

Η

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

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 27^η Ιουνίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος,
Μέλη

Για να εξετάσει την από 20-5-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ) 609/22-5-2019, της εταιρείας με την επωνυμία, με έδρα στη
....., οδός, αριθ. όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά της, (αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στην,
....., αριθ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία, με τον
διακριτικό τίτλο....., που εδρεύει στο, οδός αριθ.
.....και, όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά: ι) Να
ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1111/2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την
οποία αποφασίστηκε να κληθεί η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος του
έργου ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΔΗΜΟΥ-ΕΡΓΑ ΕΝΙΣΧΥΣΗΣ
ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΟΥ ΣΥΛΛΕΚΤΗΡΑ Σ7 όπως προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία
σχετικά με την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της και ιι) Να αποκλεισθεί του
διαγωνισμού η προσφορά της παρεμβαίνουσας, και ιιι) Να επιστραφεί το
καταβληθέν παράβολο.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της
προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, ύψους 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με ένδειξη κατάστασης «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», και το από 20-5-2019 αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του παραπάνω ποσού στην Alpha Bank).

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή διακήρυξε ανοικτή διαδικασία μέσω του ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΔΗΜΟΥ-ΕΡΓΑ ΕΝΙΣΧΥΣΗΣ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΟΥ ΣΥΛΛΕΚΤΗΡΑ Σ7», CPV :, εκτιμώμενης αξίας 3.850.000,00 € χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) (άρθρο 14 της διακήρυξης).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε την 27-12-2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως νόμιμα και παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα, και η με τις προσφορές τους υπ' αριθ. 110914, 108585, 107218 και 107459 αντίστοιχα, οι οποίες κατατέθηκαν όλες την 4-2-2019.

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

6. Επειδή, με την υπ' αριθ. 446/2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής (συνεδρίαση 9^η /19-2-2019 της Οικονομικής Επιτροπής) εγκρίθηκε το με αριθ. 1/8-2-2019 Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο, την 8-2-2019 αποσφραγίστηκαν οι φάκελοι με τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Οικονομική Προσφορά των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων, και συνετάγη ο κατάλογος μειοδοσίας στον διαγωνισμό με πρώτη μειοδότη την παρεμβαίνουσα και δεύτερη την προσφεύγουσα, με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης επί του ποσού του προϋπολογισμού 46,97% και 42,25 % αντιστοίχως, εν συνεχεία δε κατετάγησαν η με 39,75% και η με 23,16%. Ακολούθως η Επιτροπή διαπίστωσε ότι «...όλοι οι Οικονομικοί Φορείς υπέβαλλαν ορθώς και εγκαίρως όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ... η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, είναι η προσφορά ...» της παρεμβαίνουσας και εισηγήθηκε «...την ανάθεση της σύμβασης (ανάδειξη προσωρινού αναδόχου) ..» στην παρεμβαίνουσα «..με ποσοστό μείωσης έκπτωσης προσφοράς (Εμ) 46,97 % και Σύνολο Δαπάνης του Έργου κατά την προσφορά 2.112.102,04 € (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ)...» Η απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και το σχετικό Πρακτικό 1 κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 4-3-2019, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

7. Επειδή με το υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 76062/15-3-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, που κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην παρεμβαίνουσα μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, κλήθηκε όπως υποβάλει ηλεκτρονικά σύμφωνα με το άρθ. 4.2 της διακήρυξης, «...εντός είκοσι (20) ημερών ήτοι έως την 08/04/2019...τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης...» Όπως προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας ως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε ηλεκτρονικά την 4-4-2019 διάφορα δικαιολογητικά, μεταξύ των οποίων και η από 4-4-2019 υπεύθυνη δήλωσή της σύμφωνα με την οποία «..Η εταιρεία δεν έχει βρεθεί και δεν βρίσκεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις του άρθρου 22.Α.4. της Διακήρυξης του ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

έργου: ...γ) δεν έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την απόφαση ΑΕΠΠ 1082/2018
(http://www.aerpprocurement.gr/images/Aprofaseis/Aprofaseis_2018/Aprofasi-1082-2018.pdf) η σχετική δήλωση στο ΕΕΕΣ αφορά την κάθε φορά διενεργούμενη διαγωνιστική διαδικασία και ως εκ τούτου η εταιρεία μας ορθώς έχει σημειώσει ΟΧΙ στην σχετική δήλωση («Ωστόσο, η περίπτωση γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, επί της οποίας η προσφεύγουσα στηρίζει τον πρώτο λόγο προσφυγής της, δεν αφορά σε τυχόν συμφωνίες που συνήψε ο υποψήφιος με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά το παρελθόν και δη σε διαδικασίες ανάθεσης διάφορες από την εν προκειμένω σε εξέλιξη ευρισκόμενη διαδικασία. Η εν λόγω διάταξη αφορά και αναφέρεται αποκλειστικά στη διαδικασία ανάθεσης για την οποία προσφεύγει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας.». Ενόψει των ανωτέρω λεχθέντων, τόσο η περιληφθείσα στο ΕΕΕΣ δήλωσή μας, όσο και η παρούσα έχουν σαφέστατα αρνητικό περιεχόμενο. (Η εταιρεία μας ΔΕΝ έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού). Απλώς για λόγους ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής, επισημαίνουμε και τα ακόλουθα: με την απόφαση 674/2018 της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού διαπιστώθηκε παράβαση εκ μέρους της εταιρείας μας του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 για το χρονικό διάστημα από 01-03-2011 μέχρι και 14-03-2011 και μας επεβλήθη πρόστιμο ύψους 35.723,71€. Σε κάθε περίπτωση, δηλαδή, δεν συντρέχει κώλυμα συμμετοχής μας ή λόγος αποκλεισμού μας δεδομένου ότι το γεγονός παράβασης του ανταγωνισμού έλαβε χώρα σε χρόνο απώτερο των τριών ετών από την ημερομηνία του διαγωνισμού, όπως προβλέπει το άρθρο 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016, όπως η παρ. αυτή προστέθηκε με το άρθρο 107 παρ.9 Ν.4497/2017, ΦΕΚ Α 171/13.11.2017. Επίσης ενημερωτικά, η εταιρεία μας έχει λάβει τα εξής επανορθωτικά μέτρα: γ.α) έχει καταβάλει το διοικητικό πρόστιμο που της επιβλήθηκε με την υπ' αριθμ. 674/2018 της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού. γ.β) έχει διευκρινίσει τα σχετικά με την παράβαση του

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

ανταγωνισμού γεγονότα και περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, όπως προκύπτει από την οικειοθελή συμμετοχή της στην διαδικασία διευθέτησης και των ειδικότερα αναφερομένων στην ως άνω απόφαση της Ε.Α. γ.γ) Πιστοποιήθηκε κατά ISO 37001:2016 ότι έχει αναπτύξει και εφαρμόζει σύστημα διαχείρισης κατά της δωροδοκίας και της διαφθοράς στην ανάληψη και εκτέλεση δημοσίων έργων. γ.δ) Έχει υιοθετήσει με απόφαση Δ.Σ. Κώδικα Δεοντολογίας με αναφορά στην υποχρεωτική τήρηση των κανόνων του ανταγωνισμού. Ο εν λόγω Κώδικας Δεοντολογίας έγινε αποδεκτός από όλα τα στελέχη και τους εργαζομένους της εταιρείας και αποτελεί πλέον τμήμα των οικείων συμβάσεων εργασίας. γ.ε) Σε όλες τις νέες συμβάσεις εργασίες ο ως άνω Κώδικας Δεοντολογίας έχει ενσωματωθεί ως αναπόσπαστο μέρος που πρέπει να γίνει αποδεκτό από το νέο εργαζόμενο. γ.στ) Διορίστηκε εξωτερικός ελεγκτής συμμόρφωσης με το δίκαιο του ανταγωνισμού. γ.ζ) Δόθηκε εντολή σε εξωτερικό νομικό σύμβουλο για διενέργεια έκτακτων καθώς και τακτικών δειγματοληπτικών ελέγχων σε δράσεις της εταιρείας προκειμένου να διαπιστωθούν και αποκατασταθούν τυχόν ελλείψεις ή σφάλματα. Τα ανωτέρω σε συνδυασμό με τον ελάχιστο χρόνο της διαπιστωθείσας παράβασης, την χρονική απόσταση και τον μεμονωμένο χαρακτήρα της παράβασης συνιστούν υπερεπαρκή επανορθωτικά μέτρα που αποδεικνύουν την αξιοπιστία μας. ...ε) δεν βρίσκεται σε κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 48 του ν. 4412/2016 (στ) δεν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ζ) κανένα από τα μέλη που απαρτίζουν την εταιρεία δεν έχει κριθεί ένοχο σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές και είναι σε θέση να προσκομίσει τα

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της Διακήρυξης, (η) δεν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να της αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, (θ) δεν έχουμε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο να θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητα μας...»

8. Επειδή την 11-4-2019 συνεδρίασε η Επιτροπή Διαγωνισμού και εξέδωσε το 2^ο ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ, με το οποίο αφού κρίθηκε ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε εμπροθέσμως και προσηκόντως τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, εν συνεχεία «..διαπιστώθηκε: i. Η ακρίβεια των στοιχείων που δηλώθηκαν με τα ΤΕΥΔ ii. Το νόμιμο και εμπρόθεσμο της υποβολής τους iii. Αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής του σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 ...η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγείται ομόφωνα την κατακύρωση της σύμβασης ...» στην παρεμβαίνουσα.

9. Επειδή, με την υπ' αριθ. 1111/2019 ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής (23^η /23-4-2019 συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής) δεν εγκρίθηκε το 2^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, αλλά αποφασίστηκε η «..αναβολή του θέματος προκειμένου να καλεστεί ο Ανάδοχος να προσκομίσει στοιχεία σύμφωνα με την παρ. 6-9 αρθ. 73 του Ν. 4412/16 τα οποία να αποδεικνύουν ότι έχει λάβει επανορθωτικά μέτρα επαρκή για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του...» Η προσβαλλόμενη απόφαση με τα Πρακτικά 1^ο και 2^ο κοινοποιήθηκαν την 9-5-2019 στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα την 20-5-2019, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και κοινοποιήθηκε την 22-5-2019 στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου,

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

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.

11. Επειδή την 21-5-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. παρ. 1 περ. (α) του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, με μήνυμα μέσω της *επικοινωνίας* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

12. Επειδή σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. 209232/21-5-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, που κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην παρεμβαίνουσα μέσω της *επικοινωνίας* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού «...Σε συνέχεια της υπ' αριθμ. 1111/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής Περιφέρειας Αττικής και της υπ' αριθμ. 674/2018 Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού καθώς και των αναφερόμενων στις παραγράφους 7 έως 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, καλείστε όπως εντός χρονικής προθεσμίας δεκαπέντε (15) ημερολογιακών ημερών να προσκομίσετε στοιχεία προκειμένου να αποδείξετε ότι έχετε λάβει επανορθωτικά μέτρα επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας σας, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού σας, βάσει της ως άνω Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού ...» Όπως προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας ως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα σε συμμόρφωση και εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή, μέσω της «*επικοινωνίας*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την 5-6-2019 διάφορα δικαιολογητικά.

13. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της κατακύρωσης της προμήθειας στην παρεμβαίνουσα, και παραδεκτώς, ασκήθηκε την 30-5-2019 η με αριθ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 489/2019 παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο κατ' άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017 τρόπο κατάθεσης στην «*Επικοινωνία*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποίηση αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της παρεμβαίνουσας.

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

14. Επειδή την 5-6-2019 η αναθέτουσα αρχή : i) Κοινοποίησε με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού το με αριθ. πρωτ. 254283/5-6-2019 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, ii) Ειδοποιώντας αυθημερόν περί της ανάρτησης τόσο την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, όσο και τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της *επικοινωνίας* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και iii) Κοινοποίησε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυτό τούτο το με αριθ. πρωτ. 254283/5-6-2019 έγγραφο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 περ. β του ΠΔ 39/2017.

15. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, 365 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 8, 10, 112, 13 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 748/2019 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου *«περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων»*.

16. Επειδή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, και αιτείται την ακύρωση αυτής, επικαλούμενη τον κανονιστικό χαρακτήρα των όρων της διακήρυξης, την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας της ίσης μεταχείρισης, του ανταγωνισμού, το άρθ. 73 παρ. 4 γ), ζ), άρθ. 79 παρ. 1, άρθ. 91, 79^A, 102 του ν. 4412/2016, την Κατευθυντήρια Οδηγία 23 και 15 της ΕΑΑΔΗΣΥ, και τα άρθ. 4.2.δ), 22.Α.4, 22.Α.6, 23, 23.1 της διακήρυξης, το Μέρος III ΤΕΥΔ Τμήμα Γ της διακήρυξης, και την υπ' αριθ. 674/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β 317/8-2-2019). Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία πλημμελώς η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε να καλέσει την παρεμβαίνουσα για προσκόμιση στοιχείων, ενώ αντίθετα όφειλε να απορρίψει την προσφορά της, δεδομένου ότι προέκυψε πως συνέτρεχε στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας λόγος αποκλεισμού από την διαδικασία εξ αιτίας πρότερων συμφωνιών με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, όσο επίσης και διότι ανακριβώς είχε δηλώσει στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε με την προσφορά της ότι δεν *«Έχει συνάψει*

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

...συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», και ιδία ότι «... Η δήλωση αυτή της εταιρίας «.....» είναι ψευδής. Ειδικότερα: Με την υπ' αριθμ. 674/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού που κοινοποιήθηκε στις συμμετέχουσες στην διευθέτηση εταιρίες στις 15.1.2019 και δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Β 317/8.2.2019 επεβλήθη εις βάρος της εταιρίας «.....» πρόστιμο ύψους 35.723,71 €. Τούτο δε διότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού με την εν λόγω απόφασή της είχε προηγουμένως διαπιστώσει ότι η άνω εταιρία μαζί με άλλες εταιρίες που αναφέρονται στην απόφαση είχαν υποπέσει σε παράβαση του άρθρου 1 του Ν. 703/1977 και του άρθρου 1 του Ν. 3959/2011 στην αγορά διαγωνισμών δημοπράτησης δημοσίων έργων του και ειδικότερα του έργου «5ο Λύκειο (Τμ. Α1 και Β)». Συνεπώς και δεδομένου ότι υπάρχει πλήρης απόδειξη και όχι απλή ένδειξη ότι η εταιρία «.....» συνήψε συμφωνίες με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού πρέπει να αποκλεισθεί του διαγωνισμού για τον αμέσως ανωτέρω αναφερόμενο λόγο καθώς και για τον αυτοτελή λόγο του άρθρου 4.2 της διακήρυξης, ήτοι διότι προέβη σε ψευδή δήλωση απαντώντας «ΟΧΙ» στο σχετικό ερώτημα του υποβληθέντος στην αναθέτουσα αρχή ΤΕΥΔ. Η υπ' αριθμ. 1111/2019 προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας που δεν απέκλεισε του διαγωνισμού την εταιρία «.....», μολονότι γνωρίζει ότι έχει συνάψει συμφωνίες για τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και της δήλωσε ψευδώς ότι δεν έχει συνάψει τέτοιες συμφωνίες, έσφαλε και για το λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθεί ή τροποποιηθεί ανάλογα. Σε αυτό το σημείο επισημαίνεται ότι ενόψει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν τη δυνατότητα να καλεί τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις, η υποχρέωση αυτή ωστόσο δεν υφίσταται εφόσον είτε δεν υποβλήθηκαν είτε υποβλήθηκαν μη νομίμως τα σχετικά δικαιολογητικάΣτην κρινόμενη υπόθεση δεν υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει την «.....» προς παροχή διευκρινίσεων, ένεκα του επικείμενου αποκλεισμού της κατ' εφαρμογή της ρητής διάταξης της οικείας διακήρυξης, καθώς η δήλωση της ότι δεν έχει

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

συνάψει συμφωνία με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού είναι απολύτως σαφής και δεν επιδέχεται διαφορετικής ερμηνείας, δεδομένου ότι δεν μπορεί η απάντηση «ΟΧΙ» στο σχετικό ερώτημα να ερμηνευθεί με διαφορετικό τρόπο, τυχόν αντίθετη δε παραδοχή θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της σχετικής δήλωσης του οικονομικού φορέα. Τα αντίθετα δεχθείσα η υπ' αριθμ. 1111/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας έσφαλε και για το λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθεί ή τροποποιηθεί ανάλογα.»

17. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί του μόνου λόγου της προσφυγής, επικαλούμενη την ως άνω από 8-4-2019 υπεύθυνη δήλωση της παρεμβαίνουσας (σκέψη 7), την με αριθ. 674/2018 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 317B/ 08-02-2019), «...ζ) Το αρ. πρωτ. 319/23-05-2019 έγγραφο της Επιτροπής Ανταγωνισμού με το οποίο ενημερώνει ότι ο οικονομικός φορέας «.....» έλαβε γνώση της 674/2018 Απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού την 15-01-2019 με την υπ' αριθμ. 3803/Γ' /15-01-2019 Έκθεση Επίδοσης του Δικαστικού Επιμελητή η) Την υπ' αριθμ. 1082/2019 Απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, που αφορά άλλη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά αναφέρεται στα δικαιολογητικά προσωρινού μειοδότη, στην οποία αναφέρεται ότι : «Ωστόσο, η περίπτωση γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, επί της οποίας η προσφεύγουσα στηρίζει τον πρώτο λόγο προσφυγής της, δεν αφορά σε τυχόν συμφωνίες που συνήψε ο υποψήφιος με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά το παρελθόν και δη σε διαδικασίες ανάθεσης διάφορες από την εν προκειμένω σε εξέλιξη ευρισκόμενη διαδικασία. Η εν λόγω διάταξη αφορά και αναφέρεται αποκλειστικά στη διαδικασία ανάθεσης για την οποία προσφεύγει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας» θ) Την υπ' αριθμ. 291/2019 Πράξη του Ε' κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που αφορά άλλη διαγωνιστική διαδικασία που διενεργείται από την Υπηρεσία μας, και σύμφωνα με την οποία (σκέψη 5) : «...Η αρνητική, όμως, απάντηση που διατυπώθηκε στο σχετικό ερώτημα του υποβληθέντος από αυτή Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας δεν άγει σε άνευ ετέρου αποκλεισμό της από την ελεγχόμενη

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

διαγωνιστική διαδικασία λόγω της ανακριβούς συμπλήρωσης του εν λόγω εγγράφου. Τούτο, διότι το ερώτημα είχε διατυπωθεί κατά τρόπο ώστε να μην καθίσταται σαφές αν ζητείται από το διαγωνιζόμενο να δηλώσει οποιαδήποτε συμφωνία που τυχόν έχει συνάψει στο παρελθόν με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού ή μόνο αυτές που αφορούν στο συγκεκριμένο διαγωνισμό (βλ. τη 1082/2019 Απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» Συνεπώς με βάση τα ανωτέρω, και επειδή : 1. Ο οικονομικός φορέας «.....» ήταν ενήμερος για την Απόφαση 674/2018 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, την ημέρα που υπέβαλε το Έντυπο ΤΕΥΔ. 2. Σύμφωνα με την ως άνω 1082/2019 Απόφαση της Επιτροπής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών κρίθηκε ότι η σχετική δήλωση στο πεδίο Γ του Μέρους ΙΙΙ του Εντύπου ΤΕΥΔ (στρέβλωση ανταγωνισμού) αφορά την κάθε φορά διενεργούμενη διαγωνιστική διαδικασία, και όχι τυχόν άλλες που έχει συνάψει στο παρελθόν. 3. Το γεγονός ότι όσον αφορά το ερώτημα στο πεδίο Γ του Μέρους ΙΙΙ του Εντύπου ΤΕΥΔ, όπως έχει γίνει δεκτό και από συναφή Πράξη του Ε΄ κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου (291/2019) « ... το ερώτημα είχε διατυπωθεί κατά τρόπο ώστε να μην καθίσταται σαφές αν ζητείται από το διαγωνιζόμενο να δηλώσει οποιαδήποτε συμφωνία που τυχόν έχει συνάψει στο παρελθόν με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού ή μόνο αυτές που αφορούν στο συγκεκριμένο διαγωνισμό...» 4. Κατά την προσκόμιση των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών ο «προσωρινός ανάδοχος» υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση, στην οποία ανέφερε την παράβαση του, όπως διαπιστώθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού καθώς και μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει (βλ. Απόψεις της Υπηρεσίας ανωτέρω παρ. δ). Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, η άποψη της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της Περιφέρειας είναι ότι : Η αρνητική απάντηση που διατυπώθηκε στο σχετικό ερώτημα του υποβληθέντος από αυτή ΤΕΥΔ, στο πεδίο Γ του Μέρους ΙΙΙ του Εντύπου ΤΕΥΔ (στρέβλωση ανταγωνισμού) από τον οικονομικό φορέα «.....», δεν άγει σε άνευ ετέρου αποκλεισμό του από την ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία και θα πρέπει η με αριθμό κατάθεσης 609/22-05-2019 ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ της κατά της υπ΄ αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

1111/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της, να απορριφθεί στο σύνολό της. ..»

18. Επειδή η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη την από 8-4-2019 υπεύθυνη δήλωσή της που κατέθεσε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης (σκέψη 7), την υπ' αριθμ. 1082/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ (σκέψη 17), την απόφαση 674/2018 της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, την απόφαση 291/2019 ΕΣ (σκέψη 17), την απόφαση ΣΤΕ ΕΑ 40/2019, το άρθ. 73 παρ. 10, 74 παρ. 2ν. 4412/2016, επανορθωτικά μέτρα που έχει λάβει κατόπιν της με αριθ. 674/2018 απόφασης της ΕΑ, την αρχή της επίκαιρης κατά αυτοτελές στάδιο του διαγωνισμού προσβολής των βλαπτικών πράξεων της αναθέτουσας αρχής, το άρθ. 22.Α.4.γ της διακήρυξης, τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης αναφέρει ότι «...3. Με την **446/2019 απόφασή της** η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Αττικής ανέδειξε την εταιρεία μας προσωρινή ανάδοχο του έργου. Με αυτή την απόφαση **κρίθηκε και η νομιμότητα του υποβληθέντος ΤΕΥΔ μας. Ουδείς - ούτε και η προσφεύγουσα- αμφισβήτησε την ως άνω απόφαση ασκώντας προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αίτηση αναστολής. Επομένως αυτή η απόφαση οριστικοποιήθηκε και δεν δύναται πλέον να προσβληθεί παραδεκτώς....** 4. Με την αυτή ως άνω απόφαση η εταιρεία μας εκλήθη να υποβάλει εντός της ταχθείσας προθεσμίας τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη και τις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η εταιρεία μας ανταποκρίθηκε υποβάλλοντας εμπρόθεσμα τα αιτηθέντα δικαιολογητικά.5. Μεταξύ των δικαιολογητικών που υποβάλαμε ήταν και η από 4-4-2019 υπεύθυνη δήλωσή μας Σε κάθε περίπτωση, δηλαδή, δεν συντρέχει κώλυμα συμμετοχής μας ή λόγος αποκλεισμού μας δεδομένου ότι το γεγονός παράβασης του ανταγωνισμού έλαβε χώρα σε χρόνο απώτερο των τριών ετών από την ημερομηνία του διαγωνισμού, όπως προβλέπει το άρθρο 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016.... **ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ.**Στην προκειμένη περίπτωση, η νομιμότητα του υποβληθέντος ΤΕΥΔ μας, κρίθηκε με την απόφαση 446/2019 της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Αττικής. Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε μαζί με το 1^ο Πρακτικό σε όλους τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό μέσω της πλατφόρμας του Εθνικού

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων την 04-03-2019. Η προσφεύγουσα δεν άσκησε κατά της ως άνω απόφασης, με την οποία οριστικοποιήθηκε η νομιμότητα του υποβληθέντος από εμάς ΤΕΥΔ, ούτε προδικαστική προσφυγή ούτε αίτηση αναστολής κατά τα άρθρα 360 επ. του ν. 4412/2016. Επομένως η προσφεύγουσα απώλεσε οριστικά το δικονομικό της δικαίωμα να ζητήσει τον αποκλεισμό μας για λόγους που αναφέρονται στο υποβληθέν ΤΕΥΔ και στις σε αυτό περιεχόμενες δηλώσεις. Δεδομένου, δε ότι ο ένας και μοναδικός λόγος της προσφυγής της αντιδίκου εδράζεται στη δήθεν παρανομία δήλωσής μας στο υποβληθέν ΤΕΥΔ, καθίσταται φανερό ότι ο λόγος αυτός τυγχάνει απορριπτέος ως απαράδεκτος, ως ανεπικαίρως προβαλλόμενος, όπως και η προδικαστική προσφυγή στο σύνολό της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα δεν δύναται με την ευκαιρία προσβολής της μεταγενέστερης προσβαλλόμενης 1111/2019 απόφασης, να προβάλει λόγους που αφορούν στο ΤΕΥΔ μας, η αξιολόγηση και αποδοχή του οποίου έλαβε χώρα με την προγενέστερη με αριθ. 446/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας, με συνέπεια ανεπικαίρως να προβάλλονται στο παρόν στάδιο της διαδικασίας λόγοι που κατ' ουσίαν αφορούν στο προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού.... **ΜΗ ΕΚΤΕΛΕΣΤΗ Η ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗ ΑΠΟΦΑΣΗ.** 10. Περαιτέρω, με την προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή πράξη ουδόλως λαμβάνεται απόφαση οριστική εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Δι' αυτής αποφασίζεται απλώς επί λέξει η «αναβολή του δέματος προκειμένου να κληθεί ο Ανάδοχος να προσκομίσει στοιχεία σύμφωνα με την παρ. 6-9 αρθ. 73 του Ν. 4412/16 τα οποία να αποδεικνύουν ότι έχει λάβει επανορθωτικά μέτρα επαρκή για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του.» Είναι πρόδηλο ότι η προσβαλλόμενη πράξη δεν είναι εκτελεστή, επειδή με αυτήν δεν λαμβάνεται οριστική απόφαση της αναθέτουσας αρχής ως προς την αποδοχή της προσφοράς μας και την οριστική κατακύρωση σε εμάς του οικείου διαγωνισμού (δεν επέρχεται καμία μεταβολή στο νομικό κόσμο). Για τον αυτό λόγο άλλωστε, η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της σχετικής απόφασης, επειδή δεν είναι βλαπτική για αυτήν. Όθεν παρέπεται ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα. **ΑΒΑΣΙΜΟ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΟΥ ΛΟΓΟΥ. 15.** Με την απόφαση 674/2018 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διαπιστώθηκε ότι η εταιρεία μας, μεταξύ άλλων, συμμετείχε σε παράβαση του άρθρου 1 του ν. 703/1977 για το χρονικό διάστημα από 02-03-2011 μέχρι 14-03-2011. Συναφώς επεβλήθη και πρόστιμο ύφους 35.723,24€. ... **Με την εν λόγω απόφαση δεν επεβλήθη κανένας περιορισμός συμμετοχής της εταιρείας μας σε διαγωνισμούς. Τέτοιος περιορισμός δεν έχει τεθεί ούτε από άλλη δημόσια αρχή.** 16. Κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μας (4-2-2019) η εταιρεία μας είχε υπόψη της τα εξής κρίσιμα δεδομένα:...α. την 1082/2018 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, η οποία εξεδόθη την 11-12-2018.... μετά την έκδοση της ως άνω απόφασης 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ουδεμία Κοινή Απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων έχει εκδοθεί που να επιβάλλει Ζετή διοικητικό αποκλεισμό των εταιριών αυτών από τη διαπίστωση του σχετικού γεγονότος, ήτοι από την ημερομηνία κατά την οποία η αρμόδια αρχή, εν προκειμένω η Επιτροπή Ανταγωνισμού, διαπίστωσε ότι η επίμαχη συμπεριφορά είναι παραβατική, όπως κρίθηκε με την προσφάτως εκδοθείσα απόφαση C-124/17 του ΔΕΕ (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadwerke München GmbH)..... Υπό το πρίσμα των όλων ανωτέρω και δεδομένου ότι η εν προκειμένω προσφεύγουσα ουδόλως επικαλείται ότι τα μέλη της κοινοπραξίας «...» συνήψαν οιαδήποτε συμφωνία με άλλους οικονομικούς φορείς στοχεύοντας στη στρέβλωση του ανταγωνισμού που αναπτύχθηκε με την εξεταζόμενη υπ' αρδιακήρυξη, ο πρώτος λόγος προσφυγής, ότι τα μέλη της προσωρινής αναδόχου ένωσης εταιριών εμπίπτουν στον λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ του Ν. 4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4. περ. γ της οικείας διακήρυξης, κρίνεται απορριπτός ως αβάσιμος και αντίθετα δεκτή η κρινόμενη παρέμβαση».... 17. Η εταιρεία μας, επομένως, **κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της** είχε υπόψη της την σχετική ad hoc κρίση της κατεξοχόν αρμόδιας Ανεξάρτητης Αρχής που έταμε κατά το χρόνο εκείνο το σχετικό ζήτημα, ορίζοντας ότι η σχετική υποχρέωση κατά την διακήρυξη (ταυτόσημη

