

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 30 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει τη συμμόρφωση με την υπ' αρ. 440/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΓ') που εκδόθηκε επί της από 06.09.2021 με ANM 647/2021 αίτησης αναστολής εκτέλεσης της εταιρίας με την επωνυμία «.....» (εφεξής «η προσφεύγουσα») που εδρεύει στο οδός ..., αρ. της σιωπηρής απόρριψης της από 02.07.2021 προδικαστικής της προσφυγής κατά της υπ' αρ. 70649/24.06.2021 απόφασης του (εφεξής «η προσβαλλομένη»), στο πλαίσιο της οποίας άσκησαν παρέμβαση 1) η εταιρία με την επωνυμία «.....» (εφεξής «η πρώτη παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη, αρ.... και 2) η εταιρία με την επωνυμία «.....» (εφεξής «η δεύτερη παρεμβαίνουσα»).

Με την ως άνω με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1323/02.07.2021 προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείτο την ακύρωση της ως άνω απόφασης κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της και να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός σε αυτήν. Η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. Διακήρυξης με την οποία το(εφεξής «η αναθέτουσα αρχή») προκήρυξε ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών από την υπογραφή της, με δυνατότητα παράτασης μέχρι ένα (1) έτος συνολικής εκτιμώμενης αξίας 539.991,94 €, χωρίς ΦΠΑ (εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για τα δύο (2) πρώτα έτη 359.994,63 €, χωρίς ΦΠΑ, και εκτιμώμενη αξία του ενός (1) έτους του δικαιώματος προαίρεσης 179.997,31 €, χωρίς ΦΠΑ) και

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, αναρτήθηκε δε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 07.12.2020, έλαβε ΑΔΑΜ, και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η υπ' αρ. 440/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΓ') έκρινε ότι «...ενόψει των ανωτέρω, η Α.Ε.Π.Π. απέρριψε σιωπηρώς όλους τους παραπάνω ισχυρισμούς, χωρίς καμία αιτιολογία, και ως εκ τούτου, πιθανολογείται η παράβαση της εκ του νόμου (άρθρο 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, και 18 του π.δ. 39/2017) υποχρέωσής της να αποφανθεί αιτιολογημένα επί της ουσίας των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής που ασκήθηκε ενώπιόν της. Εξάλλου, το παρόν Δικαστήριο δεν μπορεί, με την ευκαιρία εκδίκασης της κρινόμενης αίτησης, να προβεί πρωτογενώς στην εξέταση και πιθανολόγηση των ανωτέρω αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, επί των οποίων δεν έχει αποφανθεί η Α.Ε.Π.Π.. Κατόπιν αυτών, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη αίτηση και να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας καθώς και της συμπροσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που αφορά τον αποκλεισμό της αιτούσας από τον ένδικο διαγωνισμό, να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π., προκειμένου να ασκήσει την επιβαλλόμενη από το νόμο αρμοδιότητά της. (...) ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ ... Αναπέμπει την υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π., προκειμένου να ασκήσει την επιβαλλόμενη στο νόμο αρμοδιότητά της. (...)».

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

1.800,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης και χωρίς ΦΠΑ ποσού 359.994,63 €.

3. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ.Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων των υπηρεσιών του για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών από την υπογραφή της, με δυνατότητα παράτασης μέχρι ένα (1) έτος συνολικής εκτιμώμενης αξίας 539.991,94 €, χωρίς ΦΠΑ (εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για τα δύο (2) πρώτα έτη 359.994,63 €, χωρίς ΦΠΑ, και εκτιμώμενη αξία του ενός (1) έτους του δικαιώματος προαίρεσης 179.997,31 €, χωρίς ΦΠΑ) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, αναρτήθηκε δε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 07.12.2020, έλαβε ΑΔΑΜ, και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το Υπουργείο Ανάπτυξης και Επενδύσεων ασκεί ως αναθέτουσα αρχή, καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, η δε ΑΕΠΠ, ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε την 01.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 24.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρ. 361, παρ. 1 και 362, παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και στα άρ. 4, παρ. 1, εδ. α' και 8, παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθότι έχει συμμετάσχει στην εν θέματι διαδικασία με την υποβολή προσφοράς και, επομένως, εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλομένης απόφασης, κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

