελείς προσφορές, επιδιώκοντας η κάθε μια αυτοτελώς και για τον εαυτό της την κατακύρωση του διαγωνισμού στην ίδια. Συνεπώς, ορθώς η αναθέτουσα αρχή αξιολόγησε τις προσφορές τους, καθώς δεν υπήρξε καμία υπόνοια, και ούτε βεβαίως και ο προσφεύγων ισχυρίζεται, ότι δεν αποδεικνύεται η δυνατότητα χρήσης των δάνειων ικανοτήτων. • Ο προσφεύγων επικαλείται, παντελώς παραπειστικά, το δημοσιευθέντα από την Επιτροπή Ανταγωνισμού Οδηγό προς τις Αναθέτουσες Αρχές για την ανίχνευση καρτελικών πρακτικών ([http://www.promitheus.gov.gr/webcenter/files/anathetouses/anixneusi pra ktikon.pdf](http://www.promitheus.gov.gr/webcenter/files/anathetouses/anixneusi_pra ktikon.pdf)). Αν ανατρέξει, όμως, κάποιος στο περιεχόμενο του οδηγού αυτού θα δει ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού κατευθύνει τις αναθέτουσες αρχές στον επί πραγματικών περιστατικών εντοπισμό σύμπραξης, αναφέροντας συγκεκριμένα μάλιστα παραδείγματα. Κατά την Επιτροπή Ανταγωνισμού, λοιπόν, καρτελική πρακτική δεν υφίσταται από το γεγονός της χρήσης δάνειας ικανότητας και μόνο και δεν θα μπορούσε άλλωστε. Αντίθετα, η επιτροπή επισημαίνει ότι θα πρέπει να υφίστανται αποχρώσεις ενδείξεις για πράξεις και συμπεριφορές όπως: α) εκ των προτέρων συμφωνίας για το ποιος θα είναι ανάδοχος, β) υποβολή εικονικών προσφορών, γ) υποβολή φακέλων προσφορών με προφανείς ελλείψεις ή παρατυπίες στα δικαιολογητικά, δ) μη υποβολή προσφορών ή απόσυρση ήδη κατατεθείσας προσφοράς, προκειμένου να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στον προκαθορισμένο από τα

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

μέλη της συμπαιγνίας υποψήφιο, ε) υποβολή προσφορών εκ περιτροπής, στ) συμφωνία για κατανομή αγορών, ζ) συμπράξεις για καθορισμό τιμής (υπό τις ακόλουθες μορφές: καθορισμός κατώτατης τιμής, εξάλειψη ή περιορισμός εκπτώσεων, εφαρμογή τύπου για τον υπολογισμό της τιμής, αύξηση τιμών ή διατήρηση των τιμών σε σταθερά επίπεδα). η) περιορισμός προσφερόμενων ποσοτήτων. Περαιτέρω, η Επιτροπή Ανταγωνισμού υποδεικνύει τους ακόλουθους παράγοντες ως ενδεικτικούς πιθανής σύμπραξης μεταξύ των υποψήφιων προμηθευτών, τονίζοντας όμως ότι ακόμα και αυτοί δεν θα πρέπει να εκλαμβάνονται από μόνοι τους ως αποδεικτικά στοιχεία για την ύπαρξη παράνομης σύμπραξης, υπό την έννοια ότι ενδέχεται να υπάρχουν θεμιτοί επιχειρηματικοί ή άλλοι λόγοι που σχετίζονται με τον τρόπο λειτουργίας και τις συνθήκες της αγοράς, οι οποίοι να δικαιολογούν την εν λόγω συμπεριφορά: α) ύποπτα μοτίβα υποβολής προσφορών, β) ύποπτες συμπεριφορές κατά την υποβολή προσφορών γ) ύποπτες προσφερόμενες τιμές, δ) ύποπτες πρακτικές κατανομής της αγοράς, ε) άλλες ύποπτες ενδείξεις (πχ προκριθείς υποψήφιος δεν αποδέχεται την ανάθεση, ή αποσύρει την υποψηφιότητά του πριν από την πρόκρισή του, χωρίς αντικειμενική αιτιολογία, οι υποψήφιοι χρησιμοποιούν αναφορές του τύπου «κλαδικές» ή «συνήθεις» τιμές ή πρακτικές, διαφορετικοί υποψήφιοι εκπροσωπούνται από το ίδιο φυσικό ή νομικό πρόσωπο). Όλες δε απαραίκλιτως οι στρεβλωτικές του ανταγωνισμού πράξεις και συμπεριφορές πρέπει να προκύπτουν από συγκεκριμένα και στοιχειοθετημένα πραγματικά περιστατικά, τα οποία μάλιστα δεν δικαιολογούνται από θεμιτούς επιχειρηματικούς ή άλλους λόγους που σχετίζονται με τον τρόπο λειτουργίας και τις συνθήκες της αγοράς. Αλήθεια, ποια από τα ανωτέρω προκύπτουν στην προκείμενη περίπτωση και ποια από τα ανωτέρω επικαλείται ο προσφεύγων υποστηρίζοντας τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, πλην της νόμιμης χρήσης δάνειας ικανότητας; Απολύτως κανένα. • Κατά την παρεμβαίνουσα, πράγματι, τόσο στην συγκεκριμένη περίπτωση, όσο και στους λοιπούς διαγωνισμούς που αυτή έχει συμμετάσχει, ουδέποτε μετήλθε αντανταγωνιστικής συμπεριφοράς και φυσικά δεν υφίσταται η παραμικρή ελάχιστη προς τούτο ένδειξη. Στην προκείμενη, λοιπόν, περίπτωση δεν έλαβε χώρα και δεν υφίσταται η παραμικρή σχετική ένδειξη καθώς: α) Ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί μίας εκ των προτέρων συμφωνίας για το ποιος