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

και στον προκείμενο διαγωνισμό) και κατά συνέπεια η σχετική δήλωση στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, αφορά τον συγκεκριμένο διαγωνισμό και όχι παρελθούσες συμπεριφορές. Επιπλέον η προσφάτως εκφρασθείσα νομοθετική βούληση, η οποία παραμένει ίδια και αναλλοίωτη έως και σήμερα, οριοθετεί την διάρκεια της σχετικής περιόδου αποκλεισμού στο μέγιστο χρονικό διάστημα των τριών (3) ετών από το γεγονός και όχι από την καταδικαστική απόφαση. 18. Με τα δεδομένα αυτά η δήλωση ΟΧΙ της εταιρείας μας στο σχετικό πεδίο του ΤΕΥΔ και στο ερώτημα αν έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ήταν όχι απλά εύλογη, αλλά επιβεβλημένη. Η εταιρεία μας προκειμένου να προβεί στην σχετική δήλωση, στηρίχθηκε στη σχετική ρητή πρόβλεψη του νόμου και στην κρίση του πλέον αρμόδιου οργάνου της Ελληνικής Πολιτείας σχετικά με την έννοια της ίδιας πρόβλεψης των προτύπων τευχών της ΕΑΑΔΗΣΥ, ήτοι της Α.Ε.Π.Π.. Δεν μπορεί, επομένως, να αποδοθεί οιοσδήποτε ψόγος εις βάρος μας για δήθεν προσπάθεια παραπλάνησης της αρχής ή για ψευδή δήλωση... 19. Η απόλυτα ειλικρινής στάση της εταιρείας μας, μάλιστα, διεφάνη από το γεγονός ότι, όταν μετεβλήθησαν τα δεδομένα σε σχέση με το χρόνο υποβολής του ΤΕΥΔ μας, ενημέρωσε με πλήρη ειλικρίνεια την αναθέτουσα αρχή, τόσο για την απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, όσο και για τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε.....20. Συγκεκριμένα, μετά την υποβολή της προσφοράς μας έλαβαν χώρα τα εξής γεγονότα: α. δημοσιεύθηκε την η 674/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού την 8-2-2019, στο ΦΕΚ 317/Β'/08.02.2019 ... b. Εξεδόθη την 22-03-2019 η απόφαση 40/2019 της Ε.Α. ΣτΕ, με την οποία ανεστάλη η εκτέλεση (δεν ακυρώθηκε) της προαναφερθείσας απόφασης 1082/2018 πράξεως του 3ου Κλιμακίου της Αρχής Εξετάσεως Προδικαστικών Προσφυγών.... 21. Κατόπιν των ανωτέρω, στο αμέσως επόμενο διαδικαστικό στάδιο, ήτοι αυτό της υποβολής των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου, που μας ζητήθηκαν δυνάμει της 446/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Αττικής, η εταιρεία μας υπέβαλε την ήδη αναφερθείσα ανωτέρω κατά περιεχόμενο (υπ' αριθμ. 5) από 4-4-2019 υπεύθυνη δήλωση, με την οποία ενημέρωσε πλήρως

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

την αναθέτουσα αρχή τόσο για την εκδοθείσα απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, όσο και για τα επανορθωτικά μέτρα που ήδη είχαμε λάβει, αιτιολογώντας μάλιστα και το λόγο για τον οποίον δηλώσαμε ΟΧΙ στο ΤΕΥΔ μας. Είναι σαφές, επομένως, ότι εμείς οι ίδιοι θέσαμε υπ' οψιν της αναθέτουσας αρχής τα στοιχεία, μετά συνεκτίμηση των οποίων μας ζητήθηκε η προσκόμιση στοιχείων για τη λήψη επανορθωτικών μέτρων.

Επομένως, όχι μόνο δεν υποβάλαμε ψευδή δήλωση, όπως κατά τρόπο απαράδεκτο υποστηρίζει η προσφεύγουσα, αλλά, αντιθέτως, η εταιρεία μας επέδειξε συμπεριφορά, ειλικρινέστατη, έντιμη και καλόπιστη, ενημερώνοντας πλήρως την αναθέτουσα αρχή για όλα τα δεδομένα της υπόθεσης. Επομένως, ο προβαλλόμενος με την προδικαστική προσφυγή λόγος πρέπει να απορριφθεί. 22. Το σχετικό ζήτημα, μάλιστα, έχει κριθεί με πρόσφατες αποφάσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με τις οποίες επιλύθηκε οριστικά το σχετικό ζήτημα. Αναφερόμαστε στην εντελώς πρόσφατη απόφαση 291/2019 του Ελεγκτικού Συνεδρίου με την οποία έγιναν δεκτά τα ακόλουθα: «... Η αρνητική, όμως, απάντηση που διατυπώθηκε στο σχετικό ερώτημα του υποβληθέντος ...Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου δεν άγει σε άνευ ετέρου αποκλεισμό της από την ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία λόγω της ανακριβούς συμπλήρωσης του εν λόγω εγγράφου. Τούτο, διότι το ερώτημα είχε διατυπωθεί κατά τρόπο ώστε να μην καθίσταται σαφές αν ζητείται από το διαγωνιζόμενο να δηλώσει οποιαδήποτε συμφωνία που τυχόν έχει συνάψει στο παρελθόν με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού ή μόνο αυτές που αφορούν στο συγκεκριμένο διαγωνισμό βλ. 1082/2018 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.... Εξάλλου, κατά το χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού (3.8.2018) δεν είχε ακόμα δημοσιευτεί η απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 24.10.2018 επί της υπόθεσης 0-124/17 (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke Mimchen GmbH), με την οποία κρίθηκε ότι η τριετής περίοδος αποκλεισμού «από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος», η οποία προβλέπεται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 7 του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24, που μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με την παρ. 10 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, άρχεται από το χρόνο έκδοσης της σχετικής απόφασης της αρμόδιας Αρχής και όχι από το χρόνο

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

συντέλεσης της παράβασης και, συνεπώς, δεν ήταν κατά το χρόνο υποβολής του δικαιολογητικού σαφές αν έπρεπε να δηλωθούν συμφωνίες που είχαν λάβει χώρα, όπως οι επίμαχες, σε χρόνο προγενέστερο των τριών ετών από τη διενέργεια του διαγωνισμού, πλην όμως η σύναψη τους διαπιστώθηκε με απόφαση του αρμόδιου οργάνου, ληφθείσα εντός της ως άνω τριετούς προθεσμίας, λαμβανομένου υπόψη ότι η ανωτέρω 674/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού εκδόθηκε στις 14.12.2018 και δημοσιεύτηκε στις 8.2.2019, ήτοι μετά τη διενέργεια του. Συνεπώς, με βάση τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης η σχετική ασάφεια του εν λόγω τεύχους δημοπράτησης, η οποία εγείρει ζητήματα ερμηνείας και δύναται αντικειμενικά να παραπλανήσει τους διαγωνιζόμενους ως προς τις ειδικότερες υποχρεώσεις τους δεν δύναται, τελικώς να αποβεί σε βάρος αυτών (βλ. σκ. 3.4) και, ως εκ τούτου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της αναδειχθείσας αναδόχου ένωσης εταιρειών εκ του λόγου ότι απάντησε αρνητικά στο προαναφερόμενο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Π.. Δεδομένου, όμως, ότι σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι εμπίπτει σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4 του ίδιου άρθρου και ότι με την ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού διαπιστώθηκε η εκ μέρους των εν λόγω εταιρειών σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, τηρώντας τη διαδικασία που προβλέπεται στις παραγράφους 7 έως 9 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, να καλέσει την ως άνω ένωση εταιρειών να προσκομίσει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι έλαβε επανορθωτικά μέτρα επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας της, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού.» Η απόφαση αυτή υποβάλλεται μαζί με την παρούσα. 23.Τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης αυτής ταυτίζονται με αυτά της παρούσας υπόθεσης:

a. Το ερώτημα ήταν και στις δύο περιπτώσεις διατυπωμένο με τον ίδιο αόριστο τρόπο ώστε να μην καθίσταται σαφές αν ζητείται από τον διαγωνιζόμενο να δηλώσει οποιαδήποτε συμφωνία που τυχόν έχει συνάψει στο παρελθόν με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού ή μόνο αυτές που

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

αφορούν στον συγκεκριμένο διαγωνισμό (βλ. 1082/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία υιοθετήθηκε η δεύτερη ερμηνευτική εκδοχή). b. Κατά το χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού και υποβολής της προσφοράς μας δεν είχε δημοσιευθεί η 674/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (δημοσίευση την 8-2-2019). 24. Συνεπώς με βάση τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, η σχετική ασάφεια της διακήρυξης, η οποία εγείρει ζητήματα ερμηνείας και δύναται αντικειμενικά να παραπλανήσει τους διαγωνιζόμενους ως προς τις υποχρεώσεις τους, δεν δύναται να αποβεί σε βάρος αυτών. Ως εκ τούτου δεν συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού εις βάρος μας εκ του λόγου ότι απαντήσαμε αρνητικά στο προαναφερθέν ερώτημα του ΤΕΥΔ. 25. Ενόψει δε του άρθρου 73 παρ. 6 της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή νομίμως με την προσβαλλόμενη με την προσφυγή απόφασή της μας κάλεσε να προσκομίσουμε στοιχεία προκειμένου να αποδείξουμε ότι λάβαμε τα κατάλληλα επανορθωτικά μέτρα. 26. Για το λόγο αυτό η υπό κρίση προσφυγή είναι μη νόμιμη και πρέπει να απορριφθεί.»

19. Επειδή στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2007/66/EK (που τροποποιεί τις Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13 ΕΟΚ), με τίτλο «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής» και δη στην παρ. 3 ορίζεται ότι : «Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ «Η επιδίωξη αυτή, αποτελεί έκφραση τόσο της αρχής της αποτελεσματικότητας («αποτελεσματικών») ώστε να αποτρέπεται η δημιουργία πραγματικών καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, όσο και της επιταγής της ταχείας διεκπεραιώσεως («όσο το δυνατόν ταχύτερων») ώστε να μην παρακωλύεται για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο η πρόοδος τους».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει ...ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367...»

21. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

22. Επειδή στο άρθ. 103 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών», ως ίσχυε προ της τροποποίησης αυτού με το άρθ. 43 του ν. 4605/2019, και διέπει τον υπό εξέταση διαγωνισμό ο οποίος διακηρύχθηκε την 27-12-2018 (σκέψη 3), ήτοι προ της έναρξης ισχύος του ν. 4605/2019 προβλέπεται ότι: «...1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα ...όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ... 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

κοινοποίηση σε αυτόν σχετικής έγγραφης ειδοποίησης...3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος 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. ... 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74..., ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος 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.... »

23. Επειδή στον όρο 4.2 της διακήρυξης με τον τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης» προβλέπεται ότι « α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερών τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου.... γ) Αν δεν υποβληθούν τα ως άνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα υποβάλει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος. ...δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ... ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, ...και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας....»

24. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/EK καθίσταται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26). 24. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος.

25. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. *Johnston* κα 18.12.1986, *Prager* και *Oberschlick*, 26.4.1995).

26. Επειδή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 847).

27. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο, από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.), και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

28. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23), υπό την έννοια ότι πρέπει να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές εξεταζόμενες συνθήκες ότι θίγονται άμεσα τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα προσωπικά και ατομικά του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

29. Επειδή η προσφεύγουσα, της οποίας η προσφορά έγινε αποδεκτή και κατετάγη στη δεύτερη θέση μειοδοσίας αμέσως μετά την προσφορά της παρεμβαίνουσας (σκέψη 6), ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, διότι ενώ όφειλε, όμως δεν απέρριψε ως απαράδεκτα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και την προσφορά της πρώτης καταταγείσας παρεμβαίνουσας, αλλά αντίθετα την κάλεσε όπως προσκομίσει περαιτέρω δικαιολογητικά κατά παράβαση των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης. Συνεπώς, η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό εξέταση προσφυγή, με την οποία επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, επί τω αμέσω τέλει i) του αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας, άνευ δικαιώματος προσκόμισης συμπληρωματικών δικαιολογητικών κατά το παρόν στάδιο της διαδικασίας, και ii) της κατακύρωσης της προμήθειας στην προσφεύγουσα η οποία υπέβαλε την αμέσως συμφερότερη αποδεκτή οικονομική προσφορά, σύμφωνα με το άρθρ. 103 του ν. 4412/2016 (σκέψη 22) και τον όρο 4.2 της διακήρυξης (σκέψη 23). Η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης, διότι αν γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί και το αίτημα της προσφυγής της, θεμελιώνει προσδοκία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης σε αυτήν την ίδια, καθώς έχει καταταγεί στην δεύτερη σειρά μειοδοσίας και απορριπτομένων των ήδη προσκομισθέντων αρχικών δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας θέλει κατά τον νόμο και την διακήρυξη αναγκαία και υποχρεωτικά κηρυχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος. Επομένως το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας είναι άμεσο, ενεστώς και ατομικό (σκέψεις 24, 25, 26, 27, 28), και τούτο ίδια επειδή η προσδοκία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης στην προσφεύγουσα συνδέεται κατά άμεση και ενεστώσα