7. Επειδή στις 02.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

8. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1671/2021 Πράξη του Αναπληρωτή Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η πρώτη παρεμβαίνουσα άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, παρέμβαση προς αντίκρουση της προσφυγής στις 07.07.2021, ήτοι εντός δεκαήμερου από την κοινοποίηση σε αυτήν της προσφυγής, και με έννομο συμφέρον, καθώς τα έννομα συμφέροντά της θίγονται, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 08.07.2021 στους ενδιαφερόμενους, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Με την παρέμβασή της, για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρονται σε αυτήν, ζητεί αυτή να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

10. Επειδή η δεύτερη παρεμβαίνουσα άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, παρέμβαση προς αντίκρουση της προσφυγής στις 12.07.2021, ήτοι εντός δεκαήμερου από την κοινοποίηση σε αυτήν της προσφυγής, και με έννομο

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

συμφέρον, καθώς τα έννομα συμφέροντά της θίγονται, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής, ως έχουσα ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 13.07.2021 στους ενδιαφερόμενους, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Με την παρέμβασή της, για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρονται σε αυτήν, ζητεί αυτή να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αρ. πρωτ. στις 15.07.2021, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, επί της προσφυγής προς την ΑΕΠΠ και τους ενδιαφερόμενους. Με τις απόψεις της, για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρονται σε αυτές, ζητεί την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

12. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 19.07.2021, αυθημερόν δε απέστειλε αυτό και με ηλεκτρονικό μήνυμα στην ΑΕΠΠ και το οποίο η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 22.07.2021 στους ενδιαφερόμενους, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Με το υπόμνημά της, για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρονται σε αυτό, αιτείται να γίνει δεκτό τόσο αυτό, όσο και η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της.

13. Επειδή η πρώτη παρεμβαίνουσα κατέθεσε υπόμνημα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 02.08.2021, ήτοι εκπροθέσμως, συνεπώς δεν λαμβάνεται υπόψη από το κρίνον την προσφυγή Κλιμάκιο.

14. Επειδή παρήλθε η κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ και η σχετική προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε σιωπηρώς, σύμφωνα και με το υπ' αρ. ΕΞΕ ΤΑΥ 5319/08.09.2021 έγγραφο της αν. προϊσταμένης του Τμήματος Γραμματείας Κλιμακίων.

15. Επειδή με την υπ' αρ. 440/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΓ') που εκδόθηκε επί της από 06.09.2021 με ANM 647/2021 αίτησης αναστολής εκτέλεσης της προσφεύγουσας, η υπόθεση αναπέμφθηκε στην ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

16. Επειδή, με την υπ' αρ. 3025/2021 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε εκ νέου Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης.

17. Επειδή με την προσβαλλομένη με θέμα «Αξιολόγηση δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών - οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου σύναψης σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης κτιρίων για τις ανάγκες του, Διακήρυξη(α/α ΕΣΗΔΗΣ)» αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η μη αποδοχή του από 20.04.2021 4^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών και η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας διότι η προσφεύγουσα «...υπέβαλε ανακριβή υπεύθυνη δήλωση (ΕΕΕΣ) ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, ο οποίος κατέστη υποχρεωτικός για την αναθέτουσα αρχή καθότι συμπεριλήφθηκε στην παρ. 2.2.3.3 της με αρ.διακήρυξης. Συγκεκριμένα, στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» απάντησε αρνητικά. Ωστόσο η εταιρία («.....») η οποία υπέβαλε προσφορά στον με α/α ΕΣΗΔΗΣ ηλεκτρονικό διαγωνισμό αποτελεί, όπως προκύπτει και από την απλή εξέταση στοιχείων που είναι αναρτημένα στο διαδίκτυο και στην ιστοσελίδα αυτής, μαζί με τις εταιρίεςτον όμιλο επιχειρήσεων «.....». Σύμφωνα δε με τη με αρ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού στην εταιρεία «.....» (και διακριτικό τίτλο «.....») επιβλήθηκε πρόστιμο ύψους διακοσίων πενήντα έξι χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ και πενήντα επτά λεπτών (€256.750,57) λόγω παράβασης του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και 1 του ν. 703/1977. Με δεδομένο ότι όσες επιχειρήσεις συγκροτούν όμιλο επιχειρήσεων είναι εξ' ορισμού συνδεδεμένες (ν. 4172/2013 και ν. 4308/2014) βρίσκει στη συγκεκριμένη περίπτωση εφαρμογή η κάμψη της αρχής της αυτοτέλειας της νομικής προσωπικότητας προκειμένου να μην υπάρξει καταστρατήγηση της νομοθεσίας προς όφελος του ιδιώτη επιχειρηματία. Συνεπώς η εταιρεία όφειλε να δηλώσει ότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό της εφόσον η υπαγωγή στη διευθέτηση και η επιβολή της κύρωσης έχει λάβει χώρα εντός τριετίας από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού. Επιπλέον, η κατά τα ανωτέρω ανακριβής δήλωση του οικονομικού φορέα περί μη συνδρομής

