

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 20 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή - δυνάμει της από 19.07.2021 Απόφασης της Ολομέλειας ΑΕΠΠ- Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1394/13.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα/κοινοπραξίας με την επωνυμία «.....», (εφεξής ο «προσφεύγων»), που αποτελείται από τα μέλη : α) «.....» με διακριτικό τίτλο “.....” που εδρεύει στην, επί της οδού αριθμ. β) «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στη επί της οδού αριθμ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. 256/2021 απόφασης του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.4412/2016, (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το ως άνω σκέλος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 8.200,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 4.100 ευρώ και παράβολο με κωδικό, ποσού 4.100, την από 12.07.2021 πληρωμή στην Εθνική

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

Τράπεζα εκάστου των ανωτέρω παραβόλων και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 1.640.000 ευρώ.

2. Επειδή, με την από Ιουλίου 2018 Διακήρυξη Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, ο αναθέτων φορέας προκήρυξε δημόσιο διαγωνισμό με αντικείμενο την «Επέκταση εγκατάστασης επεξεργασίας λυμάτων (ΕΕΛ)», με συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 1.640.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 27.11.2018 με ΑΔΑΜ:, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Δημόσια Έργα) (Συστημικός Αριθμός). Στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά, οι εξής οικονομικοί φορείς: ο προσφεύγων οικονομικός φορέας, «.....» και οι οικονομικοί φορείς «.....». Με την υπ' αριθμ. 56/22.01.2019 απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα, η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» απορρίφθηκε λόγω ελλείψεων στα δικαιολογητικά συμμετοχής. Με την ίδια ως άνω απόφαση αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο προσφεύγων. Κατά της ανωτέρω απόφασης ασκήθηκε η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 346/18.3.2019 προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....» με αίτημα την ακύρωση της με αρ. 56/22.1.2019 απόφασης του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του νυν προσφεύγοντος, ο οποίος αναδείχθηκε και προσωρινός ανάδοχος. Κατόπιν συζήτησης της ως άνω προσφυγής από το 3^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ εκδόθηκε η με αριθ. 490/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία έκανε δεκτή την ως άνω προσφυγή και ακύρωσε την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά του νυν προσφεύγοντος. Εν συνεχεία και σε συμμόρφωση με την απόφαση της ΑΕΠΠ εκδόθηκε η με αριθ. 180/2019 απόφαση του αναθέτοντος φορέα ενώ ο νυν προσφεύγων άσκησε ενώπιον του αρμοδίου Διοικητικού Εφετείου αίτηση αναστολής κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ. Κατόπιν συζήτησης της αίτησης αναστολής εκδόθηκε η με αριθμ.18/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου με

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

την οποία απερρίφθη η εν θέματι αίτηση αναστολής. Ο προσφεύγων ουδέποτε άσκησε αίτηση ακύρωσης κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ ώστε αποκλείσθηκε οριστικά από τον διαγωνισμό. Ακολούθως, εκδόθηκε η με αριθμ. ΑΔΣ 235/16/26-6-20 απόφαση με την οποία το αποτέλεσμα του διαγωνισμού κατακυρώθηκε στον μοναδικό πλέον συμμετέχοντα «.....» και η υπόθεση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη και στο νόμο, εστάλη για προσυμβατικό έλεγχο στην Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης Ε.Π. Περιφέρειας Μετά το πέρας του ελέγχου εκδόθηκε και κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ η με αρ. 480/29.12.2020 απόφαση του αναθέτοντος φορέα με την οποία αποφασίστηκαν τα ακόλουθα: «... Κατόπιν προδικαστικής προσφυγής (της) και αίτησης αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου (της) συνετάγει το Πρακτικό ΙΙ της ΕΔ και ακολούθως το Πρακτικό ΙΙΑ της Επιτροπής Διαγωνισμού με ανάδειξη της προσωρινού μειοδότη (και μοναδικού πλέον συμμετέχοντα).

Ως προσυμβατικό έλεγχο απεστάλησαν τα στοιχεία του διαγωνισμού στην Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης Ε.Π. Περιφέρειας

Με το 3920/3-12-20 έγγραφο της ΕΥΔ διατυπώνεται αρνητική γνώμη για την διαδικασία ανάθεσης σύμβασης και όπως αναφέρει:

«.....καθόσον η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία είχε εμπλακεί σε συμπράξεις με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, σύμφωνα με την υπ' αρ. 644/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, πλην όμως δήλωσε ανακριβώς στο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι δεν μετείχε σε σχετικές συμφωνίες. Επομένως, σύμφωνα με τις διατάξεις των παραγράφων 4.2.(δ) και (στ) του άρθρου 4, των παραγράφων 22.Α.4(γ) και (στ) και 22.Α.6 του άρθρου 22 και των παραγράφων 23.1(α) και 23.3(ε) του άρθρου 23 της διακήρυξης, η ανακριβής δήλωση της εταιρείας σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, συνιστά λόγο αποκλεισμού και θα έπρεπε η επιτροπή να θέσει εκτός διαγωνισμού την εν λόγω εταιρεία, σύμφωνα και με τις γνωμοδοτήσεις της ΕΥΘΥ και του νομικού συμβούλου της ΕΥΔ»...

Εγκρίνει την ματαίωση της διαδικασίας της σύναψης της σύμβασης για το έργο «ΕΠΕΚΤΑΣΗ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ (Ε.Ε.Λ.)» προϋπολογισμού 1.640.000,00 ευρώ, (λόγω απόρριψης όλων των

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

προσφορών και αποκλεισμού όλων των προσφερόντων/συμμετεχόντων), σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ.1α του άρθρου 106 του Ν.4412/16.

1. και την ακύρωση της ΑΔΣ 235/16/26-6-20 (κατακυρωτική απόφαση).

2. Να εξετασθεί από την Υπηρεσία αν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 για κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών των εταιριών «.....» και «.....».

3. Να εξετασθεί από την Υπηρεσία αν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 74 του Ν.4412/2016 για αποκλεισμό των εταιριών «.....» και «.....».

Στη συνέχεια, το Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα με την προσβαλλομένη απόφασε τα ακόλουθα:

«... Έχοντας υπ' όψιν

1. Την υπ' αρ. 480/29-12/2020 απόφαση του το Δ.Σ. της

2. Τη γνωμοδότηση του Περιφερειακού Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων με το (Πρακτικό 2ο της συνεδρίασης της 18-5-21)

3. Το άρθρο 72 παρ. 1α του Ν.4412/16

Ομόφωνα αποφασίζει

1. Εγκρίνει την κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών των οικονομικών φορέων «.....» και «.....» για το έργο «ΕΠΕΚΤΑΣΗ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ (Ε.Ε.Λ.)» προϋπολογισμού 1.640.000,00 ευρώ, σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.4412/2016.