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

αιτιώδη συνάφεια με την ακύρωση της προσβαλλόμενης. Αντιστοίχως, είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η προσβαλλόμενη δεν είναι εκτελεστή διότι δεν είναι οριστική απόφαση περί αποδοχής της προσφοράς της, ούτε βλαπτική εις βάρος της προσφεύγουσας και ότι η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος να αμφισβητήσει την νομιμότητα της προσβαλλόμενης, και τούτο ίδια επειδή : ι) Η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εκτελεστή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, την οποία μάλιστα η παρεμβαίνουσα έχει ήδη εκτελέσει ως ομολογεί στην παρέμβαση (παρ. 21 της παρέμβασης, σκέψη 18), και ως προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας όπως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (σκέψη 12), ιι) Το γεγονός ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν συνιστά απόφαση ανάθεσης του επίμαχου έργου οριστικά στην παρεμβαίνουσα δεν αναιρεί ούτε την εκτελεστότητα αυτής ούτε την εξ αυτής ισχυριζόμενη βλάβη της προσφεύγουσας. Και τούτο ίδια επειδή α) Η προσβαλλόμενη απόφαση παραμένει εκτελεστή καθόσον δυνάμει αυτής η παρεμβαίνουσα προσκόμισε στοιχεία προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία της κατ' άρθ. 73 του ν. 4412/2016 (σκέψη 12 λεκτικό της προσβαλλόμενης), αυτονοήτως συνεπαγομένου του άνευ ετέρου αποκλεισμού της από την διαδικασία σε περίπτωση που δεν είχε τυχόν προσκομίσει ή δεν είχε προσκομίσει εμπροθέσμως τα εν λόγω στοιχεία, ήτοι σε περίπτωση που δεν είχε εκτελέσει την προσβαλλόμενη και β) Η αναθέτουσα αρχή κατ' επιλογήν της εξέδωσε την προσβαλλόμενη ως εκτελεστή απόφασή της στο παρόν στάδιο της διαδικασίας κατακύρωσης του έργου με την οποία καθορίζεται κανονιστικά η συνέχεια, ο τρόπος, ο χρόνος της διαδικασίας και τα εκατέρωθεν δικαιώματα και υποχρεώσεις όλων των διαγωνιζομένων και ίδια της πρώτης μειοδότης προσωρινής αναδόχου -η οποία την εκτέλεσε- και της παρεμβαίνουσας -η οποία την αμφισβητεί. Αυτόθροη έννομη συνέπεια της προσβαλλόμενης απόφασης είναι ότι σε περίπτωση μη επίκαιρης αμφισβήτησής της κατά το παρόν στάδιο της διαδικασίας, η παρεμβαίνουσα θέλει στερηθεί του δικαιώματός της όπως αμφισβητήσει την νομιμότητα των ανακριβών -κατ' αυτήν- δηλώσεων της παρεμβαίνουσας στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε, αναγνωρίζοντας την δυνατότητα

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

της θεραπείας των ανακριβών δηλώσεων με την προσκόμιση από την παρεμβαίνουσα περαιτέρω στοιχείων, το οποίο ακριβώς αποτελεί το αποφασιστικό και συγχρόνως το αμφισβητούμενο με την προσφυγή περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης. Ειδικότερα σε περίπτωση μη επίκαιρης αμφισβήτησης της προσβαλλόμενης κατά το παρόν στάδιο της διαδικασίας, και μετέπειτα έκδοσης απόφασης ανάθεσης του έργου στην παρεμβαίνουσα, επί τη βάση της προσκόμισης των περαιτέρω στοιχείων, τότε η προσφεύγουσα δεν θα δικαιούται να αμφισβητεί την δυνατότητα θεραπείας της ανακρίβειας του ΤΕΥΔ, με προσκόμιση περαιτέρω στοιχείων από την παρεμβαίνουσα, πράγμα το οποίο χωρεί μόνο με την υπό εξέταση επίκαιρη προδικαστική προσφυγή γ) Το γεγονός ότι δεν έχει εκδοθεί οριστική απόφαση ανάθεσης ή μη του έργου στην παρεμβαίνουσα, δεν αναιρεί ούτε την κανονιστική φύση της προσβαλλόμενης, ούτε την εκτελεστότητά της, ούτε το δικονομικό δικαίωμα της προσφεύγουσας όπως την αμφισβητήσει επικαίρως με την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής και δ) Η προσβαλλόμενη απόφαση παραμένει βλαπτική εις βάρος των εννόμων συμφερόντων της προσφεύγουσας η οποία ακριβώς ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη είναι πλημμελής, ελήφθη κατά παράβαση του νόμου με απαράδεκτο περιεχόμενο διότι αντί να απορρίψει κατά δέσμια αρμοδιότητα άνευ ετέρου τα αρχικώς υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, της χορήγησε παρά τον νόμο δικαίωμα προσκόμισης συμπληρωματικών στοιχείων προς θεραπεία του ανακριβούς ΤΕΥΔ που υπέβαλε, ενώ κατ' εφαρμογή του νόμου δεν χωρεί θεραπεία του ανακριβούς ΤΕΥΔ, αλλά μόνον ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς, παρά τα αντίθετα που ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η προσφυγή έχει ασκηθεί με έννομο συμφέρον και είναι παραδεκτή, δεδομένου ιδία ότι η ωφέλεια της προσφεύγουσας από την επιδιωκόμενη ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης είναι άμεση ενεστώσα βέβαιη και ατομική στο πρόσωπό της, η οποία μόνη θέλει ωφεληθεί μετά βεβαιότητας, αμέσως, ευθέως και ατομικώς στον παρόντα χρόνο από την ακύρωση της προσβαλλομένης, ενώ προκύπτει από τις *ad hoc* ειδικές

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

συνθήκες ότι θίγονται άμεσα τα έννομα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντά της.

30. Επειδή λόγοι και αιτιάσεις της προσφυγής που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπιδικά και επομένως απαραδέκτως σε επόμενο στάδιο και απαραδέκτως αμφισβητείται επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερων πράξεων, που εντάσσονται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας η νομιμότητα προγενέστερης απόφασης της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη σε προγενέστερο στάδιο της διαδικασίας και σε κάθε περίπτωση δεν είναι επιτρεπτή η προβολή αιτιάσεων σχετικών με παραβάσεις του νόμου ή της διακήρυξης, οι οποίες είχαν εμφιλοχωρήσει σε προηγούμενα στάδια του διαγωνισμού. Και τούτο **διότι τόσο η Οδηγία** 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου (L 395), η οποία σκοπεύει «στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών» (άρθρο 1 παρ. 1), κατά το στάδιο που προηγείται της συνάψεως των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, όσο και ο ν. 3886/2010, ο οποίος εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την Οδηγία αυτή, και εν προκειμένω ο ν. 4412/2016 ο οποίος επίσης εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την Οδηγία αυτή (βλ. ρητά άρθ.1 παρ. 1 ν. 4412/2016), αποβλέπουν στην εξασφάλιση της παροχής προδικαστικής και δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ώστε αφ' ενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία στην συγκεκριμένη περίπτωση μέτρα, αφ' ετέρου δε να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο υπερβαίνοντα το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της σύμβασεως, με την αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας σχετικά με την νομιμότητα της διαδικασίας αυτής. Αυτός είναι, άλλωστε, ο λόγος, για τον οποίο, προβλέπονται εξαιρετικά σύντομες προθεσμίες, για κάθε φάση (διοικητική και δικαστική) της σχετικής διαδικασίας. Εν όψει αυτών, επί δημοσίων διαγωνισμών, η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, όταν πρόκειται για πλημμέλειες αναφερόμενες στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής στον διαγωνισμό και στην αξιολόγηση των ουσιαστικών προσόντων των διαγωνιζομένων ή στην

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, πρέπει να ασκείται επικαίρως κατά των αντιστοιχών πράξεων (βλ. ίδια ad hoc ΔΕΦΑΘ 33/2013 (ΑΣΦ), ΣΤΕ ΕΑ 139/2010, ΔΕΦΑΘ 21/2013 (ΑΣΦ), ΣΤΕ 270/2014 (ΑΣΦ), ΔΕΦΑΘ 179/2012 σε Συμβ. (ΑΣΦ), και Φ. Αρναούτογλου Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη 2^η έκδ., παρ. 81 και 77).

31. Επειδή έχει παγίως κριθεί ότι *«σε περίπτωση κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος δεν επιδεικνύει επιμέλεια για να λάβει γνώση των πράξεων διενέργειας του διαγωνισμού, αντίκειται στον σκοπό του νόμου που ορίζει την αποκλειστική προθεσμία άσκησης της προσφυγής, η έναρξη αυτής να μετατίθεται πέραν του απολύτως αναγκαίου χρόνου εν όψει των συντρεχουσών περιστάσεων, προς γνώση των πράξεων..... (ΣΤΕ 408/2010 ΑΣΦ).* Και τούτο μάλιστα επειδή *«λαμβάνομένου υπ' όψιν και του ευλόγου, κατά την κοινή αντίληψη, ενδιαφέροντος των διαγωνιζομένων για το αποτέλεσμα των επιμέρους σταδίων του διαγωνισμού και την τελική έκβαση του διαγωνισμού, η πάροδος απράκτου του οικείου απολύτως αναγκαίου χρόνου έχει ως αποτέλεσμα να οδηγήσει στην συναγωγή τεκμηρίου πλήρους γνώσεως, από τον εκάστοτε διαγωνιζόμενο, πράξεως εκδοθείσης στα πλαίσια του αντιστοίχου διαγωνισμού και βλαπτικής για τα συμφέροντά του, προκειμένου να μην προκαλείται αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας διεξαγωγής του σχετικού διαγωνισμού»* (ad hoc ΔΕΦΑΘ 179/2012 ΑΣΦ), ΔΕΦΑΘ 405/2011).

32. Επειδή είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η υπό εξέταση προσφυγή είναι απαράδεκτη διότι η νομιμότητα του υποβληθέντος ΤΕΥΔ της κρίθηκε με την απόφαση 446/2019 της αναθέτουσας αρχής, η οποία δεν προσβλήθηκε ούτε προδικαστικά ούτε δικαστικά και επομένως για τον λόγο αυτό *«..οριστικοποιήθηκε η νομιμότητα του υποβληθέντος ΤΕΥΔ ...η προσφεύγουσα απώλεσε οριστικά το δικονομικό της δικαίωμα να ζητήσει τον αποκλεισμό μας για λόγους που αναφέρονται στο υποβληθέν ΤΕΥΔ και στις σε αυτό περιεχόμενες δηλώσεις..»* Ο παραπάνω ισχυρισμός προβάλλεται αβασίμως καθώς προσκρούει ευθέως στο άρθ. 103 του ν. 4412/2016 και στον όρο 4.2 της διακήρυξης (σκέψεις 22, 23), σύμφωνα με τα οποία ρητώς και σαφώς

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

προβλέπεται ότι η ακρίβεια και η αλήθεια των δηλώσεων των διαγωνιζομένων ως περιέχονται στο ΤΕΥΔ που κατέθεσαν ελέγχεται και διαπιστώνεται κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επί τη βάσει των στοιχείων και δικαιολογητικών που υποβάλλονται από τον προσωρινό ανάδοχο ακριβώς κατά το στάδιο τούτο. Συνεπώς, αντίθετα με όσα εσφαλμένα υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα, η απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, σε καμία περίπτωση δεν επιφέρει ως έννομη συνέπεια την οριστικοποίηση της νομιμότητας του υποβληθέντος ΤΕΥΔ και τον αποκλεισμό του δικαιώματος αμφισβήτησης της ακρίβειας και της αλήθειας του περιεχομένου του υποβληθέντος προαποδεικτικά ΤΕΥΔ, επί τη βάσει των αποδεικτικών στοιχείων που προσκομίζονται στο στάδιο της κατακύρωσης. Το αντίθετο μάλιστα σύμφωνα με τον νόμο, διότι η απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου η οποία εχώρησε κατ' άρθ. 79 του ν. 4412/2016 επί τη βάσει του υποβληθέντος ΤΕΥΔ, αποτελεί την αναγκαία νόμιμη προϋπόθεση προκειμένου ακριβώς να προσκομιστούν να ελεγχθούν και εν δυνάμει να αμφισβητηθούν στο στάδιο της κατακύρωσης, οι αποδείξεις της αλήθειας και ακρίβειας των όσων δηλώθηκαν στο υποβληθέν ΤΕΥΔ του προσωρινού αναδόχου και εν τέλει η πληρότητα, αλήθεια και η ακρίβεια του υποβληθέντος ΤΕΥΔ (βλ. και σκέψεις 38-43, 45-46, 56-60). Στην υπό εξέταση διαδικασία δεν προέκυψε, ούτε η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι σε οποιοδήποτε προγενέστερο στάδιο της διαδικασίας προσκομίστηκε ή άλλως πως κατέστη γνωστό είτε στην προσφεύγουσα μεμονωμένα είτε στα πλαίσια του διαγωνισμού η ανακρίβεια -συγγνωστή ή μη- του ΤΕΥΔ της παρεμβαίνουσας, την οποία ανακρίβεια αιτιάται η υπό εξέταση προσφυγή, εν όψει των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τουναντίον, η ίδια η παρεμβαίνουσα ομολογεί στην προσφυγή (παρ. 5, 19, 20 της παρέμβασης σκέψη 18) ότι το πρώτον κατά το παρόν εξεταζόμενο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατετέθη από την ίδια η από 4-4-2019 υπεύθυνη δήλωση με την οποία κατέστη γνωστή στα πλαίσια της τυπικής διαγωνιστικής διαδικασίας, η επίμαχη απόφαση 674/2018 της Επιτροπής Ανταγωνισμού περί πρότερης παράβασης της νομοθεσίας του ανταγωνισμού, η οποία δεν είχε δηλωθεί στο

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

υποβληθέν ΤΕΥΔ της, παρότι μάλιστα η απόφαση αυτή της είχε γνωστοποιηθεί ήδη από την 15-1-2019 ήτοι πριν από την κατάθεση του ΤΕΥΔ της την 4-2-2019 (σκέψη 5), ως πάντα ταύτα αναφέρονται και από την αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής (σκέψη 17), και επί πλέον προκύπτουν από τα έγγραφα της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (σκέψη 5 και 7). Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα ούτε ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει ότι η προσφεύγουσα είχε προτέρα γνώση της απόφασης 674/2018 της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατά τον χρόνο κοινοποίησης της απόφασης 446/2019 ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, ήτοι κατά την 4-3-2019 (σκέψη 6), ούτε ότι έλαβε γνώση αυτής εντός της 10ήμερης αποκλειστικής προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής του άρθ. 361 του ν. 4412/2016, ώστε να είχε καταστεί δυνατόν νομίμως να έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή από την ήδη προσφεύγουσα κατά της απόφασης 446/2019. Συνεπώς, για τους λόγους αυτούς είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός της παρέμβασης, περί απαράδεκτης άσκησης της προσφυγής διότι σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη ο έλεγχος της νομιμότητας του υποβληθέντος ΤΕΥΔ δεν τελειούται με την έκδοση της απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου ως εσφαλμένα εκλαμβάνει η παρεμβαίνουσα, αλλά αντίθετα διεξάγεται και τελειούται κατά το παρόν στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και μάλιστα επί τη βάσει των υποβαλλομένων κατά το παρόν τούτο στάδιο δικαιολογητικών. Επί πλέον, η παρεμβαίνουσα ούτε ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει αλλά αντίθετα προκύπτει από την ίδια την παρέμβαση και τα στοιχεία του φακέλου ότι δεν συνέτρεξε γνώση της προσφεύγουσας περί της ανακρίβειας του ΤΕΥΔ της παρεμβαίνουσας σε οποιονδήποτε άλλο διαγωνιστικό χρόνο προγενέστερο του παρόντος σταδίου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ούτε δυνατότητα αμφισβήτησης αυτού σε προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού.

33. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων*» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. *Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και*

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

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....»

34. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως: ...ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, ... ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...»

35. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης... β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή δυνάμει των άρθρων 73 και 74 ...».