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

λόγου αποκλεισμού του από το διαγωνισμό συνιστά ουσιώδης έλλειψη της προσφοράς, που συνέχεται με τα κριτήρια αποκλεισμού και για το λόγο αυτό δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016.»

18. Επειδή η προσφεύγουσα, με το μόνο λόγο της προσφυγής της, ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα η προσβαλλομένη δεν δέχθηκε την κρίση και αιτιολογία της Επιτροπής του Διαγωνισμού περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό της διαλαμβάνοντας ότι η προσφεύγουσα με την επωνυμία «.....» με την έτερη ανώνυμη εταιρία «.....», στην οποία και έχει επιβληθεί η υπ' αρ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού «συγκροτούν όμιλο επιχειρήσεων (και) είναι εξ' ορισμού συνδεδεμένες (ν. 4172/2013 και ν. 4308/2014). Για το λόγο αυτό βρίσκει στη συγκεκριμένη περίπτωση εφαρμογή η κάμψη της αρχής της αυτοτέλειας της νομικής προσωπικότητας προκειμένου να μην υπάρξει καταστρατήγηση της νομοθεσίας προς όφελος του ιδιώτη επιχειρηματία. Συνεπώς η εταιρεία όφειλε να δηλώσει ότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό της εφόσον η υπαγωγή στη διευθέτηση και η επιβολή της κύρωσης έχει λάβει χώρα εντός τριετίας από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού.». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι δύο εταιρίες, η «.....» –που, όπως αναφέρει, μετονομάστηκε σε «.....» και τροποποιήθηκε ο διακριτικός της τίτλος από «.....» σε «.....», προς τούτο δε υπέβαλε την από 21.06.2021 δήλωση οψιγενούς μεταβολής κατ' αρ. 104 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 μέσω ΕΣΗΔΗΣ- (η προσφεύγουσα) και η «.....» αποτελούν όλως αυτοτελή και διακριτά νομικά πρόσωπα με διαφορετική νόμιμη εκπροσώπηση και σύνθεση του Δ.Σ. αυτών, όπως ειδικότερα αναφέρεται στην προσφυγή, σύμφωνα με την αρχή της αυτοτέλειας των νομικών προσώπων, επικαλούμενη την υπ' αρ. 1060, 1061, 1062/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ και την υπ' αρ. πρωτ. 7114/04.08.2020 επιστολή της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Αναφορικά δε με την αρ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ισχυρίζεται ότι αυτή εξεδόθη στο πλαίσιο της διαδικασίας διευθέτησης της διαφοράς του άρθρου 2α του Ν. 3959/2011 στο οποίο επέλεξε να ενταχθεί και η εμπλεκόμενη εταιρία «.....», υποβάλλοντας τη σχετική μνημονευόμενη στην απόφαση αίτηση για υπαγωγή της. Ισχυρίζεται επίσης ότι η παράγραφος 3β του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011 εξαιρείται ρητώς πλέον από την στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού της