2. Δεν προκύπτουν λόγοι για τον αποκλεισμό των οικονομικών φορέων «.....» και «.....» από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων...».

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 12.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

τόπου του διαγωνισμού στις 2-07-2021 ενώ ο προσφεύγων, κατά τους ισχυρισμούς του, έλαβε πλήρη γνώση του περιεχομένου της προσβαλλομένης στις 09-07-2021, οπότε, κατόπιν αιτήματός του, ο αναθέτων φορέας του κοινοποίησε και το συμπροσβαλλόμενο πρακτικό του τεχνικού συμβουλίου β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

4.Επειδή, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή κατά της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του, επικαλούμενος ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη κατάπτωση αυτής και τη συνεπακόλουθη οικονομική ζημία του.

5. Επειδή στις 13.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1796/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου και την υπ'αριθμ. 1904/2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ το με αριθμ. 6758/26.07.2021 Έγγραφο Απόψεων της επί της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, ο προσφεύγων υπέβαλε ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόμνημά του προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής στις 13-08-2021, ήτοι εκπρόθεσμα γι'αυτό και δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο (άρθρο 365 Ν.4412/2016).

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

10. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι:[...] Συνεπώς, προκύπτει ότι τόσο η γνώμη του Περιφερειακού Τεχνικού Συμβουλίου όσο και οι αποφάσεις του Δ.Σ. της, πρέπει να περιέχουν σαφή, ειδική, ορισμένη, πλήρη, επαρκή και εμπειριστατωμένη αιτιολογία, και μάλιστα στο σώμα τους, ώστε αφενός μεν να μπορεί ο κάθε ενδιαφερόμενος να ασκήσει αποτελεσματικά το δικαίωμά του περί δικαστικής του προστασίας κατ' αυτών, αφετέρου το Δικαστήριο να δύναται να ελέγξει τη νομιμότητα των κριθέντων με την απόφαση αυτή. Η υποχρέωση αιτιολόγησης των αποφάσεων συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, τυχόν δε έλλειψη επαρκούς, πλήρους, σαφούς και ορισμένης αιτιολογίας καθιστά την απόφαση αυτή ακυρωτέα.

Στο άρθρο 72 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 αναφέρεται περιοριστικά, και όχι ενδεικτικά, ότι «η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, **παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78**, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης».

Σε έγγραφο της τεχνικής υπηρεσίας της, αναφέρεται ψευδώς «Εξάλλου από την καταγγελία της και από τον έλεγχο των ΕΕΕΣ διαπιστώνεται ότι περιλαμβάνεται και η ίδια η καταγγέλλουσα στις σχετικές κατηγορίες κατά της

Προς αποκατάσταση της αλήθειας, σας παραθέτουμε απόσπασμα του διατακτικού της υπ' αριθμ. της υπ' αριθμ. 644/2017 Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, από την οποία προκύπτει ότι ουδεμία παράβαση σε βάρος της διαπιστώνεται, ήτοι:

«Η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αποφάσισε σε φανερή ψηφοφορία τα ακόλουθα:

[...]

Ε. Δεν διαπιστώνει κατά πλειοψηφία την ως άνω περιγραφείσα παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 για την εταιρία: (πρώην)

Δυνάμει των ανωτέρω, η εταιρεία, μέλος της «.....» νομίμως συμμετείχε στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία και συμμετέχει σε πλήθος

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων, καθώς ουδεμία ποινή ή παράβαση διαπιστώθηκε σε βάρος της.

Εν προκειμένω, εφόσον προδήλως δεν υφίσταται αφενός ψευδής δήλωση ή απόκρυψη πληροφοριών, αφετέρου ούτε άλλη προϋπόθεση που τίθεται περιοριστικώς στο άρθρο 72 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεν συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της κοινοπραξίας μας. Προς επίρρωση των ως άνω απευθύναμε ήδη επιστολή προς τη και στο Περιφερειακό Τεχνικό Συμβούλιο και λάβαμε το από 8/7/2021 έγγραφο του Τεχνικού Συμβουλίου με το οποίο:

«Κατόπιν των νέων στοιχείων που προσκομίστηκαν με το υπ' αρ. 265796/08-07-2021 έγγραφο της «.....», σχετικά με τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό του έργου του θέματος, σας γνωρίζουμε ότι το θέμα της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της, θα επανεξεταστεί σε επόμενη συνεδρίαση του Περιφερειακού Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων».

Σημειωτέον, τόσο η ισχύ της προσφοράς μας όσο και η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της κοινοπραξίας μας είχε λήξει και ουδέποτε υπεβλήθη αίτημα από την Αναθέτουσα Αρχή παράτασης αυτών.