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

θα είναι ανάδοχος και ουδέποτε έλαβε χώρα τέτοια συμφωνία, β) Δεν έλαβε χώρα υποβολή εικονικής προσφοράς ή φακέλου προσφοράς με προφανείς ελλείψεις ή παρατυπίες στα δικαιολογητικά. Η προσφορά της είναι πληρέστατη και η τιμή της λίγο κατώτερη από αυτή του προσφεύγοντος. δ) Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε προσφορά και δεν την απέσυρε. ε) Ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί υποβολής προσφορών εκ περιτροπής και ουδέποτε έχει λάβει κάτι τέτοιο χώρα. στ) Ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί συμφωνίας για κατανομή αγορών και ουδέποτε έχει λάβει κάτι τέτοιο χώρα, ζ) Ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί σύμπραξης για καθορισμό τιμής και ουδέποτε έχει λάβει κάτι τέτοιο χώρα. Αυτό άλλωστε καθίσταται αδιαστίκτως σαφές από το ύψος των προσφορών του συνόλου των συμμετεχόντων. η) Λόγω και της φύσης του διαγωνισμού ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί περιορισμού προσφερόμενων ποσοτήτων. Από το γεγονός και μόνο της χρήσης δάνειας ικανότητας συνυποψήφιου δεν δύναται υπό καμία νοητή συνθήκη να καταλογισθεί στρέβλωση του ανταγωνισμού και να επιβληθεί αποκλεισμός του υποψηφίου. Εκ των ανωτέρω καθίσταται απολύτως σαφές, κατά την παρεμβαίνουσα, ότι στην προκείμενη περίπτωση ουδόλως υπήρξε στρέβλωση του ανταγωνισμού, ουδόλως υποβλήθηκαν ψευδείς δηλώσεις, ουδόλως παρασχέθηκαν παραπλανητικές πληροφορίες και ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Β. Σε ό,τι αφορά στον δεύτερο λόγο προσφυγής: Ο λόγος αυτός, κατά την παρεμβαίνουσα, είναι πρακτικά συμπληρωματικός, αν όχι και ταυτόσημος, με τον πρώτο λόγο και πρέπει ομοίως να απορριφθεί ως αβάσιμος. Ο προσφεύγων υποστηρίζει τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του στον ακόλουθο ισχυρισμό (σελ. 21-22): *“...Με βάση τα ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι οι συνθήκες διεξαγωγής του εξεταζόμενου διαγωνισμού, όπου όλες οι προσφορές που κρίθηκαν παραδεκτές (πλην της δικής μου), έχουν συνταχθεί από οικονομικούς φορείς που ενώ φαινομενικά ανταγωνίζονται, επί της ουσίας έχουν συνεργαστεί για την υποβολή των προσφορών τους, σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτίθενται ανωτέρω υπό τον πρώτο λόγο της παρούσας (όπου παραπέμπω προς αποφυγή επαναλήψεων) αντικειμενικά δημιουργεί -αν όχι τη βεβαιότητα- τουλάχιστον εύλογες ενδείξεις για την πιθανότητα οι προσφορές των διαγωνιζόμενων να μην έχουν καταρτιστεί αυτοτελώς και ανεξάρτητα αλλά*