36. Επειδή, στην **ΕΝΟΤΗΤΑ 4 ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ** Άρθρο 73 Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται 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 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, στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί ...να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. 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. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ'αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού. 10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι ... στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. »

37. Επειδή στο Άρθρο 74 Αποκλεισμός οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις (άρθρο 57 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Αν στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης διαπιστωθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων .. και 4 του άρθρου 73

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

κι ο οικονομικός φορέας δεν λάβει τα μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 7 του άρθρου 73 μπορεί να επιβληθεί εις βάρος του αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα. 2. Η περίοδος αποκλεισμού καθορίζεται, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, λαμβάνοντας υπόψη ιδίως τη σοβαρότητα του αδικήματος ή παραπτώματος, τον χρόνο που έχει παρέλθει από τη διάπραξη του αδικήματος ή παραπτώματος, τη διάρκειά του, υποτροπή, την πρόθεση ή τον βαθμό αμέλειας του εκάστοτε οικονομικού φορέα και τα μέτρα που αυτός λαμβάνει προς αποφυγή διάπραξης παρόμοιων αδικημάτων ή παραπτωμάτων στο μέλλον. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει ... τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους ...και 4 του άρθρου 73. 3. Ο αποκλεισμός επιβάλλεται με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, αρμόδιου για θέματα καταπολέμησης διαφθοράς, καθώς και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, που εκδίδεται μετά από αιτιολογημένη εισήγηση της αναθέτουσας αρχής που διαπιστώνει την συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και ... (β) για διαδικασίες που αφορούν σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, κατόπιν γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου της Γενικής Γραμματείας Υποδομών. Πριν από την έκδοση της απόφασης περί αποκλεισμού ορισμένου οικονομικού φορέα, παρέχεται σε αυτόν η δυνατότητα ακροάσεως. 4. Η απόφαση του πρώτου εδαφίου της παρ. 3 κοινοποιείται στην αναθέτουσα αρχή και τον θιγόμενο οικονομικό φορέα....»

38. Επειδή στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται 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

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη 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, ... Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούνται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. ...2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση 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, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77,...Τα δεύτερο έως πέμπτο εδάφια της παραγράφου 1 εφαρμόζονται αναλόγως και στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων. 3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. 4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται κατά τις διατάξεις του παρόντος... 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. ...»

39. Επειδή σύμφωνα με τον Εκτελεστικό Κανονισμό (ΕΕ) 2016/7 της 5-1-2016 «για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας» : «...Εκτιμώντας τα ακόλουθα: (1) Ένας από τους κύριους στόχους των οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ είναι η μείωση του διοικητικού φόρτου για τις αναθέτουσες αρχές, τους αναθέτοντες φορείς και τους οικονομικούς φορείς, ιδίως τις μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις. Βασικό στοιχείο της προσπάθειας αυτής είναι το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕΕΠ). Κατά συνέπεια, το τυποποιημένο έντυπο για το ΕΕΕΠ θα πρέπει να καταρτιστεί κατά τρόπο ώστε να παρακαμφθεί η ανάγκη προσκόμισης σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής. (3) Για την αποφυγή του διοικητικού φόρτου για τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς και τις πιθανές αντιφατικές ενδείξεις στα διάφορα έγγραφα της προμήθειας, οι πληροφορίες τις οποίες οι οικονομικοί φορείς πρέπει να παρέχουν στο ΕΕΕΠ θα πρέπει να αναφέρονται σαφώς από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς εκ των προτέρων στην προκήρυξη διαγωνισμού ή με αναφορές σε άλλα μέρη των εγγράφων της προμήθειας, τις οποίες οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να εξετάζουν προσεκτικά, ενόψει της συμμετοχής τους και ενδεχομένης υποβολής προσφορών. (4) Το ΕΕΕΠ αναμένεται επίσης να συμβάλει σε περαιτέρω απλοποίηση, τόσο για τους οικονομικούς φορείς όσο και για τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς, με την αντικατάσταση των πολλών και διαφόρων εθνικών υπεύθυνων δηλώσεων από ένα τυποποιημένο έντυπο, που θα καθιερωθεί σε ευρωπαϊκό επίπεδο.... ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 1 Οδηγίες Το ΕΕΕΠ είναι υπεύθυνη δήλωση από τους οικονομικούς φορείς, ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη. Όπως προβλέπεται στο άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, πρόκειται για μια τυπική δήλωση του οικονομικού φορέα ότι δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις λόγω της οποίας οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, ότι πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής.... Στόχος του είναι να μειωθεί ο διοικητικός φόρτος που απορρέει από την απαίτηση προσκόμισης σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής..... Όπως προαναφέρθηκε, το ΕΕΕΠ συνίσταται σε τυπική δήλωση

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

του οικονομικού φορέα ότι δεν ισχύουν οι σχετικοί λόγοι αποκλεισμού, ότι πληρούνται τα σχετικά κριτήρια επιλογής και ότι θα παρέχει τις σχετικές πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα.»

40. Επειδή σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ και του ΕΕΕΣ» : «...**ΕΙΣΑΓΩΓΗ**... Η παρούσα Οδηγία εκδίδεται σε συνέχεια της με αρ. 15 (αρ. πρωτ. 5797/25.11.2016) Κατευθυντήριας Οδηγίας (Κ.Ο.) της Αρχής, η οποία εκπονήθηκε κατ' αντιστοιχία με τις Οδηγίες του Παραρτήματος 1 του Εκτελεστικού Κανονισμού 2016/7(ΕΕ), προκειμένου να αντιμετωπίσει ειδικότερα ζητήματα αναφορικά με τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ και του ΕΕΕΣ, καθώς, κατά το χρόνο έκδοσης τόσο του ΤΕΥΔ όσο και της Κ.Ο. 15, δεν ήταν δυνατός ο εντοπισμός του συνόλου των επιμέρους ζητημάτων, τα οποία ήταν δυνατόν να ανακύψουν κατά την εφαρμογή του νέου νομοθετικού πλαισίου για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων. Επισημαίνεται ότι οι οδηγίες που περιλαμβάνονται στην παρούσα αναφέρονται καταρχάς στη συμπλήρωση των τυποποιημένων εντύπων του ΤΕΥΔ και του ΕΕΕΣ, όπως αυτά εγκρίθηκαν με τη με αρ. 158/2016 Απόφαση της Αρχής (3698/ Β) και τον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 (ΕΕ) της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016 αντίστοιχα, καθώς ακολουθούν την ίδια δομή και διάρθρωση. Σημειώνεται, επίσης, ότι η οπτική απεικόνιση των πινάκων έχει ληφθεί από το ΤΕΥΔ και συνεπώς, διαφοροποιείται, εν μέρει, από τα αντίστοιχα πεδία του ΕΕΕΣ... **1.1 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ)** Το “Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης” (εφεξής ΤΕΥΔ), εγκρίθηκε με την με αρ. 158/2016 Απόφαση της Αρχής (Β 3698), αποτελεί πρότυπο έγγραφο σύμβασης με δεσμευτική ισχύ, και χρησιμοποιείται υποχρεωτικά από τις αναθέτουσες αρχές σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του ν.4412/2016, των οποίων η συνολική προϋπολογισθείσα (εκτιμώμενη) αξία είναι κατώτερη από τα όρια των περιπτώσεων (α), (β) και (γ) του άρθρου 5 του εν λόγω νόμου και ανώτερη των 20.000€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. **ΚΕΦΑΛΑΙΟ 1: ΓΕΝΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ 1.1 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ)** Το “Τυποποιημένο

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης” (εφεξής ΤΕΥΔ), εγκρίθηκε με την με αρ. 158/2016 Απόφαση της Αρχής (B 3698), αποτελεί πρότυπο έγγραφο σύμβασης με δεσμευτική ισχύ, και χρησιμοποιείται υποχρεωτικά από τις αναθέτουσες αρχές σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι... **2.1 Υποβολή** Το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού..., ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο ως άνω κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο ν. 4412/2016, με την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων 1...»

41. Επειδή σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 15 της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Οδηγίες συμπλήρωσης για το “Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 (Α 147)” » : « **ΕΙΣΑΓΩΓΗ** Το “Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης” (εφεξής ΤΕΥΔ) εκπονήθηκε, από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής Αρχή) στη βάση της νομοθετικής εξουσιοδότησης της παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4412/20161 , κατ’ αντιστοιχία με το “Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης” και εγκρίθηκε με την με αρ. 158/2016 Απόφαση της Αρχής... Το ΤΕΥΔ συνίσταται σε Υπεύθυνη Δήλωση των οικονομικών φορέων προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, και αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 79 : (α) δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 λόγω της οποίας αποκλείεται ή μπορεί να αποκλεισθεί από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ... **Α. Υποχρεωτική/Προαιρετική Χρήση του ΤΕΥΔ** 1) Το ΤΕΥΔ το οποίο αποτελεί πρότυπο τεύχος με δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 5 του άρθρου 53, χρησιμοποιείται υποχρεωτικά από τις αναθέτουσες αρχές σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών καθώς και διαγωνισμούς μελετών του Βιβλίου Ι

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

του ν.4412/2016 των οποίων η συνολική προϋπολογισθείσα αξία είναι κατώτερη από τα όρια των περιπτώσεων (α), (β) και (γ) του άρθρου 5... **Β. Περιεχόμενο του ΤΕΥΔ ... Μέρος ΙΙΙ. Κριτήρια αποκλεισμού: Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα και άλλοι λόγοι αποκλεισμού** (περιπτώσεις στις οποίες **μπορεί** να αποκλείονται οικονομικοί φορείς (άρθρο 73 παρ. 4).... **ΟΔΗΓΙΕΣ Α. Γενικές οδηγίες και τρόπος διάθεσης του ΤΕΥΔ** Οι προσφορές σε ανοικτές διαδικασίες ...πρέπει να συνοδεύονται υποχρεωτικά από το ΤΕΥΔ, το οποίο θα έχουν συμπληρώσει οι οικονομικοί φορείς προκειμένου να παράσχουν τις απαιτούμενες πληροφορίες. Ο προσφέρων στον οποίο πρόκειται να ανατεθεί η σύμβαση, θα πρέπει να παρέχει επικαιροποιημένα τα σχετικά πιστοποιητικά και δικαιολογητικά... **Δ) Κυρώσεις** Οι οικονομικοί φορείς είναι δυνατόν να αποκλείονται από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (άρθρο 73 παρ. 4 περιπτ. ζ) ...σε περιπτώσεις σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ ή, γενικότερα, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού..., ή όταν οι οικονομικοί φορείς έχουν αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσουν τα σχετικά δικαιολογητικά εντός της ταχθείσας, από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, προθεσμίας....»

42. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. ...»

43. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 92 του ν.4412/2016, «Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής» ορίζεται ότι «...2. Στην ανοικτή

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

διαδικασία οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: α) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 93....»

44. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 93 του ν.4412/2016 «Περιεχόμενο φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» ορίζεται ότι «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: ... β) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων: αα) υπεύθυνη δήλωση κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79, ββ) εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72...»

45. Επειδή στο άρθρο 104 του ν.4412/2016 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» ορίζεται ότι « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή ... 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. ...»

46. Επειδή, στο άρθ. 1 της διακήρυξης με τον τίτλο «**Άρθρο 2: Έγγραφα της σύμβασης και τεύχη**», της διακήρυξης προβλέπεται ότι «2.1. Τα έγγραφα της σύμβασης κατά την έννοια της περιπτ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, για τον παρόντα ηλεκτρονικό διαγωνισμό, είναι τα ακόλουθα : α) η προκήρυξη σύμβασης όπως δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, β) η παρούσα διακήρυξη, γ) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ) ...» Περαιτέρω, **στο Άρθρο 4: Διαδικασία ηλεκτρονικής**

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/ Κατακύρωση/ Σύναψη σύμβασης/ Προδικαστικές προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία προβλέπεται ότι «...**4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης** α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερών τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου ...β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή. γ) Αν δεν υποβληθούν τα ως άνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα υποβάλει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ’ ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. ...δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή..., ή ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, ...και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. ...Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ...η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται. Η διαδικασία ελέγχου των ως άνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία, στη συνέχεια, το κοινοποιεί, μέσω της «λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην αναθέτουσα αρχή για τη λήψη

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

απόφασης. Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών, σε κάθε προσφέροντα εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», και επιπλέον αναρτά τα Δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού». Εν συνεχεία στο **Άρθρο 22: Κριτήρια ποιοτικής επιλογής** της διακήρυξης ορίζεται ότι **«22.Α. Λόγοι αποκλεισμού ... 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... (στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις... (ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας... (η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, ...να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, (θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του. 22.Α.6. Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει οικονομικό φορέα σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία**

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

από τις περιπτώσεις των προηγούμενων παραγράφων. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ...στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. **22.A.7.** Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους ...και 22.A.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. **22.A.8.** 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....» Εν συνεχεία, στην διακήρυξη προβλέπεται ότι « **Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 23.1** Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπευθυνα δήλωση, με τις συνεπειές του ν. 1599/1986 (Α'75), ως **προκαταρκτική απόδειξη** ..., 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, ...Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. ... **23. 2 . Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)**

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

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... **23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α.** Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας: ... (ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού. ...»

47. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα 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. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

48. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

49. Επειδή 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, EU:C: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).

50. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

51. Επειδή, στις αιτιολογικές σκέψεις 101-102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι «(101) Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, ..., ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινόμενοι ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του.... Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως ...η ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. ... Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα ...Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας.....».

52. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

53. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

54. Επειδή, ωστόσο, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας κατά το στάδιο της κατάρτισης των συμβατικών τευχών, οπότε εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη διακήρυξη, θεσπίζονται κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 20, αριθμ. απόφ. 42/30-5-2017).