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

περίπτωσης γ' της παραγράφου 73 του Ν. 4412/2016 και ότι εν προκειμένω, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 07.12.2020, ενώ το ΕΕΕΣ του συμμετέχοντος έτερου και διακριτού οικονομικού φορέα «.....» υποβλήθηκε στις 22.12.2020, συνεπώς τυγχάνουν εφαρμογής οι τροποποιηθείσες διατάξεις δυνάμει του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019 στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία σε κάθε περίπτωση. Η προσφεύγουσα αναφέρει επίσης το άρθρο 79, παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το Ν. 4635/2019, περί της σχετικής συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ ή αντίστοιχου εντύπου σχετικά με το ως άνω αρ. 44 του Ν. 3959/2011, ως επίσης την υπ' αρ. 1819/2020 απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας που επικύρωσε την υπ' αρ.απόφαση της ΑΕΠΠ και την απόφαση του ΔΕΕ επί της υπόθεσης C-124/2017. Τέλος, αναφέρει ότι ατυχώς συνδέονται δύο επιχειρήσεις και γίνεται επίκληση της άρσης της αυτοτέλειας της νομικής προσωπικότητας που έχει αναπτυχθεί μόνο στο δίκαιο του ανταγωνισμού, ότι το ΔΕΕ δέχεται παγίως τη συμμετοχή στους διαγωνισμούς επιχειρήσεων του ίδιου ομίλου ή την παροχή δάνειας εμπειρίας από θυγατρική. Επίσης, ισχυρίζεται ότι, και αν ακόμη ισχύει η αρχή της αυτοτέλειας, πάντως το βάρος απόδειξης της ύπαρξής της φέρουν οι τυχόν συνδεδεμένες επιχειρήσεις, προεχόντως διότι τέτοια υποχρέωση δεν υφίσταται, αλλά και διότι ο ισχυρισμός αυτός, όπως προβάλλεται, προϋποθέτει αφενός ότι υφίσταται η άμεση σύνδεση (κοινή εκπροσώπηση των εταιριών, ήτοι κοινά μέλη Δ.Σ.) και αφετέρου ότι οι τυχόν συνδεδεμένες επιχειρήσεις συμμετέχουν αμφότερες στον διαγωνισμό, περίπτωση που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Ακόμη, αναφέρει ότι στην απόφαση 721/2020 της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν περιέχεται ρητή κρίση με την οποία να αποδίδεται στην προσφεύγουσας ευθύνη για τις παραβάσεις της, συνεπώς αποτελούν αυθαίρετες εκτιμήσεις της αναθέτουσας αρχής τα σχετικά με την άμεση ή έμμεση σύνδεση των δύο εταιριών, χωρίς να μπορεί να συναχθεί από την επικαλούμενη εκ μέρους της απόφαση οιαδήποτε διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της προσφεύγουσας ή/και στρέβλωση των κανόνων του ανταγωνισμού. Ισχυρίζεται δε ότι δεν θα δύνατο να προβεί η αναθέτουσα αρχή σε ερμηνεία της υπ' αρ. 721/2020 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή σε διερεύνηση του ζητήματος της σύνδεσης και