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

*υπό συνθήκες κατά τις οποίες κάθε μία από τις διαγωνιζόμενες τελούσε σε γνώση της οικονομικής προσφοράς της άλλης και σε προσυεννόηση ως προς το ύψος των προσφορών...". Όπως όμως και ανωτέρω εκτέθηκε ο προσφεύγων καταλήγει σε παντελώς απαράδεκτα και αβάσιμα συμπεράσματα, κατά την παρεμβαίνουσα. Χωρίς να παραθέτει το παραμικρό επιπλέον πραγματικό περιστατικό, από το οποίο θα μπορούσαν να προκύπτουν έστω και οι ελάχιστες αποχρώσεις ενδείξεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού, σε απόλυτη ένδεια επιχειρημάτων, υιοθετεί το ακόλουθο απολύτως άστοχο, απαράδεκτο και νόμω αβάσιμο σχήμα: "η χρήση δάνειας ικανότητας συνυποψηφίου αποτελεί κατά αμάχητο τεκμήριο στρέβλωση ανταγωνισμού επειδή ακριβώς εμπεριέχει εκ των ων ουκ άνευ πράξεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού". Αντί, λοιπόν, ο προσφεύγων να ισχυρισθεί και να αποδείξει τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, που κατά τη γνώμη του αποτελούν τις αποχρώσεις ενδείξεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού που είχε ενώπιόν της η Αναθέτουσα Αρχή (π.χ. συνεννόηση κατά τη διαμόρφωση των πρόσφορων, όπως ο ίδιος αναφέρει), θεωρεί ότι αυτές υφίστανται αποκλειστικά και μόνο από τη χρήση δάνειας ικανότητας συνυποψηφίου, ακριβώς επειδή αυτή η καθόλα νόμιμη πράξη έλαβε χώρα. Όμως, κατά την παρεμβαίνουσα, τόσο στην συγκεκριμένη περίπτωση, όσο και στους λοιπούς διαγωνισμούς, που έχει συμμετάσχει η παρεμβαίνουσα, ουδέποτε αυτή μετήλθε αντιανταγωνιστικής συμπεριφοράς και φυσικά δεν υφίσταται η παραμικρή ελάχιστη προς τούτο ένδειξη. Στην προκείμενη, λοιπόν, περίπτωση δεν έλαβε χώρα και δεν υφίσταται η παραμικρή σχετική ένδειξη καθώς: α) Ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί μίας εκ των προτέρων συμφωνίας για το ποιος θα είναι ανάδοχος και ουδέποτε έλαβε χώρα τέτοια συμφωνία, β) Δεν έλαβε χώρα υποβολή εικονικής προσφοράς ή φακέλου προσφοράς με προφανείς ελλείψεις ή παρατυπίες στα δικαιολογητικά. Η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι πληρέστατη και η τιμή της λίγο κατώτερη από αυτή του προσφεύγοντος. δ) Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε προσφορά και δεν την απέσυρε. ε) Ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί υποβολής προσφορών εκ περιτροπής και ουδέποτε έχει λάβει κάτι τέτοιο χώρα. στ) Ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί συμφωνίας για κατανομή αγορών και ουδέποτε έχει λάβει κάτι τέτοιο χώρα, ζ) Ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί σύμπραξης για*