55. Επειδή υπό τους όρους της Οδηγίας 2004/18 ΕΚ, έχει γίνει δεκτό από το Δικαστήριο (απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2016, C-171/15,

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

Connexxion Taxi Services BV), ότι η σχετική ρύθμιση της παρ. 2 του άρθρου 45 αυτής, δεν επιχειρεί να επιβάλει ομοιομορφία σε επίπεδο Ένωσης ως προς την εφαρμογή των διαλαμβανομένων σε αυτό λόγων αποκλεισμού, στο μέτρο κατά το οποίο τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να μην εφαρμόσουν καθόλου αυτούς τους λόγους αποκλεισμού ή, αντιθέτως, να τους ενσωματώσουν στην εθνική νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, αναλόγως εκτιμήσεων νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσεως που υπερισχύουν σε εθνικό επίπεδο. Στο πλαίσιο αυτό, τα κράτη μέλη έχουν την εξουσία να καθιστούν ελαστικότερα ή ηπιότερα τα κριτήρια που προβλέπει η διάταξη αυτή (απόφαση της 10ης Ιουλίου 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψη 36 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), ειδικότερα δε να προβλέψουν ρύθμιση, η οποία υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να εξετάζει, κατ' εφαρμογήν της αρχής της αναλογικότητας, αν επιβάλλεται πράγματι ο αποκλεισμός, από δημόσια σύμβαση, υποψηφίου ο οποίος έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Αντιθέτως, αποκλείεται, υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, καθώς και της συνακόλουθης υποχρεώσεως διαφάνειας, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να αποφασίζει την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως σε προσφέροντα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, για τον λόγο ότι ο αποκλεισμός του εν λόγω προσφέροντος από τη διαδικασία του διαγωνισμού προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας, όταν, σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού αυτού, προσφέρων που έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα αποκλείεται οπωσδήποτε χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αναλογικός ή μη χαρακτήρας της κυρώσεως αυτής (βλ. ΔεφΑθ 133/2014, ΔΕφΘεσ (ΑΣΦ) 8/2018, ΔΕφΛαρ. 6/2016, πρβλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 961, 803/2008, 196/2009). Σημειώνεται ότι η εν λόγω νομολογία ενσωματώθηκε στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 73 του ν. 4412/2016.

56. Επειδή, ειδικότερα, ο ίδιος ο ευνοϊκός υπέρ των οικονομικών φορέων θεσμός της προκαταρκτικής απόδειξης δια του ΤΕΥΔ, πλήττεται καίρια και ματαιώνεται ως προς τον σκοπό του, εκθέτοντας την αναθέτουσα και τρίτους συνδιαγωνιζομένους σε κινδύνους, προσβάλλει δε τις αρχές της

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και, επομένως, και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, σε περίπτωση εκούσιας ή μη ανακρίβειας, αποσιώπησης ή παράλειψης πληροφοριών ή και αναλήθειας εκ μέρους των δηλούντων δια του ΤΕΥΔ οικονομικών φορέων. Τούτο, ιδίως όταν οι αναληθώς δηλούμενες βεβαιώσεις και πιστοποιήσεις του προσφέροντα σχετίζονται με περίπτωση η οποία αν ήταν γνωστή θα μπορούσε ή/και θα έπρεπε να οδηγήσει σε αποκλεισμό του φορέα από τη σύναψη της σύμβασης δια πληρώσεως λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 του ν. 4412/2016, αφού ειδικώς σε αυτές τις περιπτώσεις διακινδυνεύεται η σύναψη σύμβασης, και δη εις βάρος κατάλληλων και νομίμως μετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης άλλων φορέων. Ως εκ τούτου, η εκ μέρους ενός οικονομικού φορέα αναληθής δήλωση βεβαίωση ή πιστοποίηση πληροφοριών, οι οποίες δύνανται ή ενδέχεται να στοιχειοθετήσουν, καταλήξουν ή να ερμηνευτούν από την αναθέτουσα ως λόγοι αποκλεισμού, συνιστούν αυτοτελείς λόγους κήρυξης της συνολικής προσφοράς ως απαραδέκτου και αποκλεισμού του δηλούντος δια του ΤΕΥΔ οικονομικού φορέα (βλ. ΑΕΠΠ 118/2017, 846/2018 αλλά και κατ' αναλογία ΣτΕ ΕΑ 526/2010 σκ.6).

57. Επειδή τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του ν. 4412/2016 πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που εγγυάται την ακώλυτη και επί ίσοις όροις πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημόσιων συμβάσεων (βλ. Α. Σπυρίδωνος, «*Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις*», ΘΠΔΔ 6/2017, σελ. 537 επόμ.). Επομένως, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται αυταποδείκτως να προβαίνουν σε ακριβείς υπεύθυνες δηλώσεις και ειδικά σε ΤΕΥΔ με ακριβές περιεχόμενο και απαντήσεις-δηλώσεις (βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 688, παρ.89), οι οποίες όχι μόνο δεν επιφέρουν τον αυτόματο

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

αποκλεισμό τους αλλά τους παρέχουν τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους –και παρά ταύτα- δεν διακυβεύεται η εκ μέρους τους ανάληψη της σύμβασης, και η ορθή εκτέλεσή της.

58. Επειδή «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει οικονομικό φορέα, εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού..., έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, πρόκειται για δυνητικό λόγο αποκλεισμού που προβλεπόταν και στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (άρθρο 43 παρ. 2 περ. ζ' του π.δ. 60/2007), με στόχο να αποθαρρύνει τους οικονομικούς φορείς από το να παρέχουν παραπλανητικές ή/και ανακριβείς ή /και αναληθείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Κατά μείζονα δε λόγο σήμερα, μετά την εισαγωγή νέων κανόνων για την προκαταρκτική απόδειξη και την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές (του Ε.Ε.Ε.Σ. για τις συμβάσεις άνω των ορίων και του Τ.Ε.Υ.Δ. για τις συμβάσεις κάτω των ορίων), κρίνεται ιδιαιτέρως σημαντική η διασφάλιση της ακρίβειας των πληροφοριών που οι οικονομικοί φορείς περιλαμβάνουν σε αυτά. Στον υπό εξέταση λόγο αποκλεισμού, δεν καθορίζονται με σαφήνεια οι περιπτώσεις ή /και οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες θα μπορούσαν να κριθούν “σοβαρές” οι ψευδείς δηλώσεις κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή. Αυτές κρίνονται *ad hoc* (κατά περίπτωση), λαμβάνοντας υπόψη... τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς (καθ' υποτροπή). Παράδειγμα: Για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεν θα αρκούσε, για τη στοιχειοθέτηση του υπό εξέταση λόγου αποκλεισμού, η διαπίστωση μίας και μόνης περίπτωσης αμελούς ή ακούσιας διαστρέβλωσης στοιχείων ή/και παροχής λανθασμένων στοιχείων από αυτόν κατά την παροχή πληροφοριών

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (Βλ. ο.π. Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 20).

59. Επειδή με την Απόφαση C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. κατά Województwo Łódzkie, της 4ης Μαΐου 2017, στο ερώτημα εάν «το άρθρο 45, παράγραφος 2, στοιχείο ζ΄, της οδηγίας 2004/18, το οποίο επιτρέπει τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, στην περίπτωση, μεταξύ άλλων, όπου αυτός είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των ζητούμενων από την αναθέτουσα αρχή πληροφοριών, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι μπορεί να εφαρμοστεί όταν πρόκειται για πληροφορίες ικανές να επηρεάσουν την έκβαση του διαγωνισμού, ανεξαρτήτως αν ο οικονομικός αυτός φορέας ενήργησε με δόλο» κρίθηκε : «Πρώτον, ότι το γράμμα του άρθρου 45, παράγραφος 2, στοιχείο ζ΄, της οδηγίας 2004/18 δεν περιέχει καμία αναφορά σε δόλο του οικονομικού φορέα. Ως εκ τούτου, η διαπίστωση της υπάρξεως δόλου δεν μπορεί να θεωρηθεί αναγκαίο στοιχείο για τον αποκλεισμό του οικείου οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση. Αντιθέτως, για να γίνει δεκτό ότι ο υποψήφιος είναι «ένοχος» κατά την έννοια της διατάξεως αυτής και για να αποκλειστεί, κατ' επέκταση, από δημόσια σύμβαση, αρκεί να έχει επιδείξει αρκετά βαριά αμέλεια, ήτοι αμέλεια ικανή να έχει καθοριστική επιρροή στις αποφάσεις αποκλεισμού, επιλογής ή αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή, για να αποκλείσει οικονομικό φορέα που υπέβαλε ψευδείς δηλώσεις από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, δεν οφείλει να αποδείξει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας ενήργησε με δόλο» (σκ. 70 και 71). Κατόπιν των ανωτέρω, στο έκτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 45, παράγραφος 2, στοιχείο ζ΄, της οδηγίας 2004/18, το οποίο επιτρέπει τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση, στην περίπτωση, μεταξύ άλλων, όπου αυτός είναι «ένοχος» σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των ζητούμενων από την αναθέτουσα αρχή πληροφοριών, έχει την έννοια ότι μπορεί να εφαρμοστεί όταν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει αρκετά βαριά αμέλεια, δηλαδή αμέλεια που μπορεί να έχει καθοριστική επιρροή στις αποφάσεις

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

αποκλεισμού, επιλογής ή αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως, χωρίς να χρειάζεται να διαπιστωθεί ότι ενήργησε με δόλο» (σκ.78 της εν λόγω απόφασης).

60. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έχει ομοίως ρητά τη διακριτική ευχέρεια να αποκλείσει οικονομικό φορέα, εάν κρίνει ότι αυτός έχει παράσχει έστω και εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν στον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, όπως εν προκειμένω. Ειδικότερα, η εν λόγω περίπτωση ομοίως «αποτελεί νέο δυνητικό λόγο αποκλεισμού, που εκπορεύεται και ενσωματώνει στο γράμμα του νόμου τη νομολογία του ΔΕΕ και συνδέεται με τη γενική αρχή που αναπτύχθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου (Αποφάσεις του Δικαστηρίου της 3ης Μαρτίου 2005, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, *Fabriscom*, όπ.π., καθώς και της 16ης Δεκεμβρίου 2008, υπόθεση C-213/07, *Μηχανική κατά ΕΣΡ*) η οποία επιτρέπει τον αποκλεισμό για τους ανωτέρω λόγους, με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας. (ο.π Κατευθυντήρια Οδηγία 20 ΕΑΑΔΗΣΥ).

61. Επειδή επί πλέον των ανωτέρω, σύμφωνα με την απόφαση ΔΕΕ της 24-10-2018 C-124/17 *Vossloh Laeis κατά Stadtwerke Munchen* η οποία έκρινε ad hoc επί θεμάτων εφαρμογής του -ήδη- άρθ. 73 του ν. 4412/2016 και ίδια επί πρότερων παραβάσεων της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού στο πλαίσιο άλλων διαγωνιστικών διαδικασιών κρίθηκε μεταξύ άλλων ότι αφετηρία της τριετούς περιόδου αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς είναι η ημερομηνία έκδοσης της απόφασης που διαπιστώνει την παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού και όχι ο χρόνος οπότε τελέστηκαν οι εν λόγω παραβάσεις, ενώ έχει επίσης ad hoc κριθεί (ΔΕΕ της 18-12-2014 C-470/13 *Generalí-Providencia*) ότι παράβαση κανόνων του ανταγωνισμού, όταν λόγω της παράβασης αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού κατά την έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» του άρθ. 45 παρ. 2 στοιχ. δ´ της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και άρθ. 57 παρ. 4 στοιχ. δ´ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και ήδη κατ´ άρθ. 73 παρ.

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

4 περ. θ του ν. 4412/2016. Η έννοια δε του επαγγελματικού παραπτώματος έχει κριθεί ότι περιλαμβάνει κάθε παραβατική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, αποδεικνυόμενη με κάθε πρόσφορο μέσο και όχι μόνο με δικαστική απόφαση ή απόφαση πειθαρχικού επαγγελματικού οργάνου (ΔΕΕ 13-12-2012 C-465/11 Forposta SA, ΕΑ ΣΤΕ 428/2011, 403/2010, 954/2009 κα)

62. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού 1) Η παρεμβαίνουσα στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε με την προσφορά της και ειδικά στο κεφάλαιο **Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα**, στο ερώτημα *Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες: ... Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης; Ναι Όχι* Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν: ..., απάντησε Όχι. Ομοίως στο ερώτημα *Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού; Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες:.... Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης; Ναι Όχι* Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν: ... η παρεμβαίνουσα απάντησε επίσης Όχι. Ομοίως στο ερώτημα *Έχει επιδείξει ο οικονομικός φορέας σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης , αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις; Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες:...* η παρεμβαίνουσα απάντησε επίσης Όχι. Στο δε ερώτημα *Μπορεί ο οικονομικός φορέας να επιβεβαιώσει ότι: α) δεν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) ήταν σε θέση να υποβάλλει χωρίς καθυστέρηση τα δικαιολογητικά*

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα δ) δεν έχει επιχειρήσει να ... να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση; ... η παρεμβαίνουσα απάντησε *Ναι*. ii) Επί τη βάση -μεταξύ άλλων και- των ως άνω μονοσήμαντων ουσιωδών ρητών και σαφών δηλώσεων της παρεμβαίνουσας στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε, με τις οποίες δηλώσεις προαπέδειξε ως ο νόμος (σκέψεις 38, 39, 40, 41) και η διακήρυξη (σκέψη 46 άρθ. 23.1.α) απαιτούν, την μη συνδρομή στο πρόσωπό της των λόγων αποκλεισμού της από την διαδικασία ως περιγράφονται στα άρθ. 73 παρ. 4 γ, στ, ζ, η, θ του ν. 4412/2016 (σκέψη 36) και στο άρθ. 22.Α.4 γ,στ, ζ, η, θ της διακήρυξης (σκέψη 46), αναδείχθηκε ως η προσωρινή ανάδοχος του επίμαχου έργου (σκέψη 6). Κατόπιν τούτου, κλήθηκε όπως προσκομίσει μεταξύ άλλων και την προβλεπόμενη στην διακήρυξη υπεύθυνη δήλωση (άρθ. 23.3.ε σκέψη 46 στο τέλος) ως απόδειξη ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό της οι επίμαχοι λόγοι αποκλεισμού των άρθ. 73 παρ. 4 γ, στ, ζ, η, θ του ν. 4412/2016 (σκέψη 36) και 22.Α.4 γ,στ, ζ, η, θ της διακήρυξης (σκέψη 46) και ίδια υπεύθυνη δήλωση ότι δεν συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, ούτε έχει επιδείξει σοβαρή ..πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιωδούς απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, ...που είχε ως αποτέλεσμα ...αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ούτε ότι έχει αποκρύψει πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού, ούτε ότι δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της διακήρυξης, ούτε ότι επιχείρησε να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, ούτε ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του iii) Όμως αντί της απαιτούμενης υπεύθυνης δήλωσης με το συγκεκριμένο ως άνω περιεχόμενο, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε όμως διάφορη υπεύθυνη δήλωση (σκέψη 7) με την οποία το πρώτον κατά το στάδιο της κατακύρωσης κατέστησε γνωστό ότι πράγματι συνέτρεχαν ήδη προ της υποβολής του