Συνεπώς όπως προκύπτει εκ των ως άνω, τόσο η γνωμοδότηση του Περιφερειακού Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων όσο και η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 256/2021 Απόφαση του Δ.Σ. της, έχουν εκδοθεί κατά παράβαση της ισχύουσας νομοθεσίας και πρέπει να ακυρωθούν».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα : «Σύμφωνα με το άρθρο 72 του νόμου 4412/2016 ορίζεται ότι η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης. Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της αποφάσεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως. Στη συγκεκριμένη περίπτωση δηλώθηκε ψευδώς ότι δεν υπήρχε κάποια ανάμειξη του οικονομικού φορέα σε θέματα αθέμιτου ανταγωνισμού κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ και από την , οπότε κρίθηκε ορθά ότι πρέπει να ακολουθηθεί η διαδικασία κατάπτωσης της εγγυητικής αμφοτέρων. Κατά συνέπεια το ΔΣ της ζήτησε με την υπ' αριθμ.480/2020 απόφαση του από την Υπηρεσία να προχωρήσει στις διαδικασίες που ο νόμος ορίζει προκειμένου να διερευνήσει αν συντρέχουν λόγοι προκειμένου να εκπέσουν οι εγγυητικές αμφοτέρων των δύο εμπλεκόμενων εταιριών. Επί της αποφάσεως αυτής η «.....» όχι μόνο δεν προσέφυγε προκειμένου να εκφράσει τις όποιες αντιρρήσεις της, αντιθέτως δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή επ'αυτής αποδεχόμενη τυπικά την ορθότητα της διαδικασίας, ήτοι του ελέγχου λόγων κατάπτωσης της εγγυητικής. Ειδικότερα επί του λόγου προσφυγής της περί πλημμελούς αποφάσεως του ΔΣ της και μη νόμιμης αιτιολογίας αυτής επαγόμαστε τα κάτωθι και ζητήσαμε από το 7ο κλιμάκιο να απορριφθεί αυτός ως αόριστος, νόμω και ουσία αβάσιμος. Κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του ν.4412/2016 νομίμως συμπληρώνεται η αιτιολογία ν.4412/2016 νομίμως συμπληρώνεται η αιτιολογία της προσβαλλόμενης αποφάσεως του ΔΣ της με τις απόψεις μας ενώπιον της ΑΕΠΠ. Συγκεκριμένα, κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού και μέχρι το σημείο που η προσφεύγουσα κοινοπραξία αποκλείστηκε από προσωρινή ανάδοχος του έργου με την υπ' αριθμ, 490/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ δεν είχε θέσει το ζήτημα της εμπλοκής αμφοτέρων σε ζητήματα στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Αντιθέτως, καίτοι το γνώριζε το απέκρυψε, ενώ κατά τη συζήτηση της με αριθμ. 17/2019 αιτήσεως αναστολής που η ίδια κατέθεσε, απέστειλε σχετική επιστολή και την υπ' αριθμ. 644/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, προκειμένου να εγείρει δικονομικά εκπρόθεσμα επί της ουσίας σημαντικά, νομικά ζητήματα, για να αποκλειστεί η εταιρία Καρκανιάς ΑΕ από τον επίδικο διαγωνισμό. Από τη συμπεριφορά αυτή δε αυτή καταδεικνύεται μια απόπειρα ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά της ομαλής διεξαγωγής του διαγωνισμού της , χωρίς ουδέποτε να υπολογιστεί η ζημία της από τις ενέργειες αυτές. Το νομικό ζήτημα που εγέρθηκε σχετικά με την υποχρέωση να δηλώνουν στο ΕΕΕΣ όλοι οι

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

συμμετέχοντες φορείς την εμπλοκή τους ή μη σε ζητήματα ανταγωνισμού έχει πλέον ξεκαθαρίσει και η νομολογία τόσο του ΣΤΕ, όσο και της ΑΕΠΠ ακολουθούν την υποχρεωτικότητα της ορθής απάντησης, είτε έχουν καταδικαστεί είτε έχουν αθωωθεί, προκειμένου οι αναθέτουσες αρχές να είναι σε θέση να διερευνήσουν αν υφίστανται ή όχι δυνητικά περαιτέρω λόγοι αποκλεισμού. Επειδή έχει κριθεί ότι «...ότι ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του ΕΕΕΣ, έχει αναχθεί από τον αναθέτοντα φορέα, σύμφωνα και σε αρμονία με όσα ορίζονται και με τις διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 1 και 5, 103 παρ. 3 και 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και τον κανονισμό 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται, με τη διαπίστωσή του, την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου δια του ΕΕΕΣ διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής. Το ΕΕΕΣ, το οποίο, όπως προκύπτει από το άρθρο 59 παρ. 1 περ. α' και παρ. 2 της οδηγίας 2014/24, υποβάλλεται ταυτόχρονα με την αίτηση συμμετοχής ή την προσφορά του διαγωνιζομένου και έχει ειδικά τυποποιημένο περιεχόμενο, καθοριζόμενο από τον κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής, επιτελεί ακριβώς τον διαγραφόμενο από τις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 1, 4 και 6 της ως άνω οδηγίας σκοπό, να λαμβάνει δηλαδή η αναθέτουσα αρχή (ή φορέας) πλήρη γνώση όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης της (του) περί της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζομένου στο κατάλληλο στάδιο του διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτόν διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισεως των διαγωνιζομένων, ενώ ταυτόχρονα παρέχεται σε όλους τους υποψηφίους, επί ίσοις όροις, η δυνατότητα να θέσουν υπόψη της αναθέτουσας αρχής ή φορέα όλα τα στοιχεία (λήψη επανορθωτικών μέτρων, λήξη περιόδου αποκλεισμού κλπ.), τα οποία, κατά την άποψή τους, αίρουν τον λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 3.10.2019, Delta κλπ., C-267/18, EU:C:2019:826, σκ. 36). Εφόσον δε κρίσιμος, κατά τα ανωτέρω, χρόνος για τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή φορέα έλεγχο και διαπίστωση της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού (άρθρο 22 παρ. 22.Α.4(στ) της διακηρύξεως) στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου, κατ' εκτίμηση

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

των παρατιθέμενων από αυτόν στοιχείων, είναι ο χρόνος υποβολής του ΕΕΕΣ, αυτός είναι και ο κρίσιμος χρόνος γενέσεως του, διαφορετικού και αυτοτελούς, λόγου αποκλεισμού λόγω υποβολής ψευδούς δηλώσεως δια του ΕΕΕΣ (άρθρα 4 παρ. 4.2(δ) και (στ) και 22 παρ. 22.Α.4(γ) της διακηρύξεως). Και τούτο, διότι κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ εκδηλούται η συμπεριφορά του διαγωνιζομένου, η οποία συνιστά τον ως άνω αυτοτελή λόγο αποκλεισμού λόγω ψευδούς δηλώσεως, η οποία δεν δύναται να αναιρεθεί μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που τον οδήγησαν στη συμπεριφορά αυτή. Τα μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία, ακόμη και αν ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του κατά το άρθρο 22 παρ. 22.Α.4(στ) της διακηρύξεως λόγου αποκλεισμού (σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού), δεν αίρουν πάντως τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ο οποίος συνίσταται (κατά τα άρθρα 4 παρ. 4.2(δ) και (στ) και 22 παρ. 22.Α.4(γ) της διακηρύξεως) στην ανακριβή δήλωση και απόκρυψη (δια του ΕΕΕΣ) των σχετικών με τον προαναφερθέντα λόγο (της παρ. 22.Α.4(στ) της διακηρύξεως) στοιχείων, αναγκαίων για τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής ή φορέα στον κρίσιμο χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ. Εξάλλου, στην όλως ειδική περίπτωση κατά την οποία το συνιστών τον λόγο αποκλεισμού γεγονός, δηλαδή η σύναψη συμφωνίας με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού, λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή του ΕΕΕΣ, ο διαγωνιζόμενος, υποχρεούμενος να το δηλώσει "αμελλητί" σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016, δύναται ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του...» (754/2020 ΣτΕ, Α΄ Δημοσίευση ΝΟΜΟΣ, ΔΔΙΚΗ 2020/688). Ακόμη και πριν την σχετική έκδοση δικαστικών αποφάσεων στην Ελλάδα, πολλοί συμμετέχοντες φορείς καίτοι είχαν αθωωθεί από τυχόν εμπλοκή τους σε ζητήματα στρέβλωσης του ανταγωνισμού δήλωναν θετικά το σχετικό πεδίο, καθιστώντας γνωστό σε εμάς ως αναθέτουσα αρχή το ζήτημα αυτό, και φυσικά δίνοντας την επιλογή που ο νόμος ξεκάθαρα παρέχει να διερευνήσουμε τον δυνητικό λόγο αποκλεισμού τους. Κατόπιν των ανωτέρω, η απόφαση του ΔΣ της υπήρξε πλήρως αιτιολογημένη βασιζόμενη φυσικά σε γνωμοδότηση που έφερε πλήρη αιτιολόγηση της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής της εν λόγω εταιρίας.