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

καθορισμό τιμής και ουδέποτε έχει λάβει κάτι τέτοιο χώρα. Αυτό άλλωστε καθίσταται αδιαστίκτως σαφές από το ύψος των προσφορών του συνόλου των συμμετεχόντων. η) Λόγω και της φύσης του διαγωνισμού ουδεμία, έστω ελάχιστη ένδειξη υπάρχει περί περιορισμού προσφερόμενων ποσοτήτων. Από το γεγονός και μόνο της χρήσης δάνειας ικανότητας συνυποψήφιου δεν δύναται υπό καμία νοητή συνθήκη να καταλογισθεί στρέβλωση του ανταγωνισμού και να επιβληθεί αποκλεισμός του υποψηφίου. Ουδεμία δε αποχρώσα ένδειξη περί τούτων υφίστατο και η Αναθέτουσα αρχή ουδόλως παραβίασε το νόμο, απορριπτόμενου και του δευτέρου λόγου της κρισιολογούμενης προσφυγής ως ουσία αβάσιμου.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

13. Επειδή, κατά το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 ορίζονται τα εξής: «.....4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ..... γ) εάν, με την επιφύλαξη της

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, 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 ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών 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 του άρθρου 79, η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί 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 εξ αμελείας 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 ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του. 5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β` της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β` της παρ. 4. 6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που



## **Αριθμός απόφασης: 1325/2020**

αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή.....». Περαιτέρω, κατά το άρθρο 78 του ν.4412/2016 «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. 2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.....».

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

14. Επειδή, στον όρο 2.2.3.4. της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ..... (γ) υπάρχουν 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 σοβαρών ψευδών 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 του άρθρου 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 εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, ...». Περαιτέρω, στον όρο 2.2.3.6 ορίζεται ότι «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», ενώ στον όρο 2.2.3.7 ορίζεται ότι «Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ)72 και 2.2.3.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση».

15. Επειδή, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού προκύπτουν τα ακόλουθα: Στο Μέρος II.Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» του ΕΕΕΣ που υπέβαλε με την προσφορά της η εταιρία «\*\*\*\*\*» αναφέρονται τα εξής: «*Η εταιρεία \*\*\*\*\* θα στηριχθεί στις ικανότητες της εταιρείας «\*\*\*\*\*», η οποία διαθέτει άδεια εν ενεργεία κομποστοποίησης από στερεά μη επικίνδυνα απόβλητα (σύστημα περιβαλλοντικών υποδομών ομάδα 4-κατηγορία β), σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 περίπτωση (ε) της διακήρυξης*». Η αντίστοιχη απαίτηση της διακήρυξης του άρθρου 2.2.6.(ε) αναφέρει ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να αποδεικνύουν «*ε) ότι διαθέτουν άδεια ή σύμβαση εν ενεργεία κομποστοποίησης από στερεά μη επικίνδυνα απόβλητα (σύστημα περιβαλλοντικών υποδομών ομάδα 4-κατηγορία β)*». Στο πεδίο του Μέρους IV.Γ του ΕΕΕΣ που υπέβαλε η «\*\*\*\*\*» στο ερώτημα «*...Τεχνικός εξοπλισμός και μέτρα για την εξασφάλιση της ποιότητας Ο οικονομικός φορέας χρησιμοποιεί τον ακόλουθο τεχνικό εξοπλισμό και λαμβάνει τα ακόλουθα μέτρα για την εξασφάλιση της ποιότητας: Παρακαλώ περιγράψτε...*» έχει απαντήσει: «*Η εταιρεία διαθέτει άδεια εν ενεργεία κομποστοποίησης από στερεά μη επικίνδυνα απόβλητα (σύστημα περιβαλλοντικών υποδομών ομάδα 4-κατηγορία β)*». Εκ των ως άνω προκύπτει ότι η εταιρία «\*\*\*\*\*» θα στηριχθεί στις ικανότητες της έτερης συμμετέχουσας στο διαγωνισμό εταιρίας «\*\*\*\*\*». Εξάλλου, στο Μέρος II.Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» του ΕΕΕΣ που υπέβαλε με την προσφορά της η εταιρία «\*\*\*\*\*», στο ερώτημα «*Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;*» έχει απαντήσει «*ΝΑΙ*», δηλώνοντας περαιτέρω τα στοιχεία της εταιρείας «\*\*\*\*\*». Ακολούθως, στο Μέρος IV.Γ του ΕΕΕΣ στο ερώτημα «*Μόνο για τις δημόσιες συμβάσεις έργων: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει εκτελέσει τα ακόλουθα έργα του είδους που έχει προσδιοριστεί. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως πέντε έτη και να*