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

της νομικής διαδοχής με βάση τους κανόνες που έθεσε η Επιτροπή Ανταγωνισμού διότι η διαγωνιστική διαδικασία δεν συνιστά συνέχεια της διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, καθόσον δεν έχει ως στόχο την διακρίβωση παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού, αλλά της εξασφάλισης της συναλλαγής της αναθέτουσας αρχής με αξιόπιστους οικονομικούς φορείς. Επίσης, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι δεν είχε οιαδήποτε υποχρέωση δήλωσης στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της στρέβλωσης του ανταγωνισμού (περ. γ') ή της διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, αντίθετη δε εκδοχή, κατά την οποία η προσφεύγουσα θα όφειλε, ενόψει των δεδομένων της συγκεκριμένης υπόθεσης, να απαντήσει θετικά στα ερωτήματα του ΕΕΕΣ της αναφορικά με τη διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος ή/και στρέβλωσης του ανταγωνισμού, θα οδηγούσε στο άτοπο αποτέλεσμα να μην είναι πλέον σε θέση να αποδείξει την αξιοπιστία της κατ' άρθρο 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, εφ' όσον δεν θα είχε λάβει (διότι δεν χρειαζόταν, κατά νόμο, να το πράξει) μέτρα αυτοκάθαρσης για παραβάσεις που ουδέποτε της καταλογίσθηκαν ή της αποδόθηκαν, επικαλούμενη και την υπ' αρ. 1005/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ. Ακόμη, ισχυρίζεται ότι η αναφερόμενη από την πρώτη παρεμβαίνουσα απόφαση υπ' αρ. 1252/2020 σε σχετικό υπόμνημα προς την αναθέτουσα αρχή δεν σχετίζεται με την υπό κρίση περίπτωση, διότι, σύμφωνα με αυτήν, απαιτείται να υφίσταται κοινή εκπροσώπηση των εταιριών ή ατομικών επιχειρήσεων, προκειμένου να στοιχειοθετηθεί ο λόγος αποκλεισμού περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Επίσης, αναφέρει ότι, στην ίδια απόφαση 721/2020, η Επιτροπή Ανταγωνισμού επέβαλε διακριτά πρόστιμα σε εταιρίες που συνιστούν όμιλο, ρητά μνημονεύοντας τούτο σε αυτήν.

19. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αρ. πρωτ. 78961/15.07.2021 απόψεις της, μεταξύ άλλων, ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα και η «.....» αποτελούν συνδεδεμένες επιχειρήσεις και ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση κρίνεται ότι κάμπτεται η αρχή της αυτοτέλειας της νομικής προσωπικότητας της προσφεύγουσας, επιπλέον δε ότι όφειλε να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ της το παράπτωμα που κρίθηκε για την ως άνω εταιρία με την υπ' αρ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού ως να είχε διαπραχθεί από την ίδια.

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

20. Επειδή, η πρώτη παρεμβαίνουσα, με την παρέμβασή της ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι με ορθή αιτιολογία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και ισχυρίζεται ότι οι διοικήσεις της προσφεύγουσας και της «.....» ελέγχονται από τη σύστασή τους μέχρι και σήμερα από τα ίδια πρόσωπα ή μέλη των οικογενειών αυτών, ότι η άρρηκτη σύνδεσή τους επιβεβαιώνεται από τη σχεδόν ίδια επωνυμία, το ίδιο διακριτικό σήμα, ότι ανήκουν σε κοινό όμιλο, ότι διαθέτουν κοινό ασφαλιστήριο συμβόλαιο, ότι υπογράφουν της επιχειρησιακής συλλογικής σύμβασης της προσφεύγουσας υπογράφεται από άτομο συγγενικό με τον αντίστοιχο της ως άνω εταιρίας, ότι διαθέτουν κοινή άδεια εκμετάλλευσης δικαιωμάτων χρήσης ραδιοσυχνοτήτων και ότι στην ιστοσελίδα της εταιρίας στα στοιχεία επικοινωνίας αναφέρεται η έδρα της έτερης ως άνω εταιρίας.

21. Επειδή, η δεύτερη παρεμβαίνουσα, με την παρέμβασή της, ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, ότι η προσφεύγουσα και η «.....» αποτελούν συνδεδεμένες επιχειρήσεις, μέλη του ίδιου ομίλου και ότι χρησιμοποιούν ως προκάλυμμα την αρχή του διαχωρισμού των νομικών προσώπων, ενώ ως μέλη του ίδιου ομίλου, είναι πλήρως συνδεδεμένες, ότι θα πρέπει να γίνει δεκτός ο παραμερισμός της αυτοτέλειας των εν λόγω νομικών προσώπων, ότι η προσφεύγουσα όφειλε να ενημερώσει για το σχετικό πρόστιμο την αναθέτουσα αρχή, ότι η δήλωσή της στο ΕΕΕΣ είναι ανακριβής και ορθώς αποκλείστηκε και ότι θα πρέπει να γίνει δεκτός ο παραμερισμός της αυτοτέλειας των εν λόγω νομικών προσώπων.

22. Επειδή το άρ. 73 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», όπως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, όριζε ότι « ... 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 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 ... (...)

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

6. (...) 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.».

23. Επειδή το άρ. 79, παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, όριζε ότι «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από 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 των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν (...)

Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών.

Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

παράγραφος 4 περίπτωση ζ` ή/και θ` του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου.»

24. Επειδή το άρ. 104 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ` της παρ.3 του άρθρου 105. 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 έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80.»

25. Επειδή το άρ. 2.2.3.3 της υπ' αρ.Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής ορίζει ότι «2.2.3.3 Αποκλείεται από την συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (...) γ) εάν, με την επιφύλαξη της 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».

26. Επειδή το άρ. 2.2.3.4 της υπ' αρ.Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής ορίζει ότι «2.2.3.4 Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις.»

27. Επειδή το άρ. 2.2.3.5 της υπ' αρ.Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής ορίζει ότι «Ο οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1., 2.2.3.2. περίπτωση γ' και 2.2.3.3 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 σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση.».

28. Επειδή το άρθρο 2.2.3.6 της υπ' αριθ.Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής ορίζει ότι «Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016».

29. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη που διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά अपараδέκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

30. Επειδή, 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 πλήρη γνώση όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης της περί της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζομένου στο κατάλληλο στάδιο του διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτόν διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως 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 έλεγχο και διαπίστωση της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3 της υπ' αρ.Διακήρυξης στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου, κατ' εκτίμηση των παρατιθέμενων από αυτόν στοιχείων, είναι ο χρόνος υποβολής του ΕΕΕΣ, αυτός είναι και ο κρίσιμος χρόνος γενέσεως του, διαφορετικού και αυτοτελούς, λόγου αποκλεισμού (πρβλ. ΣΤΕ 754/2020, σκ. 13).

31. Επειδή, σύμφωνα με τις ως ανωτέρω ταυτόσημες διατάξεις του Ν. 4412/2016 και της υπ' αρ. Διακήρυξης (άρ. 73 και άρ. 2.2.3.3 και 2.2.3.4, αντίστοιχα), σε περίπτωση που, με την επιφύλαξη της 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, οφείλει να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, καθότι η σχετική διάταξη συμπεριελήφθη στους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού της Διακήρυξης. Η γέννηση του ως άνω λόγου αποκλεισμού, στην περίπτωση που η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου δια του ΕΕΕΣ αφορά στη συμμετοχή του σε αντανταγωνιστικές συμπράξεις, δεν εμποδίζεται από το

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

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. 3α,β του ν. 3959/2011 (Α' 93). Και τούτο, διότι τυχόν απαλλαγή από τις εν λόγω συνέπειες, ανεξαρτήτως του κατά τις ως άνω διατάξεις ειδικότερου περιεχομένου της, δεν καταργεί πάντως την ειδική υποχρέωση του οικονομικού φορέα, που απορρέει από τη Διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού, να δηλώσει με ακρίβεια στην αναθέτουσα αρχή, ως έχουσα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 19.06.2019, Meca Srl κατά Comune di Napoli, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 28), την κατάστασή του σε σχέση με τον λόγο που προβλέπεται στο άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ' της οδηγίας 2014/24 (και τα άρθρα 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016 και 2.2.3.3 της Διακήρυξης), ούτε αίρει τις συνέπειες της υποβολής τυχόν ανακριβούς δηλώσεως.

32. Επειδή, με την υπ' αρ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού που δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Β' 5992/30.12.2020, επεβλήθη πρόστιμο στην εταιρία με την επωνυμία «.....» (και διακριτικό τίτλο «.....»), λόγω παράβασης των άρ. 1 του Ν. 3959/2011 και 1 του Ν. 703/1977. Σύμφωνα με τα στοιχεία που είναι δημοσιευμένα και αναρτημένα στο ΓΕΜΗ, η εν λόγω εταιρία έχει ΑΦΜ, εδρεύει στο, στην οδό, αρ., με Διοικητικό Συμβούλιο αποτελούμενο από τους,και Βαρβάρα, ενώ η προσφεύγουσα έχει ΑΦΜ, εδρεύει στο, στην οδό, αρ., με Διοικητικό Συμβούλιο αποτελούμενο από τους,και, επομένως πρόκειται για δύο διακριτές εταιρίες. Συναφώς, όπως αναφέρεται στην υπ' αρ. πρωτ. επιστολή του Προέδρου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που προσκομίσθηκε με την προσφυγή και το υπόμνημα της προσφεύγουσας, η τότε υποβληθείσα σχετική Εισήγηση που θα συζητείτο στις 24.09.2020, και επί της οποίας εξεδόθη η ως άνω απόφαση, αφορούσε σε παραβίαση των άρ. 1 του Ν. 3959/2011 και 1 του Ν. 703/1977 από την εταιρία «.....», για τη δε προσφεύγουσα, υπό την επωνυμία τότε «.....», αναφέρεται επί λέξει ότι «δεν αποτελεί εμπλεκόμενο μέρος των παραβάσεων που εντοπίζονται με βάση τη

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

σχετική εισήγηση της ΓΔΑ, ούτε εκκρεμεί σε βάρος της καταγγελία ενώπιον της Υπηρεσίας». Επομένως, η αρμόδια Επιτροπή Ανταγωνισμού, με την ως άνω επιστολή, διευκρίνισε ότι η προσφεύγουσα ουδόλως εμπλέκεται με την εκεί αναφερόμενη υπόθεση, επί της οποίας μετέπειτα εξεδόθη η υπ' αρ. 721/2020 απόφαση. Με την ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διαπιστώθηκε ότι η ανωτέρω, διακριτή από την προσφεύγουσα, εταιρία με την επωνυμία «.....» υπέπεσε σε παράβαση των άρ. 1 του Ν. 3959/2011 και 1 του Ν. 703/1977, και δεν διαπιστώθηκε ότι η προσφεύγουσα ή κάποιο πρόσωπο που, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, ήταν μέλος του Δ.Σ. αυτής, συνήψε συμφωνίες με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (βλ. και *ad hoc* υπ' αρ. 1005/2021 απόφ. ΑΕΠΠ, σκ. 29 και ΔΕφΑθηνών 298/2021, σκ. 10). Εξάλλου, όπως έχει κριθεί (βλ. ΟΛΣΤΕ 1819/2020, σκ. 32), τότε μόνον συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο συμμετέχοντος, αν ο ίδιος ή μέλος του, αν πρόκειται για ένωση προσώπων, έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού και όχι άλλοι, τρίτοι φορείς, με τους οποίους μπορεί να συνδέεται με οιονδήποτε τρόπο, όπως π.χ. οι θυγατρικές του. Τούτο δε, διότι, σε σχέση με τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού που αφορούν επαγγελματικά παραπτώματα, στα οποία συστηματικά εντάσσονται και οι παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού, έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 2/2019, σκ. 22) ότι δεν είναι νόμιμη η διεύρυνσή τους, αφού οι οικείες διατάξεις απαριθμούν κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους, βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού φορέα από την συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους απόρροιας των επαγγελματικών του ιδιοτήτων. Ούτε άλλωστε θα μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να προβεί, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι διαδικασίας ανεξάρτητης από την διαδικασία που διεξάγεται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, σε ερμηνεία της απόφασης της τελευταίας ή σε διερεύνηση του ζητήματος της σύνδεσης και της νομικής διαδοχής, με βάση τους κανόνες που έθεσε η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Η δε διαγωνιστική διαδικασία δεν έχει στόχο τη διακρίβωση παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού, αλλά της εξασφάλισης της συναλλαγής της αναθέτουσας αρχής με αξιόπιστους οικονομικούς φορείς, η δε οικονομική έννοια της επιχείρησης του δικαίου του ανταγωνισμού διακρίνεται από την έννοια του οικονομικού φορέα της οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

Συνεπώς, λαμβάνοντας υπόψη ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού, κατά την ενάσκηση της αρμοδιότητάς της, δεν διαπίστωσε ρητώς, στην ως άνω απόφασή της, ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε σε παράνομη σύμπραξη με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ουδόλως σε αυτή δύνανται να αποδοθούν παραβάσεις που αφορούν σε εταιρία διάφορη αυτής. Εξάλλου, έχει κριθεί ότι (βλ. ΟΛΣΤΕ 1819/2020, σκ. 33), σε περίπτωση που έχουν διαπιστωθεί από την αρμόδια αρχή ανταγωνισμού οι σχετικές παραβάσεις, ανήκει στην αρμοδιότητα της τελευταίας η επέκταση της ευθύνης στη μητρική εταιρία, ουδόλως δε υφίσταται κάποια σχετική αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί των παρεμβαινουσών και της αναθέτουσας αρχής απορρίπτονται ως αβάσιμοι.

33. Επειδή, σε αντίθετη, κατά τα ως άνω, εκδοχή, ως αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της και η πρώτη παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της, κατά την οποία η προσφεύγουσα θα έπρεπε να απαντήσει θετικά στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, αν και δεν της έχει αποδοθεί ρητώς παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, θα οδηγούσε στο άτοπο αποτέλεσμα να μην είναι πλέον σε θέση να αποδείξει την αξιοπιστία της, κατ' άρθρο 73, παρ. 7 Ν. 4412/2016, εφ' όσον δεν θα είχε λάβει (διότι δεν χρειαζόταν, κατά νόμο, να το πράξει) μέτρα αυτοκάθαρσης για παραβάσεις που ουδέποτε της καταλογίσθηκαν ή της αποδόθηκαν (πρβλ. ΣΤΕ ΟΛ 1819/2020, σκ. 33).

34. Επειδή, όπως έχει νομολογιακώς κριθεί, λόγος αποκλεισμού συντρέχει στο πρόσωπο του συμμετέχοντος αν ο ίδιος ή μέλος του, αν πρόκειται για ένωση προσώπων, έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού και όχι άλλοι, τρίτοι φορείς, με τους οποίους μπορεί να συνδέεται με οιονδήποτε τρόπο (λ.χ. θυγατρικές). Δεν είναι δε νόμιμη η διεύρυνση των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού που αφορούν επαγγελματικά παραπτώματα, στα οποία συστηματικά εντάσσονται και οι παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού, καθότι οι οικείες διατάξεις απαριθμούν κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους, βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού φορέα από την συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους απτόμενους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων, τα

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

δε κράτη μέλη εμποδίζονται να συμπληρώνουν τον κατάλογο που περιέχει η εν λόγω οδηγία με άλλους λόγους αποκλεισμού, σχετικά με την επαγγελματική ιδιότητα (πρβλ. ΣΤΕ Ολ 1819/2020, σκ. 32). Συναφώς, δεν θα μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να προβεί καθ' οιονδήποτε τρόπο σε ερμηνεία της υπ' αρ. 721/2020 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, πόσο μάλλον σε διερεύνηση της σύνδεσης και νομικής διαδοχής, με βάση τους κανόνες που έθεσε η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Λαμβάνοντας υπόψη ότι η, μόνη, κατά νόμο, αρμόδια να διαπιστώσει παραβίαση των άρ. 1 του Ν. 3959/2011 και 1 του Ν. 703/2011 και να επιβάλει σχετικό πρόστιμο, Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν έκρινε ότι η προσφεύγουσα έχει προβεί σε τέτοια παραβίαση, σύμφωνα με την ως άνω απόφασή της, δεν υπείχε οιαδήποτε υποχρέωση περί καταφατικής απάντησης στο σχετικό με την στρέβλωση ανταγωνισμού πεδίο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της (βλ. και *ad hoc* υπ' αρ. 1005/2021 απόφ. ΑΕΠΠ και ΔΕφΑθηνών 298/2021).

35. Επειδή η εισήγηση γίνεται δεκτή στο σύνολό της.

36. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

37. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το σκέλος αυτής που αποφασίζει τη μη αποδοχή του 4^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών της υπ' αρ.Διακήρυξης, κατά το μέρος που γνωμοδοτεί υπέρ της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Απορρίπτει την πρώτη παρέμβαση.

Απορρίπτει τη δεύτερη παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης : Σ 25/2022

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου ποσού 1.800,00 ευρώ με κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30.12.2021 και εκδόθηκε στις 10.01.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