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

Αναλύονται δε τόσο στις σχετικές εισηγήσεις, όσο και στο περιεχόμενο αυτών οι λόγοι που εξετάστηκαν προκειμένου να εκδοθεί η υπάριθμ. 256/2021 απόφαση του ΔΣ της Κατά συνέπεια οι ισχυρισμοί και οι λόγοι προσφυγής του εν λόγω οικονομικού φορέα θα πρέπει να απορριφθούν”

12.Επειδή, στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

13.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [.....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [.....]».

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

14. Επειδή, στο άρθρο 72 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 : «[...]η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρο 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης».

Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 73 Ν.4412/2016:«[...] 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 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[...]».

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν.4412/2016:[...] 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. Σύμφωνα δε με το άρθρο 104 παρ. 2-3 του ν. 4412/2016: «2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80.

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 302 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από τα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης ή αν παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες, οι οποίες απαιτούνται από τους αναθέτοντες φορείς, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή την παράγραφο 1 του άρθρου 305».

17. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «15.4 Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της απόφασεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως[...].Άρθρο 17Α: Έκδοση εγγυητικών 17.Α.1. Οι εγγυητικές επιστολές των άρθρων 15, 16 και 17 εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη- μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Φ.Κ.Α τέως Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα[...].22.Α.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων 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[...].22.Α.6. Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει οικονομικό φορέα σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των προηγούμενων παραγράφων.

Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας.]23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας[...]

24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα:

- α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)
- β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας.

4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης [...]δ) Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι ψευδή ή ανακριβή [...] απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.

Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας[...]».

18. Επειδή, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας συμβάσεως λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣΤΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί καταπτώσεως εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (βλ. ΑΕΠΠ 588/2018). Επομένως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου συνιστά πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ τούτου εφαρμοστέα είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο κάθε πρόβλεψη του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Επιπλέον δε, κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται όχι μόνο υπέρ όποιου έχει, ήτοι διατηρεί ενεργό δικαίωμα συμμετοχής και επιδίωξης ανάθεσης του συμβατικού αντικειμένου, αλλά και όποιου είχε (βλ. και όμοια διατύπωση σε προΐσχύσαν άρ. 2 Ν. 3886/2010 περί προσωρινής δικαστικής προστασίας, προϋπόθεση για την οποία και υπό τις αυτές προϋποθέσεις ήταν η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' άρ. 4 του ως άνω νόμου), ήτοι καθ' οιονδήποτε τρόπο ενδιαφέρθηκε να μετάσχει αλλά δεν κατέστη αυτό εφικτό ή μετείχε και απεκλείσθη από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, υπό τη μόνη προϋπόθεση ότι ενδέχεται να υποστεί ή έχει ήδη υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη παράλειψη ή εκτελεστή πράξη, μεταξύ των οποίων κατά τα ανωτέρω συγκαταλέγεται και η

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

απόφαση κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής. Επομένως, ουδόλως προκύπτει εκ του περιεχομένου των οικείων διατάξεων ότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής δεν αναφέρεται και σε οικονομικό φορέα που μετείχε σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (έφθασε δε να καταστεί και ανάδοχος κατόπιν κατακύρωσης σε αυτόν που μετέπειτα ανακλήθηκε και απερρίφθη εκ των υστέρων η προσφορά του) και ο οποίος αυτονόητα υφίσταται οικονομική ζημία από την κατάπτωση, ως αποτέλεσμα ανάκλησης της κατακύρωσης σε αυτόν και αποκλεισμού του κατά τη διάρκεια ακόμη του προσυμβατικού σταδίου και προ της συνάψεως σύμβασης, της εγγυητικής συμμετοχής που υπέβαλε με την προσφορά του στον διαγωνισμό.

19. Επειδή, κατ' άρ. 72 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ιδρύεται έτερη και αυτοτελής βάση κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής σε σχέση με αυτήν του άρ. 103 και ειδικότερα προβλέπεται ότι "Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης." Σημειωτέον όμως, ότι κατά το γράμμα της παραπάνω διάταξης η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει σε κάθε περίπτωση μη απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού ή απόδειξης συνδρομής λόγου αποκλεισμού ή απόδειξης τυχόν εν γένει ανακρίβειας ή ψεύδους επί του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ή ακόμη και απλής ανακρίβειας ως προς τις ειδικότερες δηλώσεις εντός του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ περί μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού, αλλά αποκλειστικά στην περίπτωση όπου προκύπτει ότι ο προσφέρων παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού. Δηλαδή, θα πρέπει ο προσφέρων να γνώριζε ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού και παρά ταύτα να απέκρυψε τούτο από την αναθέτουσα, επιχειρώντας με τα προσφερθέντα εκ μέρους του στοιχεία και δηλώσεις να δημιουργήσει σε αυτήν την πεποίθηση ότι δεν συντρέχουν τέτοιοι λόγοι ή να δηλώσει ότι δεν συντρέχουν, εμποδίζοντάς την ούτως να γνωρίζει την αλήθεια.