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα πέντε έτη» έχει δώσει την εξής απάντηση: «ΣΤΗΡΗΞΗ ΣΤΗΝ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ \*\*\*\*\* ΓΙΑ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 2.2.6 ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΑΚΝΟΤΗΤΑ α. κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών.,83 να έχουν εκτελέσει αθροιστικά συμβάσεις παροχής υπηρεσιών του συγκεκριμένου τύπου, ύψους τουλάχιστον το 80% του προϋπολογισμού (δηλαδή ποσού έως 394.664.00 €) χωρίς το ΦΠΑ. Σε περίπτωση συμμετοχής σε ένωση ή κοινοπραξία, αθροιστικά από τα μέλη της κοινοπραξίας ή της ένωσης.». Η αντίστοιχη απαίτηση της διακήρυξης του άρθρου 2.2.6.(α) αναφέρει ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να αποδεικνύουν «κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών, να έχουν εκτελέσει αθροιστικά συμβάσεις παροχής υπηρεσιών του συγκεκριμένου τύπου, ύψους τουλάχιστον το 80% του προϋπολογισμού (δηλαδή ποσού έως 394.664.00 €) χωρίς το ΦΠΑ. Σε περίπτωση συμμετοχής σε ένωση ή κοινοπραξία, αθροιστικά από τα μέλη της κοινοπραξίας ή της ένωσης.». Στο πεδίο του Μέρους IV.Γ του ΕΕΕΣ που υπέβαλε η «\*\*\*\*\*» στο ερώτημα «...Μόνο για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει παράσχει τις ακόλουθες κυριότερες υπηρεσίες του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη του σχετικού καταλόγου αναφέρετε τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους δημόσιους ή ιδιωτικούς παραλήπτες. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως τρία έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα τρία έτη.», έχει δηλώσει τις ακόλουθες συμβάσεις με αναθέτουσα αρχή την \*\*\*\*\*: i) "ΒΕΛΤΙΩΣΗ - ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΣΤΟ \*\*\*\*\* " ΤΟΥ ΥΠΟΕΡΓΟΥ: "ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΙ -ΚΛΑΔΟΚΟΠΕΣ ΣΕ ΕΠΙΛΕΓΜΕΝΑ ΣΗΜΕΙΑ ΤΟΥ \*\*\*\*\*", αξίας 57.789,05 ευρώ, ii) "ΒΕΛΤΙΩΣΗ - ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ \*\*\*\*\* "ΤΟΥ ΥΠΟΕΡΓΟΥ: "ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΖΗΜΙΩΝ ΚΑΙ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΩΝ ΠΟΥΠΡΟΚΑΛΟΥΝΤΑΙ ΑΠΟ ΘΕΟΜΗΝΙΕΣ \*\*\*\*\*", αξίας 189.976,25 ευρώ. iii) "ΑΙΣΘΗΤΙΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΧΩΡΟΥ \*\*\*\*\*", αξίας 29.250.98 ευρώ, καθώς και τις εξής συμβάσεις με αναθέτουσα αρχή το \*\*\*\*\*: iv) "ΨΕΚΑΣΜΟΣ ΔΕΝΤΡΩΝ \*\*\*\*\*", αξίας 3.967 ευρώ και v) "ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΠΡΑΣΙΝΟΥ \*\*\*\*\*", αξίας 54.631,13 ευρώ. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι αφενός η συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρία "\*\*\*\*\*" χρησιμοποίησε ως "δάνεια ικανότητα" από την επίσης συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρία «\*\*\*\*\*» την απαιτούμενη από τη διακήρυξη "άδεια ή