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

ΤΕΥΔ, λόγοι αποκλεισμού της από την διαδικασία τους οποίους όμως δεν είχε δηλώσει ως ώφειλε στο ΤΕΥΔ, στις επίμαχες ερωτήσεις του οποίου (βλ. αναλυτικά παραπάνω στην παρούσα σκέψη) όχι μόνο ρητώς και σαφώς δήλωσε υπευθύνως ότι δεν συντρέχει κανένας λόγος αποκλεισμού της αλλ' επί πλέον δήλωσε επίσης υπευθύνως ότι είναι σε θέση να προσκομίσει επιβεβαίωση τούτων και iv) Η παρεμβαίνουσα κατά το στάδιο της κατακύρωσης γνωστοποίησε την με αριθ. απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού η οποία της είχε κοινοποιηθεί την 15-1-2019 ήτοι προ της υποβολής του επίμαχου ΤΕΥΔ την 4-2-2019 (σκέψη 32), σύμφωνα με την οποία «...1. Σε συνέχεια ανυπόγραφης καταγγελίας που στάλθηκε ηλεκτρονικά στην Επιτροπή Ανταγωνισμού (εφεξής και ΕΑ) και είχε ως αντικείμενο τη συνάντηση εργοληπτικών εταιριών και συμφωνία μεταξύ τους για χειραγώγηση του διαγωνισμού δημοπράτησης του έργου κατασκευής «5ο Λύκειο Λαμίας (Τμ. Α1 και Β)» η οποία επρόκειτο να λάβει χώρα την επομένη ημέρα¹, η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (εφεξής και ΓΔΑ), ξεκίνησε αυτεπάγγελτη έρευνα σε διαγωνισμούς δημοπράτησης δημόσιων έργων του νομού Φθιώτιδας και ειδικότερα του έργου «5ο Λύκειο Λαμίας (Τμ. Α1 και Β)» ... 32. Με το πέρας των ως άνω διμερών συσκέψεων και καθώς διαπιστώθηκε από την ΕΑ ότι έχει επέλθει επαρκής βαθμός συναντίληψης με τα ενδιαφερόμενα μέρη αναφορικά με τα πραγματικά περιστατικά, τον νομικό τους χαρακτηρισμό, τη βαρύτητα και τη χρονική διάρκεια των παραβάσεων, το βαθμό απόδειξης των αιτιάσεων βάσει των αποδεικτικών στοιχείων και τον υπολογισμό του εύρους του προστίμου, υποβλήθηκαν πέντε (5) Προτάσεις Διευθέτησης Διαφοράς από τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις,,, και 33. Η Πρόταση Διευθέτησης Διαφοράς κάθε εμπλεκόμενης επιχείρησης περιελάμβανε κατά τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 27 της απόφασης 628/2016 της ΕΑ, ήτοι α) ανεπιφύλακτη παραδοχή με σαφείς όρους που δεν επιδέχονται παρερμηνεία της συμμετοχής της στην παράβαση του άρθρου 1 του ν. 703/1977, σύμφωνα με τα συμπεράσματα των διμερών συσκέψεων που διεξήχθησαν μεταξύ της ΕΑ και εκάστης εμπλεκόμενης επιχείρησης καθώς και της ευθύνης που συνεπάγεται για κάθε μία η συμμετοχή της στην εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

παράβαση, η οποία συμμετοχή περιγράφεται συνοπτικά αναφορικά με το αντικείμενό της, τα κύρια πραγματικά περιστατικά, τον νομικό χαρακτηρισμό της συμπεριλαμβανομένου του ρόλου έκαστης επιχείρησης, την ενδεχόμενη εφαρμογή της παράβασης και τη διάρκεια συμμετοχής έκαστης επιχείρησης στην παράβαση, ... 36. Μεταξύ των εμπλεκόμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων έγινε συντονισμός σε οργανωμένο πλαίσιο με σκοπό: α) την καταστολή προσφορών τους (bid suppression) κατά την αρχική ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού προκειμένου να καταλήξουν σε συμφωνία συντονισμού, β) τον καθορισμό εκ των προτέρων του αναδόχου σχήματος του έργου, της κοινοπραξίας δηλαδή που θα υπέβαλε την υψηλότερη έκπτωση στο διαγωνισμό, γ) την υποβολή εικονικών προσφορών ή προσφορών κάλυψης (cover bidding) από τους λοιπούς, πλην του μειοδότη, εμπλεκόμενους, δ) τον καθορισμό του ύψους των εκπτώσεων που θα προσέφεραν ο προσυμφωνηθείς ανάδοχος και οι λοιποί εμπλεκόμενοι στο διαγωνισμό, ώστε να μεγιστοποιούνται οι πιθανότητες ο συμφωνηθείς ως μειοδότης να αναδειχθεί ανάδοχος, ε) την άμεσα συνδεδεμένη με την χειραγώγηση του διαγωνισμού και του καθορισμού ποσοστού έκπτωσης, ανταλλαγή μεταξύ ανταγωνιστών ευαίσθητων εμπορικών πληροφοριών σχετικών με την συμμετοχή ή τη μη συμμετοχή εκάστου στον επικείμενο διαγωνισμό και το ύψος της προσφοράς που επρόκειτο να υποβάλει, στ) την εφαρμογή μηχανισμού «αποζημίωσης» των εταιριών που θα αποσύρονταν από την ουσιαστική διεκδίκηση του διαγωνισμού δίνοντας εικονικές προσφορές, ζ) ο ανωτέρω συντονισμός επέφερε το επιθυμητό αποτέλεσμα, υπό την έννοια ότι το διαγωνισμό κέρδισε τελικά η προεπιλεγείσα, δυνάμει της καρτελικής σύμπραξης, κοινοπραξία των εταιριών και Μεταξύ της 1.3.2011 και της 14.3.2011 οι ενδιαφερόμενες για τον διαγωνισμό εταιρίες ήρθαν σε επικοινωνία και αποφάσισαν συνάντησή τους στο ξενοδοχείο στις 9.3.2011. Κατά την εν λόγω συνάντηση επιλέχθηκε η κοινοπραξία (εφεξής και Κ/Ξ) της με την που θα υπέβαλε την υψηλότερη έκπτωση, ενώ παράλληλα καθορίστηκε και το ύψος αυτής. Ταυτοχρόνως, επελέγησαν και οι λοιπές εταιρίες που θα συμμετείχαν στον διαγωνισμό με προσφορές κάλυψης

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

και καθορίστηκαν οι εκπτώσεις που θα προσέφεραν οι εν λόγω εταιρίες. Συμφωνήθηκε, επίσης, η αποζημίωση που θα λάμβαναν οι επιχειρήσεις που θα πρόσφεραν εικονικές προσφορές κάλυψης. Τα υπεργολαβικά που απεστάλησαν από την σε αυτό ακριβώς αποσκοπούσαν, στην εξασφάλιση της τήρησης των ανωτέρω συμφωνηθέντων. Τελικά εφαρμόστηκαν τα συμφωνηθέντα και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στην προσυμφωνηθείσα ανάδοχο Κοινοπραξία. 39. Όλες οι ενδιαφερόμενες εταιρίες δήλωσαν ρητά ότι η διάρκεια συμμετοχής τους στο καρτέλ ήταν από 1.3.2011, ημερομηνία διεξαγωγής του αρχικού διαγωνισμού έως 14.3.2011, ημερομηνία διεξαγωγής του επαναληπτικού διαγωνισμού.... 72. Δεδομένης της υπαγωγής της υπόθεσης στη Διαδικασία Διευθέτησης Διαφορών, το πρόστιμο για κάθε μία εταιρία μειώνεται κατά 15%⁹¹, ανερχόμενο τελικά στα εξής επίπεδα: 35.723,71... ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ Η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αποφάσισε ομόφωνα και σε φανερή ψηφοφορία τα ακόλουθα: Α. Διαπιστώνει την περιγραφείσα στο σκεπτικό παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977, από τις παρακάτω επιχειρήσεις, ως ακολούθως: ...2) από την εταιρία με για το χρονικό διάστημα από 1.3.2011 μέχρι 14.3.2011... Β. Επιβάλλει πρόστιμο στις κατωτέρω εμπλεκόμενες επιχειρήσεις για την ως άνω παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977, για τη διάρκεια συμμετοχής εκάστης στην παράβαση κατά το ανωτέρω χρονικό διάστημα, ως ακολούθως: ...2) Στην εταιρία πρόστιμο ύψους τριανταπέντε χιλιάδων επτακοσίων εικοσιτριών ευρώ και εβδομήντα ενός λεπτών (35.723,71 €)...» Κατά συνέπεια πλημμελώς και κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και του νόμου εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αντί να απορριφθεί άνευ ετέρου η προσφορά της παρεμβαίνουσας λόγω διαπιστωθείσας και δη ομολογημένης μετ' αποδεικτικών στοιχείων ανακριβούς δήλωσης στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε περί μη συνδρομής στο πρόσωπό της λόγων αποκλεισμού, ενώ απεδείχθη ότι συνέτρεχαν οι λόγοι αυτοί, και δη διαπιστωμένη παράβαση της νομοθεσίας του ανταγωνισμού, ήτοι σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όμως κλήθηκε η παρεμβαίνουσα όπως προσκομίσει στοιχεία περί επανορθωτικών μέτρων προς

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

αποκατάσταση της αξιοπιστίας της. Ειδικότερα, η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορριφθεί σύμφωνα ιδία με το άρθ. 103 παρ. 3 και 5 του ν. 4412/2016 (σκέψη 22), το άρθ. 4.2 παρ. δ περ. Ι) και ΙΙ) της διακήρυξης (σκέψη 23 και 46), καθώς και σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στα άρθ. 73 παρ. 4 γ, στ, ζ, η, θ του ν. 4412/2016 (σκέψη 36) και στο άρθ. 22.Α.4 γ,στ, ζ, η, θ της διακήρυξης (σκέψη 46) καθώς και την αρχή της νομιμότητας της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (σκέψεις 47, 48, 49, 50, 54). Και τούτο διότι η ανακρίβεια του υποβληθέντος από την παρεμβαίνουσα ΤΕΥΔ αποτελεί αυτοτελή ρητό σαφή και διακεκριμένο λόγο απόρριψης της προσφοράς της, σύμφωνα με τις παραπάνω διατάξεις του άρθ. 103 παρ. 3 και 5 του ν. 4412/2016 (σκέψη 22), και του άρθ. 4.2 παρ. δ περ. Ι) και ΙΙ) της διακήρυξης (σκέψη 23, βλ. επίσης και σκέψεις 41. ΚΟ 15 ΕΑΑΔΗΣΥ κεφ. Δ, και σκέψεις 56, 57, 58, 59, 60), μη νοουμένης εν προκειμένω της χορήγησης δικαιώματος στην παρεμβαίνουσα όπως εκ των υστέρων και δη κατά το στάδιο της κατακύρωσης προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία περί των μέτρων επανόρθωσης και αποκατάστασης της αξιοπιστίας της. Και τούτο επειδή ως προκύπτει από το ίδιο το ΤΕΥΔ, ο χρόνος και ο τρόπος κατά τον οποίο υποχρεούται ο διαγωνιζόμενος όπως δηλώσει τα επανορθωτικά μέτρα και στοιχεία αποκατάστασης της αξιοπιστίας του δεν επαφίεται ούτε στην κρίση του διαγωνιζόμενου, ούτε στην κρίση της αναθέτουσας αρχής. Αλλά αντιθέτως, ο χρόνος υποβολής των στοιχείων τούτων είναι ο χρόνος υποβολής του ΤΕΥΔ και ο τρόπος υποβολής τούτων είναι αυτό τούτο το ΤΕΥΔ και ιδία οι απαντήσεις του διαγωνιζόμενου στα οικεία ως άνω πεδία. Συνεπώς προκύπτει ότι το δικαίωμα κάθε διαγωνιζόμενου όπως προσκομίσει στοιχεία αποδεικτικά των επανορθωτικών μέτρων αποκατάστασης της αξιοπιστίας του, σύμφωνα με τα άρθ. 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 (σκέψη 36) και του άρθ. 22.Α.7 της διακήρυξης (σκέψη 46), δεν ασκείται κατά πάντα χρόνο, κατ' επιλογήν του διαγωνιζόμενου ή της αναθέτουσας αρχής, αλλά συντεταγμένα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην διακήρυξη και ιδία κατά το στάδιο κατάθεσης των προσφορών με την κατάθεση ορθού, ακριβούς και πλήρους ΤΕΥΔ, όπου απαιτείται να

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

δηλώνονται τόσο οι λόγοι αποκλεισμού από την διαδικασία όσο και τα τυχόν επανορθωτικά μέτρα, ώστε πάντα ταύτα να κρίνονται ήδη κατά το στάδιο ελέγχου των προσφορών και όχι αδιακρίτως οποτεδήποτε. Τυχόν αντίθετη παραδοχή, ως υποστηρίζεται από την παρεμβαίνουσα και την αναθέτουσα αρχή, ήτοι ότι εφόσον προκύπτει ανακρίβεια του ΤΕΥΔ και συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού οι οποίοι γνωστοποιούνται το πρώτον κατά την κατακύρωση, όμως παρά ταύτα χωρεί προσκόμιση κατά το στάδιο τούτο επανορθωτικών στοιχείων αποκατάστασης της αξιοπιστίας του προσωρινού αναδόχου είναι απορριπτέα διότι i) Αντίκεινται στο σαφές γράμμα του ΤΕΥΔ σύμφωνα με το οποίο ρητώς καλείται ο διαγωνιζόμενος όπως δηλώσει τόσο την συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του όσο και τα επανορθωτικά μέτρα που έχει λάβει προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του, ii) Αντίκεινται επίσης και στο σαφές γράμμα του άρθ. 103 παρ. 3 και 5 του ν. 4412/2016 (σκέψη 22), και του άρθ. 4.2 παρ. δ περ. I) και II) της διακήρυξης (σκέψη 23, βλ. επίσης και σκέψεις 41. ΚΟ 15 ΕΑΑΔΗΣΥ κεφ. Δ, και σκέψεις 56, 57, 58, 59, 60) σύμφωνα με τα οποία εφόσον διαπιστωθεί κατά το στάδιο της κατακύρωσης η ανακρίβεια των δηλωθέντων στο ΤΕΥΔ και εν προκειμένω η συνδρομή λόγων αποκλεισμού, απορρίπτεται άνευ ετέρου η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, και iii) Αντίκεινται επίσης και στο άρθ. 79, και 91 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 38 και 42), και στο άρθ. 23.1.α της διακήρυξης, καθώς ενώ έχει γίνει προαποδεικτικά δεκτή με το ΤΕΥΔ η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, όμως κατά την οφειλόμενη απόδειξη στο στάδιο της κατακύρωσης κατ' άρθ. 103 του ν. 4412/2016, θα ανετρέπετο η διεξαχθείσα προαπόδειξη και ουσιαστικά θα παρέμενε άνευ νομίμου ερείσματος η απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου που ελήφθη ακριβώς ερειδόμενη επί της προαπόδειξης ήτοι επί τη βάσει του ΤΕΥΔ, δημιουργουμένου ανεπίτρεπτου χάσματος νομιμότητας της διαδικασίας, και iv) Αντίκεινται στο άρθ. 104 του ν. 4412/2016 (σκέψη 45), και στο άρθ. 23.2 της διακήρυξης (σκέψη 46), καθώς σε αντίθεση με όσα προβλέπονται, ενώ οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής και δη η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού αποδεδειγμένα βάσει του ΤΕΥΔ δεν συνέτρεχαν κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς, όμως παρά ταύτα η προσφορά θα γινόταν δεκτή

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

εφόσον και μόνον απεδείχθη το αντίθετο κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης ήτοι ότι συνέτρεξαν επανορθωτικά μέτρα. Όμως σύμφωνα με τις παραπάνω διατάξεις η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού οφείλεται να συντρέχει ομοιόμορφα και απαρέγκλιτα καθ' όλη την διάρκεια της διαδικασίας από την υποβολή της προσφοράς μέχρι και την σύναψη της σύμβασης, και όχι οτέ μιν να αποδεικνύεται ότι δεν συντρέχει και οτέ δε να αποδεικνύεται ότι συντρέχει. Για τους λόγους αυτούς είναι ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά παραδοχή του μόνου λόγου της προσφυγής, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντίθετων ισχυρισμών της παρέμβασης.

47. Επειδή περαιτέρω είναι αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της παρέμβασης ότι ορθά και με ακρίβεια συμπλήρωσε στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε, ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της από την διαδικασία, διότι λαμβάνοντας υπ' όψιν την απόφαση με αριθ. 1082/2018 ΑΕΠΠ, επί άλλης διαδικασίας, εξέλαβε ότι δεν απαιτείται όπως δηλώσει λόγους αποκλεισμού και ίδια τις παραβάσεις της του δικαίου του ανταγωνισμού, επειδή οι παραβάσεις αυτές αφορούσαν σε άλλο διαγωνισμό και όχι στον υπό εξέταση. Ωστόσο οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι επειδή i) Οι αποφάσεις ΑΕΠΠ δεν δεσμεύουν εν γένει τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς αλλά μόνον τους φορείς της εκάστοτε συγκεκριμένης προδικαστικής προσφυγής που άγεται προς κρίση, και ii) Οι αποφάσεις ΑΕΠΠ δεν διατυπώνουν γενικές κρίσεις και γενικές νομικές αξιολογήσεις εν είδει κανόνος εφαρμόσιμου εν γένει σε όλες τις διαδικασίες πέραν της εκάστοτε εξεταζόμενης και iii) Οι αποφάσεις ΑΕΠΠ υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο σύμφωνα με τα άρθ. 372 επ. ν. 4412/2016, και εν προκειμένω η επικαλούμενη απόφαση έχει ήδη ανασταλεί σύμφωνα με την ΣτΕ ΕΑ 40/2019 όπου κρίθηκε ότι «...15. Επειδή, η προέχουσα ως άνω αιτιολογία της πράξεως της ΑΕΠΠ πιθανολογείται σοβαρά ότι είναι μη νόμιμη, όπως βασίμως προβάλλεται με την αίτηση. Ειδικότερα, όπως συνάγεται από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία (βλ. ιδίως σκ. 101 και 102 του προοιμίου της) όσο και ο νόμος 4412/2016 και η προαναφερθείσα διακήρυξη αποσκοπούν ν' αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας. Η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του οικονομικού φορέα προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με την σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού. Για τον λόγο, άλλωστε, αυτόν παρέχεται στην Αρχή η εξουσία να στηριχθεί όχι μόνο σε διαπιστώσεις σχετικά με την συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, αλλά και σε «επαρκώς εύλογες ενδείξεις», οι οποίες οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο εν λόγω φορέας συνήψε τέτοιες συμφωνίες στο παρελθόν. Η ερμηνεία αυτή προκύπτει, άλλωστε, σαφώς και από την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 24.10.2018 επί της υποθέσεως C-124/17, (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke München GmbH), η οποία, εφ' όσον επέλυσε το ζήτημα του χρονικού σημείου ενάρξεως της προβλεπομένης από το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 56 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24 προθεσμίας (χρόνος εκδόσεως της σχετικής αποφάσεως της αρμοδίας Αρχής και όχι χρόνος συντελέσεως της παραβάσεως), έχει προδήλως δεχθεί, εν όψει του πραγματικού εκείνης της υποθέσεως το λογικώς προαπαιτούμενο, ότι δηλαδή το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επίμαχης διαδικασίας αναθέσεως και ασυνδέτως προς αυτήν. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού που έχουν συναφθεί αποκλειστικά στο πλαίσιο του εκάστοτε τρέχοντος διαγωνισμού, υπολαμβάνει το άτοπο, ότι δηλαδή ο υποβαλών προσφορά για συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας καλείται να παραδεχθεί ταυτόχρονα, ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού του από την συγκεκριμένη διαδικασία, και δη λόγος ανεπίδεκτος θεραπείας, αφού δεν νοείται στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής η εκ μέρους του φορέα επίκληση των προβλεπομένων από το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24 (παράγραφοι 7 και 6, πρώτα εδάφια) περιστάσεων άρσεως του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού (λ.χ. λήψη μέτρων αυτοκαθάρσεως, πάροδος τριετίας κ.λπ.)....» (βλ. και Αθ. Τσιρωνά

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

σε εισήγηση που αναπτύχθηκε στην επιμορφωτική διημερίδα, που οργάνωσε η Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργών στην Θεσσαλονίκη στις 15 και 16 Οκτωβρίου 2018, με θέμα «Δημόσιες Συμβάσεις - Κρατικές Ενισχύσεις», και σχολιασμός Χ. Συνοδινός σε Θεωρία & Πράξη Διοικητικού Δικαίου 2019, 4), και iv) Επί πλέον δε τα σαφή και ρητά ως άνω ερωτήματα του ΤΕΥΔ Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες: ... Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης; Ναι Όχι Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν: και Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού; Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες:.... Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης; Ναι Όχι Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν: ... και Έχει επιδείξει ο οικονομικός φορέας σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης , αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις; Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες:.... Μπορεί ο οικονομικός φορέας να επιβεβαιώσει ότι: α) δεν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) ήταν σε θέση να υποβάλλει χωρίς καθυστέρηση τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα δ) δεν έχει επιχειρήσει να ... να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση; ... αφορούν σε απλά πραγματικά περιστατικά κατά νόμον πρόσφορα, όπως επί τη βάσει των σχετικών απαντήσεων αχθεί η αναθέτουσα αρχή σε κρίση αν συντρέχουν ή όχι λόγοι αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου από την διαδικασία. Ειδικότερα δεν καλείται ο

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

διαγωνιζόμενος όπως απαντήσει στα ερωτήματα αυτά, κατόπιν αξιολογικής κρίσης και στάθμισης της έννοιας αυτών, αλλά απλώς καλείται να αναφέρει πραγματικά περιστατικά, χορηγούμενης και την δυνατότητας όπως παρατεθούν και τυχόν επανορθωτικά μέτρα, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να κρίνει επί πραγματικών περιστάσεων στοιχείων και γεγονότων. Συνεπώς η παρεμβαίνουσα όφειλε να παραθέσει στο ΤΕΥΔ τα πραγματικά περιστατικά ως αναφέρονται στην παραπάνω απόφαση 674/2018 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, μνημονεύοντας και την απόφαση αυτή καθώς και όσα επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης έλαβε. Δεδομένου μάλιστα ότι συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού από την διαδικασία, σύμφωνα με το άρθ. 73 παρ. 4 περ. η ν. 4412/2016 και το άρθ. 22.Α.4.η της διακήρυξης η τυχόν παροχή έστω και εξ αμελείας παραπλανητικών πληροφοριών στο ΤΕΥΔ ικανές να επηρεάσουν ουσιαδώς την απόφαση ανάθεσης της σύμβασης, ως εν προκειμένω αδιαμφισβήτητα η παράβαση της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού, είναι προφανές ότι ιδρύεται εκ του νόμου ειδικό και επαυξημένο καθήκον επιμελείας του διαγωνιζόμενου, ο οποίος οφείλει να αναφέρει κάθε σχετική χρήσιμη πληροφορία, άλλως κινδυνεύει όπως λαμβάνοντας υπ' όψιν εξωγενείς νομικές αξιολογήσεις παράσχει εν τέλει με δικό του κίνδυνο παραπλανητικές πληροφορίες ή ακόμη και καμία πληροφορία ως εν προκειμένω. Επί πλέον δε τυχόν επικαλούμενη μεταστροφή ή εξέλιξη της νομολογίας ή των αξιολογικών κρίσεων της ΑΕΠΠ περί του τι ακριβώς συνιστά ή δεν συνιστά επαγγελματικό παράπτωμα ή παράβαση του ανταγωνισμού, σε καμία περίπτωση δεν συνιστά νέο πραγματικό γεγονός που να δικαιολογεί την απουσία παράθεσης στο ΤΕΥΔ των ως άνω ζητούμενων πραγματικών περιστατικών. Μάλιστα δε κατά ακριβώς αντίστροφο σχήμα, τα οφειλόμενα όπως δηλωθούν και δηλούμενα στο ΤΕΥΔ του διαγωνιζόμενου απλά πραγματικά περιστατικά, δεν νοείται όπως επιλέγονται εκ των προτέρων αναλόγως των απόψεων των διαγωνιζομένων, αλλά αξιολογούνται εν συνεχεία από την αναθέτουσα αρχή, καθώς και εν δυνάμει προδικαστικά και δικαστικά σύμφωνα πρωτίστως με τον νόμο και δευτερευόντως κατά τα υπάρχοντα πορίσματα της νομολογίας και της επιστήμης ή και εξελικτικά με νέες αξιολογήσεις. Συνεπώς και για

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

τους λόγους αυτούς είναι ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά παραδοχή του μόνου λόγου της προσφυγής, απορριπτομένων ως αβασίμων των ισχυρισμών της παρέμβασης.

48. Επειδή περαιτέρω είναι αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της παρέμβασης ότι οι είναι ασαφείς οι όροι της διακήρυξης και ιδία η επίμαχη ερώτηση-πεδίο του ΤΕΥΔ : *Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού; Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες:.... Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης; Ναι Όχι Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν: ...* διότι δεν προκύπτει -κατά την παρεμβαίνουσα- αν καλείται να αναφέρει παραβάσεις που αφορούν στον υπό εξέταση διαγωνισμό ή σε παρελθόντες διαγωνισμούς, και συνεπώς δεν δύναται να θεωρηθεί ότι υπέβαλε ανακριβές ΤΕΥΔ, διότι ακριβώς λόγω της ισχυριζόμενης ασάφειας εξέλαβε ότι καλείται να απαντήσει επί του παρόντος διαγωνισμού επί του οποίου πράγματι δεν προκύπτει ότι συνέτρεξε περίπτωση παράβασης της νομοθεσίας του ανταγωνισμού. Ο ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος επειδή, παρά τα αντίθετα που ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, δεν συντρέχει η επικαλούμενη ασάφεια του ΤΕΥΔ, ως τούτο : i) Προκύπτει από απλή ανάγνωση του επίμαχου ερωτήματος-πεδίου το οποίο ουδόλως διακρίνει, και συνεπώς κατά το σαφές γράμμα του καταλαμβάνει αδιακρίτως πάσα συμφωνία στρέβλωσης του ανταγωνισμού στα πλαίσια κατ' αρχήν πάσης διαγωνιστικής διαδικασίας παρούσης ή παρελθούσης, και ii) Έχει ad hoc κριθεί ως άνω (σκέψη 47) με την ΣΤΕ ΕΑ 40/2019 ότι το επίμαχο ερώτημα-πεδίο καταφανώς καταλαμβάνει ιδίως τις παρελθούσες διαγωνιστικές διαδικασίες, για τους λόγους που εναργώς αναφέρονται και iii) Ως επίσης ad hoc αναφέρεται και στην Πράξη 291/2019 του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου «... 3.3 Όπως συνάγεται από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία (βλ. ιδίως σκ. 101 και 102 του προοιμίου της) όσο και ο νόμος 4412/2016 ...αποσκοπούν να αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφίβολης αξιοπιστίας και ακεραιότητας. Η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας των οικονομικών φορέων προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με τη σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού. Η ερμηνεία αυτή συνάγεται, άλλωστε σαφώς και από την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 24.10.2018 επί της υπόθεσης C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH Stadtwerke κατά München GmbH) η οποία ...έχει προδήλως δεχθεί, ενόψει του πραγματικού εκείνης της υπόθεσης το λογικώς προαπαιτούμενο, ότι δηλαδή το άρθρο 57 παρ. 4 περ (δ) της Οδηγίας 2014/24 (άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν.4412/2016) αναφέρεται σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επίμαχης διαδικασίας ανάθεσης και ασυνδέτως προς αυτήν. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία το άρθρο 57 παρ. 4 περ (δ) της Οδηγίας αναφέρεται σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού που έχουν συναφθεί αποκλειστικά στο πλαίσιο του εκάστοτε τρέχοντος διαγωνισμού, υπολαμβάνει το άτοπο, ότι δηλαδή ο υποβάλλων προσφορά για συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας καλείται να παραδεχθεί ταυτόχρονα ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού του από τη συγκεκριμένη διαδικασία, και μάλιστα λόγος ανεπίδεκτος θεραπείας, αφού δεν νοείται στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής, η εκ μέρους του φορέα επίκληση των προβλεπόμενων από το άρθρο 57 της Οδηγίας (παράγραφοι 7 και 6, πρώτα εδάφια) περιστάσεων άρσης του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού (λ.χ. λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης, πάροδος τριετίας κλπ)...», ενώ iv) Επί πλέον εφόσον η παρεμβαίνουσα έκρινε ότι το επίμαχο ερώτημα-πεδίο του ΤΕΥΔ έπασχε ασάφειας, μπορούσε και όφειλε να ζητήσει και να λάβει σχετική διευκρίνηση από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθ. 2 παρ. ιγ της διακήρυξης, πράγμα το οποίο δεν έπραξε, υποστηρίζοντας εκ των υστέρων ότι συντρέχει ασάφεια της διακήρυξης. Συνεπώς και για τους λόγους αυτούς είναι ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά παραδοχή του μόνου λόγου της προσφυγής, απορριπτομένων ως αβασίμων των ισχυρισμών της παρέμβασης.

49. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

Αριθμός απόφασης: 763 /2019

50. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

51. Επειδή πρέπει να απορριφθεί η παρέμβαση.

52. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη 50, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στη προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 27.06.2019 και εκδόθηκε την 17.07.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Λαμπρινή Φώτη