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

20.Επειδή, η σύμβαση της εγγυητικής επιστολής μεταξύ της εκδότριας τράπεζας και του λήπτη της επιστολής αυτής δεν ρυθμίζεται ειδικά σε κάποιον νόμο, αλλά καθορίζεται στα πλαίσια της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων, όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 361 ΑΚ και ως εκ τούτου, τα μέρη έχουν μεγάλη διακριτική ευχέρεια ρύθμισης των μεταξύ τους σχέσεων, με ακροτελεύτιο όριο διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες δεν μπορούν να παρεκκλίνουν. Η τριγωνική σχέση που δημιουργείται μεταξύ δανειστή, οφειλέτη και τράπεζας με αφορμή την εγγυητική επιστολή που εκδίδει η τελευταία, αποτελεί ιδιόμορφη σύμβαση, που καταρτίζεται στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΠ 1403/2008). Η εγγυητική επιστολή διέπεται αφενός από τις γενικές διατάξεις που ρυθμίζουν τις συμβάσεις και αφετέρου από τις αναλογικά εφαρμοζόμενες, λόγω έλλειψης άλλων ειδικότερων διατάξεων, διατάξεις του ΑΚ, που ρυθμίζουν την εγγύηση (αρ. 847 επ. ΑΚ), εφόσον οι διατάξεις για την εγγύηση συμβιβάζονται με την εν λόγω σχέση. Ειδικότερα, οι παρά των τραπεζών συνήθως εκδιδόμενες εγγυητικές επιστολές, αποτελούν ιδιαίτερο είδος και τύπο εγγυήσεως, δημιούργημα της συναλλακτικής πρακτικής (ΑΚ 361), που διέπεται από τις διατάξεις περί παραγγελίας του ΕμπΝ και τις διατάξεις περί εντολής (714 επ.) του ΑΚ (ΑΠ 862/1996), κύριο χαρακτηριστικό της οποίας είναι ότι οι συναλλασσόμενοι αποβλέπουν στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στον δανειστή του ποσού που καλύπτει η εγγυητική επιστολή, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει σε άλλον τρόπο εξώδικης ή δικαστικής ικανοποίησης της αξίωσής του (ΑΠ 1793/2008, 983/1999, 1433/1998, 48/1996) και μάλιστα ανεξάρτητα από το κύρος ή την ελαττωματικότητα της σχέσης μεταξύ αφενός του υπέρ ου η επιστολή και του λήπτη και αφετέρου μεταξύ του εγγυητή και του υπέρ ου η επιστολή (ΕλΣυν 134/2013 Ζ' Κλιμάκιο-Πράξη, Σπ. Ψυχομάνη «Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων» τ. Ι Γενικό Μέρος σελ. 353). Χαρακτηριστικό της εγγυητικής επιστολής είναι ότι με αυτήν οι συναλλασσόμενοι δεν αποβλέπουν στην απόκτηση προσθέτου φερεγγυότητας, αλλά στην άμεση καταβολή από την τράπεζα στο δανειστή του καλυπτομένου με αυτήν ποσού με απλή ειδοποίηση του δανειστού, χωρίς ο τελευταίος να προσφύγει στα δικαστήρια (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1273/2014, 1884/2013). Επιπλέον, η εγγυητική επιστολή αποτελεί έγγραφη υπόσχεση τράπεζας προς οφειλέτη πελάτη της

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

ότι θα εκπληρώσει ορισμένη χρηματική οφειλή του πελάτη της προς τον δανειστή του, είτε στην περίπτωση που ο πελάτης δεν εκπληρώσει την παροχή του (εγγυητική επιστολή υπό όρο), είτε στην περίπτωση που ο δανειστής δηλώσει ότι ο πελάτης της τράπεζας δεν εκπλήρωσε την παροχή του (εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση ή χωρίς όρους). Με τη σύμβαση αυτή η τράπεζα αναλαμβάνει την υποχρέωση έναντι του δανειστή να του καταβάλει οφειλή τρίτου, λόγω δε του ενδοτικού χαρακτήρα των περι εγγυήσεως διατάξεων, δεν αποκλείεται να περιληφθεί στη σύμβαση ρήτρα, κατά την οποία ο εγγυητής θα καταβάλει το ποσό της εγγυήσεως σε πρώτη ζήτηση ή με απλή ειδοποίηση, χωρίς να έχει τη δυνατότητα να ελέγχει το υπαρκτό και το νόμιμο του χρέους και να προβάλλει την ένσταση διζήσεως (βλ. σχετ. ΕφΑθ 7798/2006, ΑΠ 1433/1998 ΕΛΛΔ 1999, 633, ΑΠ 48/1996 ΕΛΛΔ 1996, 1332, ΑΠ 210/1993 ΝοΒ 1994, 399, ΑΠ 467/ 1992 ΕΛΛΔ 1993, 1075, ΑΠ 10/1992 ΝοΒ 1993, 70, ΑΠ 593/1989 ΕΛΛΔ 1990, 1252, ΑΠ 585/1989 ΝοΒ 1990, 820, ΕφΑθ 8188/2003 ΕΛΛΔ 2004, 852, ΕφΑθ 6281/ 2002 ΕΛΛΔ 2004, 1071, ΕφΑθ 11349/1995 ΕΕμπΔ 1996, 51, Λ. Γεωργακόπουλου, Χρηματοπιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, σελ. 402- 407, Σπ. Ψυχομάνη, Τραπεζικό Δίκαιο - Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, 1999, σελ. 297-366, Απ. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 135-198, αλλά και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 728/2019 σκ.18). Τέλος, να λεχθεί, ότι η διαφορά που δημιουργείται σε σχέση με την κατάπτωση, ή μη της εγγυητικής επιστολής απορρέει απ' αυτήν την ίδια και μόνον, αφού αφορά την αξίωση του δανειστή κατά του εγγυητή για πληρωμή του ποσού αυτής και όχι την αξίωση του δανειστή κατά του πρωτοφειλέτη, που καλύπτεται από την εγγυητική. Συνεπώς η εν λόγω διαφορά, πηγάζουσα από σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, είναι ιδιωτική, ανεξάρτητα από τη φύση των αξιώσεων του δανειστή κατά του πρωτοφειλέτη (Δ.Εφ.Α. 4226/90 Δίκη 1991. 1197, ΕΔΚΑ 1991.371) Ελ.Συν. 3889/02, ΔΠρΑ 3508/2000, ΜΠΠ 3894/02, ΜΠ Θήβας 319/2012).

21.Επειδή, ειδικότερα, το εθνικό δίκαιο αναγνωρίζει δύο είδη υπαιτιότητας: το δόλο και την αμέλεια (ά. 27-28 Π.Κ.). Η αμέλεια διακρίνεται σε ενσυνείδητη και σε άνευ συνειδήσεως αμέλεια (ασυνείδητη). Ο δόλος/πρόθεση διακρίνεται σε τρία είδη - διαβαθμίσεις: στον άμεσο δόλο 1ου βαθμού – επιδίωξη, στον άμεσο δόλο 2ου βαθμού – αποδοχή και στον

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

ενδεχόμενο δόλο (dolus eventualis). Δισεπίλυτο και διαρκές παραμένει ακόμα στο χώρο του ποινικού δικαίου το ζήτημα της διακρίσεως ανάμεσα σε ενδεχόμενο δόλο και ενσυνείδητη αμέλεια, και των ουσιαστικών – κρίσιμων συνεπειών που μπορεί να λάβει σε μία ad hoc περίπτωση εάν καταφαθεί η μία ή η έτερη μορφή υπαιτιότητας. Κατά την άποψη του Μυλωνόπουλου, ο δόλος και η αμέλεια σαν μορφές εσωτερικής συμμετοχής, συγκροτούν μία συνεχώς μεταλλασσόμενη αλληλουχία συμπεριφορών. Η μεταβολή αυτή δε συντελείται απότομα, αλλά βαθμιαία, σταδιακά και ανεπαίσθητα (Μυλωνόπουλος, Χρίστος Χ., Ποινικό Δίκαιο-Γενικό Μέρος I και II, Δίκαιο & Οικονομία, Π.Ν. Σάκκουλας Αθήνα 2007, σελ.253).

22. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναπιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕΥΙΡΟ, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43). Περαιτέρω, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, ΕΥ:Τ:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

24.Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, ο προσφεύγων στο ερώτημα του ΕΕΕΣ: *«Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»* [...] *«Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες: [...]*» απάντησε : *«ΟΧΙ»*. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα και δεν αμφισβητείται, ο τελευταίος πληροφορήθηκε από τον ίδιο τον προσφεύγοντα ότι σε βάρος του, όπως και σε βάρος του οικονομικού φορέα, είχε καταγγελθεί η εμπλοκή τους σε συμφωνία με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα ανωτέρω περιήλθαν σε γνώση του αναθέτοντος φορέα, ως ο ίδιος ισχυρίζεται, μετά την ακύρωση με απόφαση της ΑΕΠΠ της απόφασης του αναθέτοντος φορέα με την οποία είχε γίνει δεκτή η συμμετοχή του προσφεύγοντος στο διαγωνισμό και είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος και ενώ εκκρεμούσε αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία μάλιστα απορρίφθηκε και ο προσφεύγων, ο οποίος δεν άσκησε αίτηση ακύρωσης απορρίφθηκε οριστικά από τον διαγωνισμό. Περαιτέρω, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων και δεν αμφισβητεί ο αναθέτων φορέας, η αρμόδια Επιτροπή ανταγωνισμού απέρριψε τις σχετικές καταγγελίες και δέχθηκε ότι ο προσφεύγων δεν συμμετείχε σε συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Ακόμη, όπως προκύπτει από την προσβαλλομένη καθώς και τη συμπληρωματική αιτιολογία που νομίμως εμπεριέχεται στις απόψεις του αναθέτοντος φορέας, η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος στηρίχθηκε στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και ειδικότερα στην εν γνώσει του προσφεύγοντος υποβολή ψευδούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ αναφορικά με την εμπλοκή του σε συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεδομένου κατά τους ισχυρισμούς

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

του αναθέτοντος φορέα, ότι, ενώ, ο προσφεύγων κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ γνώριζε τις καταγγελίες και παρόλο που αυτές δεν έγιναν δεκτές, δεν το δήλωσε, ώστε η ίδια η αναθέτουσα ως μόνη αρμόδια επί τούτου να κρίνει αν συντρέχει ο προβλεπόμενος από τη διακήρυξη λόγος αποκλεισμού.

25. Επειδή, ωστόσο, όπως προκύπτει από τη διάταξη του άρθρου 72 του Ν.4412/2016 και εκτέθηκε υπό σκέψη 19 για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής απαιτείται η εν γνώση (με δόλο) του συμμετέχοντος δήλωση ψευδών περιστατικών, ήτοι ότι στην περίπτωση του δεν έχει προβεί σε συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού ενώ αυτός έχει στην πραγματικότητα εμπλακεί σε τέτοιες συμφωνίες. Περίπτωση, η οποία, ωστόσο, κατά λογική και νομική αναγκαιότητα δεν συντρέχει όταν σε βάρος οικονομικού φορέα τινός υπήρξαν σχετικές καταγγελίες, οι οποίες, όμως, απορρίφθηκαν από το αρμόδιο όργανο ήδη πριν την υποβολή του ΕΕΕΣ. Και τούτο διότι σε αυτή την περίπτωση δεν μπορεί να γίνει λόγος για κλονισμό της αξιοπιστίας του υποψηφίου, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν, κάτι που αποτελεί το θεμέλιο λίθο της ρύθμισης των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73 Ν.4412/2016. Αντιθέτως, τέτοιος κλονισμός της σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ αναθέτουσας αρχής και υποψηφίου μπορεί να προκύψει στην περίπτωση που υφίσταται πλημμελής συμπεριφορά του υποψηφίου, η οποία, ωστόσο, έχει αρθεί ή με άλλον τρόπο διευθετηθεί σύμφωνα με σχετικές νομοθετικές ρυθμίσεις, και τούτο διότι, παρά την άρση των νομικών συνεπειών ή την διευθέτηση αυτών παραμένει γεγονός η ύπαρξη πλημμέλειας και εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να κρίνει εάν και κατά πόσον έχει κλονισθεί η αξιοπιστία του αναδόχου έναντι αυτής. Γι'αυτό και έχει σχετικά κριθεί ότι: *«η γέννηση του ως άνω λόγου αποκλεισμού, στην περίπτωση που η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου δια του ΕΕΕΣ αφορά τη συμμετοχή του σε αντανταγωνιστικές συμπράξεις, δεν εμποδίζεται από το γεγονός ότι μπορεί να συντρέχει λόγος απαλλαγής του από τις διοικητικές συνέπειες της παραβάσεως των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού για τον λόγο ότι έχει υπαχθεί σε καθεστώς "επιείκειας" ή σε διαδικασία "διευθετήσεως διαφοράς", σύμφωνα τις διατάξεις των άρθρων 25 παρ. 8, 25α και 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011 (Α' 93), όπως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο. Και τούτο, διότι τυχόν απαλλαγή από τις εν λόγω συνέπειες,*

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

ανεξαρτήτως του κατά τις ως άνω διατάξεις ειδικότερου περιεχομένου της, δεν καταργεί πάντως την, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, ειδική υποχρέωση του οικονομικού φορέα, που απορρέει από τη διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού, να δηλώσει με ακρίβεια στον αναθέτοντα φορέα, ως έχοντα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 28), την κατάσταση του σε σχέση με τον λόγο που προβλέπεται στο άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ' της οδηγίας 2014/24 (και τα άρθρα 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 22 παρ. 22.Α.4(στ) της διακηρύξεως) ούτε αίρει τις συνέπειες της υποβολής τυχόν ανακριβούς δηλώσεως. Επίσης, γίνεται δεκτό (βλ. απόφαση της 19.6.2019 – υπόθεση C-41/18 MECA) ότι : « [...]28.Δεύτερον, κατά το άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24, «[ο]ι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις καταστάσεις [περί των οποίων γίνεται λόγος στη διάταξη αυτή]». 29. Ως εκ τούτου, από το γράμμα της εν λόγω διατάξεως προκύπτει ότι η εκτίμηση του κατά πόσον ένας οικονομικός φορέας πρέπει να αποκλειστεί από διαδικασία σύναψης σύμβασης έχει ανατεθεί στις αναθέτουσες αρχές, και όχι σε εθνικό δικαστήριο[...].Τέταρτον, κατά το άρθρο 57, παράγραφος 5, της οδηγίας 2014/24, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικό φορέα «ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας», και όχι μόνον αφού ένα δικαστήριο εκδώσει την απόφασή του, πράγμα το οποίο αποτελεί πρόσθετη ένδειξη της βουλήσεως του νομοθέτη της Ένωσης να παράσχει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να προβαίνει σε αξιολόγηση σχετικά με τις πράξεις τις οποίες έχει τελέσει ένας οικονομικός φορέας ή τις οποίες αυτός έχει παραλείψει να τελέσει είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, σε μια από τις περιπτώσεις του άρθρου 57, παράγραφος 4, της εν λόγω οδηγίας. 32. Τέλος, εάν μια αναθέτουσα αρχή δεσμεύονταν αυτομάτως από μια αξιολόγηση στην οποία προβαίνει τρίτος, θα ήταν πιθανώς δυσχερές να αποδώσει ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας κατά το χρονικό σημείο της εφαρμογής των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού. Κατά την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24,

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

όμως, η εν λόγω αρχή συνεπάγεται ιδίως ότι, πριν από τη λήψη αποφάσεως για αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα, μια τέτοια αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη τον ελάχιστο χαρακτήρα των παρατυπιών που διαπράχθηκαν ή την επανάληψη ελασσόνων παρατυπιών[...]. Τα ανωτέρω βέβαια ισχύουν, όπως, ήδη, αναφέρθηκε υπό την προϋπόθεση της πραγματικής ύπαρξης πλημμέλειας που συνιστά λόγο αποκλεισμού και εν προκειμένω της συμμετοχής σε συμφωνία για τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η οποία αυτονοήτως δεν υφίσταται εφόσον οι σχετικές καταγγελίες έχουν αρμοδίως απορριφθεί πριν την υποβολή του ΕΕΕΣ και τούτο είναι γνωστό στον συμμετέχοντα. Συνεπώς, ορθώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ουδόλως όφειλε να απαντήσει θετικά στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ αφού αποδεδειγμένα δεν έχει συμμετάσχει σε συμφωνία για την στρέβλωση του ανταγωνισμού.

Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη «δεν προέκυψε ήτοι δεν αποδείχθηκε ότι ο προσφεύγων συμμετείχε σε παράνομη οριζόντια σύμπραξη (βλ. Απόφαση ΕΠΑΝτ 644/2017 σκ. 208 όπου αναγράφεται ότι «δεν προκύπτει αντι-ανταγωνιστική συμπεριφορά στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού. Από το αποδεικτικό υλικό της παρούσας υπόθεσης δεν προκύπτει ότι οι εν λόγω εταιρίες ήλθαν σε συνεννόηση ή συμφωνία, ρητή ή σιωπηρή, ούτε συμμετείχαν σε οποιαδήποτε οργανωτική δομή με τους ανταγωνιστές τους/υποψήφιους αναδόχους στον επίμαχο διαγωνισμό, προκειμένου να νοθεύσουν αυτόν μέσω οποιουδήποτε τρόπου συμπεριλαμβανομένης τυχόν χειραγώγησης προσφορών/καθορισμού αναδόχου)» και τούτο διότι κατά τα παγίως κριθέντα η Επιτροπή φέρει το βάρος της απόδειξης της αποδιδόμενης παράβασης, προσκομίζοντας ακριβή και συγκλίνοντα αποδεικτικά στοιχεία για να στηρίξει την αταλάντευτη πεποίθηση ότι η αποδιδόμενη παράβαση όντως διαπράχθηκε (ενδ. ΓενΔΕΕΤ-406/08 Industries chimiques du fluor (ICF) κατά Επιτροπής, σκ. 67). Τα δε ως άνω κρίθηκαν κατά πλειοψηφία, δοθέντος ότι ο Πρόεδρος και ένα Μέλος της Επιτροπής Ανταγωνισμού μειοψήφησαν (σκ. 220 και επ. Απόφασης ΕΠΑΝτ 644/2017 «220....βάσει των σχετικών στοιχείων τεκμηριώνεται η παράβαση και για την εταιρία 221 Κατά πάγια νομολογία, τα στοιχεία απόδειξης μίας αντανταγωνιστικής πρακτικής πρέπει να αξιολογούνται ως σύνολο και όχι

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

μεμονωμένα. Δεν είναι, έτσι, αναγκαίο το κάθε ένα από τα διαθέσιμα αποδεικτικά στοιχεία να ικανοποιεί τις προϋποθέσεις απόδειξης κάθε πτυχής (συστατικού στοιχείου) της παράβασης. Αρκεί ότι όλα τα στοιχεία, συνεκτιμώμενα ως σύνολο, πληρούν αυτές τις προϋποθέσεις....)».

Ο δε περί του αντιθέτου ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέα ότι, δηλαδή, παρόλο που οι σχετικές καταγγελίες απορρίφθηκαν έπρεπε να αναφερθεί η εμπλοκή του προσφεύγοντα με τέτοιου είδους περιστατικά καθώς μόνο αυτός είναι αρμόδιος να κρίνει σχετικά με την αξιοπιστία του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό είναι απορριπτός ως μη ερειδόμενος στο νόμο. Ειδικότερα, η δυνατότητα-αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα να κρίνει αναφορικά με την αποδοχή ή μη λόγων αποκλεισμού και εν προκειμένω του λόγου του άρθρου 73 παρ. 4 (γ) είναι «αποκλειστική», υπό την έννοια ότι δεν δεσμεύεται από την κρίση άλλου εθνικού οργάνου (δικαστικού/διοικητικού) όταν δεν έχει επιφορτωθεί ακόμη κρίση αρμοδίου οργάνου ή όταν αυτήν δεν είναι οριστική. Όταν, όμως, όπως εν προκειμένω που οι σχετικές καταγγελίες έχουν οριστικά απορριφθεί, γεγονός που δεν αμφισβητείται από τον αναθέτοντα φορέα, δεν μπορεί καθ'υποκατάσταση του εκ του νόμου αρμοδίου οργάνου να κρίνει διαφορετικά από αυτό αλλά δεσμεύεται από την κρίση του, ώστε σε περιπτώσεις, όπως η υπό κρίση, ο αναθέτων φορέας δεν θα μπορούσε να κρίνει διαφορετικά, ότι, δηλαδή, εν τέλει υπήρξε συμφωνία του προσφεύγοντα με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού όταν ήδη έχει κριθεί αρμοδίως ότι δεν υπήρχε. Άλλωστε και η επικαλούμενη από τον ίδιο τον αναθέτοντα φορέα νομολογία αναφέρεται σε διαφορετικές από την παρούσα περιπτώσεις όπου υπήρχε διαπιστωμένη πλημμέλεια, ασχέτως της ύπαρξης διοικητικών ή άλλων μέτρων διευθέτησης αυτής, οπότε πράγματι η αναθέτουσα αρχή, μη δεσμευόμενη από την κρίση τρίτου οργάνου, είναι μόνη αρμόδια να κρίνει αν και κατά πόσον η υφιστάμενη πλημμέλεια είναι ικανή να κλονίσει την εμπιστοσύνη της στον συμμετέχοντα στο διαγωνισμό.

«Κατά την ειδική γνώμη του μέλους Χ. Ζαράρη (ο.π. C- 41/18) «κατά το άρθρο 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24, «[ο]ι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις καταστάσεις [περί

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

των οποίων γίνεται λόγος στη διάταξη αυτή]». Ως εκ τούτου, από το γράμμα της εν λόγω διατάξεως προκύπτει ότι η εκτίμηση του κατά πόσον ένας οικονομικός φορέας πρέπει να αποκλειστεί από διαδικασία σύναψης σύμβασης έχει ανατεθεί στις αναθέτουσες αρχές, και όχι σε εθνικό δικαστήριο[...] Επίσης, κατά το άρθρο 57, παράγραφος 5, της οδηγίας 2014/24, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικό φορέα «ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας», και όχι μόνον αφού ένα δικαστήριο εκδώσει την απόφασή του, πράγμα το οποίο αποτελεί πρόσθετη ένδειξη της βουλήσεως του νομοθέτη της Ένωσης να παράσχει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέα να προβαίνει σε αξιολόγηση σχετικά με τις πράξεις τις οποίες έχει τελέσει ένας οικονομικός φορέας ή τις οποίες αυτός έχει παραλείψει να τελέσει είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, σε μια από τις περιπτώσεις του άρθρου 57, παράγραφος 4, της εν λόγω οδηγίας. 32. Τέλος, εάν μια αναθέτουσα αρχή δεσμεύονταν αυτομάτως από μια αξιολόγηση στην οποία προβαίνει τρίτος, θα ήταν πιθανώς δυσχερές να αποδώσει ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας κατά το χρονικό σημείο της εφαρμογής των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού. Ωστόσο, και εν προκειμένω, εάν η Επιτροπή Ανταγωνισμού, εξοπλισμένη με πλήθος ερευνητικών εξουσιών και στελεχωμένη με έμπειρους και εξειδικευμένους επιστήμονες δεν απέδειξε ότι συντρέχει παράβαση κανόνων του ανταγωνισμού για τον εδώ προσφεύγοντα, κρίνεται εξαιρετικά αμφίβολο ότι σε ιδιαίτερος σύντομο χρόνο τούτο θα ήταν εφικτό από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέα, που στερείται εν προκειμένω τοιούτων αρμοδιοτήτων και δυναμικού, έτερο ζήτημα αποτελεί εάν θα εδύνατο κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής τα οικεία περιστατικά να αποτελέσουν/στοιχειοθετήσουν έτερο λόγο αποκλεισμού όπως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, κατά την κρίση της, που δεν προβάλλεται εν προκειμένω. Περαιτέρω, το ερώτημα που τίθεται στο ΕΕΕΣ είναι εάν «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού; Η απάντησή σας Όχι/Όχι», όπου ο προσφεύγων απάντησε αρνητικά. Με την αρνητική απάντηση του ο προσφεύγων, η οποία δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής (βλ. ΣΕ 793/2020), σε συνέχεια των ως άνω

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

αναγραφέντων, πολλώ δε μάλλον ψευδής, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι ο προσφεύγων παρέθεσε ψευδή έστω ανακριβή στοιχεία στο ΕΕΕΣ του, ούτε αναμένεται από τον εκάστοτε προσφέροντα να αυτοενοχοποιείται στις περιπτώσεις που ήδη κατά το χρόνο της επίμαχης δήλωσης του υφίσταται εκδοθείσα υπέρ του απαλλακτική απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού».

26. Επειδή, ακόμη και άσχετα με τα ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή στη συγκεκριμένη περίπτωση μη νομίμως αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής του προσφεύγοντος στηριζόμενη στη διάταξη του άρθρου 72 του Ν.4412/2016 και τούτο διότι, ναι μεν η υπό κρίση διακήρυξη ρητώς υπάγεται στο κανονιστικό πλαίσιο του Ν.4412/2016 αλλά, με βάση τους ειδικότερους περί του ζητήματος της κατάπτωσης των εγγυητικώς επιστολών συμμετοχής όρους των άρθρων 15.4 και 4.2 της διακήρυξης, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής επιτρέπεται αποκλειστικά και μόνο για τους περιοριστικά αναφερόμενους σε αυτούς όρους που δεν περιλαμβάνουν την συγκεκριμένη υποπερίπτωση. Ειδικότερα, σύμφωνα με τη διακήρυξη (15.4) η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας. Πλην, όμως, εν προκειμένω ούτε ο προσφέρων απέσυρε την προσφορά του ούτε συντρέχει περίπτωση από τις αναφερόμενες στο άρθρο 4.2 καθώς ο προσφεύγων δεν είναι ο προσωρινός ανάδοχος, ούτε οι σχετικές διαπιστώσεις έλαβαν χώρα με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Συνεπώς, ο μοναδικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

27. Επειδή, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

28. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς.

Δέχεται την προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης :1410/2021

Ακυρώνει την προσβαλλομένη σύμφωνα με το σκεπτικό.
Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20-08-2021 και εκδόθηκε στις 30.08.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Χρυσάνθη Ζαράρη

Η Γραμματέας
Ελένη Λεπίδα