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

σύμβαση εν ενεργεία κομποστοποίησης από στερεά μη επικίνδυνα απόβλητα και η έτερη συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρία «\*\*\*\*\*» χρησιμοποίησε ως “δάνεια ικανότητα” από την επίσης συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρία «\*\*\*\*\*» την απαιτούμενη από τη διακήρυξη εμπειρία του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης. Περαιτέρω, οι ως άνω δύο οικονομικοί φορείς, στο ερώτημα του Μέρους III.Γ εκάστου υποβληθέντος ΕΕΕΣ «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;», έχουν απαντήσει «ΟΧΙ». Για την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 78 του ν.4412/2016, που ενσωματώνει τις ρυθμίσεις του άρθρου 63 της 2014/24/ΕΕ Οδηγίας, ενώ ανάλογες διατάξεις είχαν συμπεριληφθεί στις παρ. 2 και 3 του άρθρου 47 και στις παρ. 3 και 4 του άρθρου 48 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, που ενσωματώθηκαν στις παρ. 2 και 3 του άρθρου 45 και στις παρ. 3 και 4 του άρθρου 46 του πδ 60/2007, έχει εκδοθεί η Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα τη «Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων». Στην παράγραφο II αυτής υπό τον τίτλο “Εννοιολογική προσέγγιση – Νομοθετικό καθεστώς” στο πρώτο εδάφιο αναφέρεται ότι: “Ένα από τα καινοτόμα στοιχεία που επέφερε η ενσωμάτωση και εφαρμογή της οδηγίας 2004/18/ΕΚ είναι ότι θεσμοθετεί τη νομολογία του ΔΕΚ σχετικά με το δανεισμό της απαραίτητης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό εμπειρίας από τρίτα πρόσωπα που δεν μετέχουν στο διαγωνισμό.”. Από το περιεχόμενο της ως άνω οδηγίας, αλλά και από την πάγια νομολογία τόσο των ελληνικών δικαστηρίων όσο και του ΔΕΕ, προκύπτει ότι ένας οικονομικός φορέας μπορεί για συγκεκριμένη σύμβαση να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων μη μετεχόντων στο διαγωνισμό ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς και εφόσον αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης. Δικαιολογητικός λόγος είναι ότι, σε διαφορετική περίπτωση, πλήττονται οι αρχές του ανταγωνισμού, ως και η πάγια αρχή των διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων περί απαγόρευσης συμμετοχής του ίδιου προσώπου με πολλαπλές προσφορές στον ίδιο διαγωνισμό. Εν προκειμένω, η επίκληση από την εταιρία «\*\*\*\*\*» δάνειας ικανότητας από την εταιρία «\*\*\*\*\*» και συγχρόνως η επίκληση από την εταιρία «\*\*\*\*\*» δάνειας ικανότητας από την «\*\*\*\*\*» στον ίδιο διαγωνισμό αποτελεί λόγο αποκλεισμού αμφοτέρων των

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

εταιριών διότι εκάστη δανείζουσα ικανότητα εταιρία δεν αποτελεί «τρίτο» μη μετέχοντα στον επίδικο διαγωνισμό πρόσωπο, καθόσον κατέθεσε και η ίδια προσφορά. Γίνεται δεκτό ότι αν μια συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική έχει σκοπό τον περιορισμό του ανταγωνισμού, μέσω λ.χ. καθορισμού τιμών ή κατανομής αγορών, δεν χρειάζεται να αποδειχθεί ότι ο ανταγωνισμός έχει πληγεί, προκειμένου να θεμελιωθεί η παράβαση (βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Συλλογή 1965-1968, 429, ΔΕΚ, BMW v. Commission, υποθ. 32/79, Συλλογή 1980, 2435, σκέψη 37, ΔΕΚ, υποθ. 45/85, Vds, Συλλογή 1987, σ.405, ΔΕΚ, υποθ.C-49/92, Συλλογή 1999, σ. I-4125, σκέψη 99, ΠΕΚ, υποθ. T-25/95 Cimenteries CBR SA, Συλλογή 2000, σ. II-491, ΠΕΚ, υποθ. T-202/98, Tate and Lyle, Συλλογή 2001, σ. II2035). Στο πλαίσιο αυτό κρίσιμο είναι κατά την εκδήλωση ορισμένης επιχειρηματικής δράσης της αυτονόητα αναμενόμενης ανεξάρτητης συμπεριφοράς διακριτών επιχειρήσεων έναντι της λήψης μέτρων και τακτικών που είχαν είτε ευθέως ως σκοπό ή αντικείμενο, είτε εν τέλει ως αποτέλεσμα, τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Απαγορευμένες δεν είναι μόνο τυχόν αντιανταγωνιστικές συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, είτε ρητές είτε σιωπηρές, αλλά και κάθε εναρμονισμένη πρακτική που καταλήγει σε συντονισμό των συμπεριφορών μεταξύ επιχειρήσεων και, τελικά, σε κατάλυση της αναγκαίας κατά το δίκαιο αυτονομίας και ανεξαρτησίας εμπορικής πολιτικής και δράσης τους. Έτσι, κρίνεται ως παράνομο με βάση το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού μια επιχείρηση να συνεργάζεται με τους ανταγωνιστές της με οποιοδήποτε τρόπο, προκειμένου να καθορίσει έναν ομοιόμορφο τρόπο δράσης και να εξασφαλίσει την επιτυχία της «με την εκ των προτέρων εξάλειψη κάθε αβεβαιότητας ως προς τη συμπεριφορά των άλλων σχετικά με τα ουσιώδη στοιχεία αυτής της δράσης, όπως το ποσό, αντικείμενο, ημερομηνία και τόπο των [...] συναλλαγών» (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 14.7.1972 υπόθεση Dyestuffs C-48/69, Συλλογή 1971, 619). Για τη διαπίστωση εναρμονισμένης πρακτικής δεν αποτελεί προϋπόθεση η κατάρτιση συγκεκριμένης συμφωνίας. Τέτοια σύμπραξη μπορεί να λάβει πολλές μορφές και δεν απαιτεί την ύπαρξη επίσημης συμφωνίας. Σαφώς υπάρχει εναρμονισμένη πρακτική και εντεύθεν παράβαση των ως άνω διατάξεων και όταν τα μέρη δεν έχουν καν διατυπώσει τους όρους μιας συμφωνίας, αλλά το καθένα από αυτά εκμαιεύει από τη

## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

συμπεριφορά του άλλου ορισμένη δέσμευση. Για την ύπαρξη μίας εναρμονισμένης πρακτικής αρκεί μία ανεξάρτητη επιχείρηση ενσυνείδητα και αυτόβουλα να εναρμονίσει τη συμπεριφορά της με τις επιθυμίες μίας άλλης επιχείρησης (ΔΕΕ, C-89/95 υπόθεση Woodrulp και Hasselblad, ΕΕ 1982 L161/18). Εν προκειμένω, μεταξύ των ως άνω δύο εταιριών υπήρχε συμφωνία δανεισμού ικανότητας, συμφωνία μη απαγορευμένη καταρχήν από το νόμο ή τις συναλλαγές. Στην συγκεκριμένη περίπτωση, όμως, πρόκειται για δύο «ξένες» μεταξύ τους εταιρίες, ανταγωνιστικές και με αντικρουόμενα οικονομικά συμφέροντα. Εάν, λοιπόν, απόφαση της δανείζουσας την ικανότητα εταιρίας ήταν να διευκολύνει την δανειζόμενη ώστε να συμμετέχει στο διαγωνισμό σημαίνει ότι είτε η δανείζουσα αποδέχονταν την ενδεχόμενη βλάβη στα οικονομικά της συμφέροντα από την ενδεχόμενη κατακύρωση του διαγωνισμού υπέρ της δανειζόμενης εταιρίας (με τα μέσα της ίδιας της δανείστριας εταιρίας), είτε ότι συνδιαμόρφωσαν τις οικονομικές προσφορές τους ώστε να έχουν περισσότερες πιθανότητες κατακύρωσης του διαγωνισμού σε μία εκ των δύο. Αυτή η πρακτική συνιστά ευθέως εναρμονισμένη πρακτική και κατατείνει στη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τέλος, αυτός είναι και ο δικαιολογητικός λόγος που ο νόμος «συγχωρεί» την δάνεια εμπειρία από τρίτο πρόσωπο εννοώντας με τον όρο τρίτος τον μη συμμετέχοντα στο διαγωνισμό. Συνεπώς, όφειλε η αναθέτουσα αρχή εξ αυτού του λόγου να ελέγξει επισταμένα τυχόν στρέβλωση του ανταγωνισμού από τη συνεργασία μεταξύ των δύο διαγωνιζομένων και ακολούθως να απορρίψει τη συμμετοχή αμφοτέρων των εταιριών στον επίδικο διαγωνισμό, κατ' άρθρο 74 παρ. 4 περ. γ του ν.4412/2016 και σύμφωνα με τους όρους 2.2.3.4. περ.γ και 2.4.6. της διακήρυξης. Όφειλε δηλαδή η αναθέτουσα αρχή εξετάζοντας εάν στην συγκεκριμένη περίπτωση υφίσταται στην πράξη νόθευση του ανταγωνισμού να διερευνήσει τον τρόπο κατάρτισης της προσφοράς τους, τα πρόσωπα που την κατήρτισαν και την υπέγραψαν, τις σχέσεις μεταξύ των δύο εταιριών κ.λπ. Στο πλαίσιο δε αυτής της διερεύνησης από την αναθέτουσα αρχή οι δύο υποψήφιοι όφειλαν να αποδείξουν αν στον συγκεκριμένο διαγωνισμό η συμμετοχή τους σε περισσότερα του ενός υποψήφια σχήματα οδήγησε ή όχι σε γνώση του περιεχομένου περισσότερων προσφορών. Όπως, όμως, προκύπτει από το 'σώμα' του από 27-4-2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο ενέκρινε ομόφωνα η



## Αριθμός απόφασης: 1325/2020

αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της, η Επιτροπή Διαγωνισμού όχι μόνον δεν προέβη σε καμία από τις ενέργειες αυτές, αλλά αρκέστηκε στην τυπική υπεύθυνη δήλωση του ΕΕΕΣ που κατέθεσαν οι δύο εταιρίες δηλώνοντας απλά ΟΧΙ στην ερώτηση εάν έχουν συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό την στρέβλωση του διαγωνισμού. Υπό τα δεδομένα αυτά η προσβαλλόμενη απόφαση κρίνεται ακυρωτέα, σύμφωνα με το άρθρο 74 παρ. 4 περ. γ του ν.4412/2016 και τους όρους 2.2.3.4. περ.γ και 2.4.6. της διακήρυξης, καθόσον οι παραπάνω δύο (2) διαγωνιζόμενες δεν έπρεπε να γίνουν δεκτές αφού συμμετείχαν και οι δύο με διαφορετικές προσφορές, η μία εταιρεία ως δανειζουσα και η άλλη ως δανειζόμενη και τούμπαλιν, κατάσταση η οποία τεκμηριώνει επαρκώς εύλογες ενδείξεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί συνδρομής επιπροσθέτως και των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ, η και θ, ως και των όρων 2.2.3.4. περ. ζ, η και θ της διακήρυξης δεν αποδείχθηκαν. Ως εκ τούτου δεκτή ως βάσιμη κρίνεται η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, αμφότερες δε οι παρεμβάσεις απορριπτές ως αβάσιμες.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το με κωδικό 345726074950 1012 0071 ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 1.973,32 €, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

### ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις των εταιριών «\*\*\*\*\*» και «\*\*\*\*\*».

Ακυρώνει τη με αρ. \*\*\*\*\*, με την οποία έγιναν δεκτές οι προσφορές των εταιριών «\*\*\*\*\*.» και «\*\*\*\*\*» και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρία «\*\*\*\*\*».

Ορίζει την επιστροφή του με κωδικό \*\*\*\*\* ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 1.973,32 €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη την 1-10-2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 21-10-2020.

**Αριθμός απόφασης: 1325/2020**

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ**