

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 10 Ιανουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη

Για να εξετάσει Α) εκ νέου και σε συμμόρφωση προς τη με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ (Δ΄ Τμήμα) τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον δ.τ. «..... Α.Ε.», που εδρεύει στην Αθήνα, επί της Λεωφ., αριθ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «πρώτος προσφεύγων» ή «.....»)

Κατά του «Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» που εδρεύει στον Πειραιά Αττικής, επί της Ακτής Μιαούλη, αρ. 10, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «Ο.Λ.Π.») και κατά όρων της Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1^ο στάδιο) για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α΄)» που δημοσιεύτηκε στις 02.08.2018 με αριθ.2018/S147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «προσβαλλόμενη πρόσκληση» ή «προσβαλλόμενη διακήρυξη») και

Για να εξετάσει Β) την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1286/03-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή της Κοινοπραξίας Εταιρειών, με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην Αθήνα, επί της Λεωφ., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «δεύτερος προσφεύγων» ή «Κοινοπραξία»)

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

Κατά του «Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» που εδρεύει στον Πειραιά Αττικής, επί της Ακτής Μιαούλη, αρ. 10, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «Ο.Λ.Π.») και κατά της από 21-11-2018 με αρ. πρωτ. 47823/22-11-2018 Έκθεσης Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, που κοινοποιήθηκε στον δεύτερο προσφεύγοντα με την με αρ. πρωτ. 47920/22-11-2018 Πράξη του Ο.Λ.Π. (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), καθώς και κατά κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης του Ο.Λ.Π., που εκδόθηκε στα πλαίσια του διαγωνισμού που προκήρυξε ο Ο.Λ.Π. με την προσβαλλόμενη με την πρώτη υπό εξέταση προσφυγή πρόσκληση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την από 02-08-2018 και με αριθ. 2018/S 147-335687 δημοσιευθείσα στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης Πρόσκληση του «Ο.Λ.Π.» κλήθηκαν οι ενδιαφερόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις να συμμετάσχουν στο 1^ο Στάδιο (Προεπιλογή) του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α΄)», προϋπολογισμού υποβολής προσφορών 136.283.800,00 € (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.), με καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή εκδήλωσης ενδιαφέροντος την 31.08.2018 και με κριτήριο ανάθεσης τη συνολικά χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή.

2. Επειδή, με την πρώτη υπό εξέταση με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 προδικαστική προσφυγή, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον δ.τ. «..... Α.Ε.», μέλος της Κοινοπραξίας Εταιρειών, με την επωνυμία «.....», αιτήθηκε την ακύρωση / τροποποίηση του όρου της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, της παράλειψης

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

απαίτησης περί συμπλήρωσης Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) και τη σαφή πρόνοια για την εφαρμογή του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν.4412/2016, εφόσον διατηρούνταν τροποποιημένος ο ανωτέρω όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της πρόσκλησης. Η προδικαστική προσφυγή αυτή εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της επταμελούς σύνθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 1229/17-09-2018 Πράξης του Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017). Την 9^η Οκτωβρίου 2018 εκδόθηκε η με αριθμό 1/2018 Απόφαση της επταμελούς σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π., με την οποία η ως άνω προδικαστική προσφυγή της «..... ΑΕ» απερρίφθη, ως απαράδεκτη, λόγω αναρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π. για την εξέτασή της. Ακολούθως, ο Ο.Λ.Π. επανεκκίνησε το διαγωνισμό, ο οποίος είχε ανασταλεί, δυνάμει της με αριθμό Α375/2018 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της πιο πάνω προδικαστικής προσφυγής, και ορίστηκε νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής Φακέλων Προεπιλογής (1^{ου} Σταδίου) η 22^α Οκτωβρίου 2018. Μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν Φάκελο και αξιολογήθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού ήταν και ο δεύτερος προσφεύγων οικονομικός φορέας, Κοινοπραξία Εταιρειών, με την επωνυμία «.....».

3. Επειδή, ακολούθως, η εταιρεία με την επωνυμία «..... Α.Ε.», με την με αρ. κατάθεσης 311/18-10-2018 Αίτηση Αναστολής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ) ζήτησε την αναστολή εκτέλεσης της ανωτέρω αναφερομένης με αρ. 1/2018 Απόφασης της επταμελούς σύνθεσης

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

της Α.Ε.Π.Π. Στην Αίτηση Αναστολής της αυτή, η αιτούσα επανέφερε ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου τους ισχυρισμούς που είχε επικαλεστεί και στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προδικαστική προσφυγή της, βάλλοντας κατά του όρου 15.1.7 της προσβαλλόμενης πρόκλησης. Επιπλέον, ισχυρίστηκε ότι εσφαλμένα η Α.Ε.Π.Π. απέρριψε την προσφυγή της ως απαράδεκτη, λόγω αναρμοδιότητας. Τέλος, λόγω της αδυναμίας της να συμμετάσχει στο διαγωνισμό ένεκα του βαλλόμενου όρου και της εντεύθεν βλάβης της, αιτήθηκε από το Δικαστήριο την αναστολή της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, άλλως επικουρικώς της ισχύος του επίμαχου όρου.

4. Επειδή, πριν από την έκδοση απόφασης από το ΣΤΕ επί της προαναφερόμενης Αίτησης Αναστολής από το Δικαστήριο, εξεδόθη η από 21-11-2018 με αρ. πρωτ. 47823/22-11-2018 Έκθεση Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, που κοινοποιήθηκε στην Κοινοπραξία Εταιρειών, με την επωνυμία «.....» με την με αρ. πρωτ. 47920/22-11-2018 Πράξη του Ο.Λ.Π., δυνάμει της οποίας η Κοινοπραξία αποκλείστηκε, διότι η εκ των μελών της, ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «..... ΑΕ», δε διέθετε το επαγγελματικό προσόν του άρθρου 15.1.7 της Πρόσκλησης (Κριτήρια Επιλογής ON/OFF).

5. Επειδή, με τη δεύτερη υπό εξέταση, με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 1286/03-12-2018 προδικαστική προσφυγή της, η Κοινοπραξία Εταιρειών, με την επωνυμία «.....», αιτείται την ακύρωση της πιο πάνω Έκθεσης Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απέκλεισε τη συμμετοχή της από το διαγωνισμό, ισχυριζόμενη ότι ο αποκλεισμός της ερείδεται σε μη νόμιμο όρο της προσβαλλόμενης πρόσκλησης. Συγκεκριμένα, επαναφέρει τους ισχυρισμούς που η εκ των μελών της, εταιρεία με την επωνυμία «..... ΑΕ» είχε επικαλεστεί στη με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 προδικαστική προσφυγή της και ισχυρίζεται ότι ο όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, με τον οποίο εισάγεται λόγος

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

αποκλεισμού/κριτήριο επιλογής των διαγωνιζομένων, παραβιάζει την ευρωπαϊκή και εθνική νομοθεσία, περαιτέρω δε τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διάκρισης, όπως αυτές προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 8 παρ. 2 του κυρωτικού ν. 4404/2016, διατρέχουν δε και το ν. 4412/2016 και αποτελούν πάγια εθνική και ευρωπαϊκή νομολογία, αλλά και το άρθρο 25^α του Ν. 3959/2011. Επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας που η κοινοπραξία είχε σωρεύσει στην προδικαστική προσφυγή της εξεδόθη η με αριθμό Α1/2018 απορριπτική απόφαση της επταμελούς σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π. Η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της επταμελούς σύνθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 1687/04-12-2018 Πράξης του Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2 - 3, 5 - 9, 12 - 15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2 - 3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

6. Επειδή, την 30-11-2018 εξεδόθη η με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ (Δ' Τμήμα), κατά το διατακτικό της οποίας η πιο πάνω Αίτηση Αναστολής της ανώνυμης εταιρείας «..... Α.Ε.» γίνεται δεκτή και ανεστάλη η με αριθμό 1/2018 Απόφαση της επταμελούς σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π. και η πρόοδος του επίμαχου διαγωνισμού του «Ο.Λ.Π.».

7. Επειδή, οι προσβαλλόμενοι όροι της επίμαχης πρόσκλησης, όπως και η ίδια η πρόκληση, εξακολουθούν να παράγουν τα έννομα αποτελέσματά τους, διότι, αν και είχαν προσβληθεί, δεν ακυρώθηκαν με τη με αριθμό 1/2018 Απόφαση της επταμελούς σύνθεσής της ΑΕΠΠ, κατά συνέπεια και ενόψει των αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ισότητας που πρέπει να

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

εφαρμόζονται στους δημόσιους διαγωνισμούς, συνεχίζουν να συνιστούν το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει το επίμαχο διαγωνισμό και να δεσμεύουν τόσο τους συμμετέχοντες σε αυτόν όσο και το φορέα που τον διενεργεί (ΣΤΕ 2635/2009 κ.ά.). Ούτε, άλλωστε, αφορά την ισχύ τους, η εκδοθείσα σχετική με το διαγωνισμό αυτό με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ (Δ' Τμήμα). Δοθέντος, όμως, ότι ο αποκλεισμός της κοινοπραξίας εταιρειών, με την επωνυμία «.....», κατά το 1^ο στάδιο του διαγωνισμού, ερείδεται επί των όρων αυτών, η παρούσα σύνθεση κρίνει ότι, προκειμένου να αποφανθεί επί της δεύτερης υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, εντός της αποκλειστικής προθεσμίας της παρ. 1 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016, επιβάλλεται, συμμορφούμενη προς τη με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ (Δ' Τμήμα), με την οποία κρίθηκε ότι η Α.Ε.Π.Π. έχει αρμοδιότητα να εξετάσει την ενώπιόν της αχθείσα σχετική προδικαστική προσφυγή να εκδώσει αιτιολογημένη επί της ουσίας απόφαση επ' αυτής. Τούτο, δε, και με δεδομένο ότι η δυνατότητά της αυτή, προβλέπεται στην διάταξη της παραγράφου 5 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, καθώς η Α.Ε.Π.Π. είναι το όργανο που εξέδωσε την προσβληθείσα απόφαση που ανεστάλη, αποσκοπεί δε στην ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή και ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάθεσης της παρούσας σύμβασης και στην αποτροπή περαιτέρω δικαστικών διενέξεων, χωρίς να παραβλέπεται η τήρηση της νομιμότητας, η οποία εξασφαλίζεται με την πρόβλεψη της προσωρινής δικαστικής προστασίας (πρβλ. ΣΤΕ 1217/2018), του δικαιώματος, δηλαδή, τόσο των διαγωνιζόμενων όσο και της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα, στην περίπτωση που η προδικαστική προσφυγή γίνει δεκτή (άρθρο 372 παρ. 1 του ν. 4412/2016), να προσβάλλουν την απόφαση αυτή αυτοτελώς, στο πλαίσιο της καθιερούμενης στο βιβλίο IV του ν. 4412/2016 διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας (πρβλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 162/2018). Η ως άνω δε ειδική διάταξη περί συμμόρφωσης της Α.Ε.Π.Π. μετά από την έκδοση της Απόφασης Αναστολής της Απόφασής της, αυτονόητα ιδρύει εξαίρεση στην αποκλειστική

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

κατά χρόνο αρμοδιότητα της κατ' άρθρο 365 παρ. 4 και 8 και 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016 να αποφανθεί επί της προδικαστικής προσφυγής, ενώ περαιτέρω, κατά το άρθρο 21 παρ. 1 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η αρμοδιότητα για την ανάκληση της απόφασής της, ως διοικητικής πράξης νοουμένης, ανήκει διαζευτικά, στο όργανο που είναι αρμόδιο, κατά το χρόνο της ανάκλησης, για την έκδοσή της ή το όργανο που την εξέδωσε (ΟλΣτΕ 1581/2010). Η συμμόρφωση, εξάλλου, της Α.Ε.Π.Π. με αποφάσεις αναστολής, ήτοι με αποφάσεις προσωρινής δικαστικής προστασίας και όχι οριστικές - ακυρωτικές αποφάσεις, είναι οικειοθελής και ασκείται κατά τη διακριτική ευχέρειά της, κείται, όμως, εντός των άκρων ορίων της, εφόσον συνίσταται σε αυτούσια υιοθέτηση των κριθέντων στην απόφαση, τα οποία θα έπρεπε να είχαν γίνει δεκτά εξ' αρχής, αν δεν είχε εμφιλοχωρήσει το πιθανολογούμενο σοβαρώς δια της απόφασης αναστολής σφάλμα. Σε κάθε περίπτωση, η πιο πάνω ευχέρεια συμμόρφωσης και συνακόλουθης ανάκλησης ή/και τροποποίησης της ανασταλείσας απόφασης της Α.Ε.Π.Π. δύναται να ασκηθεί είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν αιτήσεως του διοικούμενου είτε και της αναθέτουσας αρχής, που τυχόν έχει συμφέρον προς τη συμμόρφωση αυτή.

8. Επειδή, κατ' ακολουθία των παραδοχών κρίνεται ότι πρέπει να ανακληθεί η με αριθμό 1/2018 Απόφαση της επταμελούς σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π. Συνακόλουθα, και ενόψει του ότι η με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 προδικαστική προσφυγή της «..... Α.Ε.» έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς (καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017), πρέπει αυτή να εξεταστεί στην ουσία.

9. Επειδή, εξάλλου, λόγω συνάφειας είναι συνεξεταστέα με την παραπάνω πρώτη προσφυγή με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 και η δεύτερη με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 1286/03-12-2018 προδικαστική προσφυγή της κοινοπραξίας εταιρειών με την επωνυμία «.....» που στρέφεται κατά της πράξης

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

αποκλεισμού της και αφορά το στάδιο αξιολόγησης του φακέλου προεπιλογής της, στον ίδιο διαγωνισμό.

10. Επειδή, περαιτέρω, και η δεύτερη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτός, καταβλήθηκε δε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, επομένως, πρέπει και αυτή να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η Α.Ε.Π.Π. έχει αρμοδιότητα να εξετάζει προδικαστικές προσφυγές κάθε ενδιαφερόμενου, 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 ή του αναθέτοντος φορέα κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας. Κατά τις ίδιες διατάξεις, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων ένδικων βοηθημάτων, κάθε ενδιαφερόμενος οφείλει να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα. Εξάλλου, ο νόμος 4412/2016 αποτελεί προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις α) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που κατήργησε την Οδηγία 2004/18/ΕΚ (L94), όπως διορθώθηκε (L135/24.5.2016), β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/ΕΚ και γ) της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 και της 92/13/ΕΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007 και τα άρθρα 46 και 47 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ. Συνακόλουθα, η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ καθιερώνεται επί συμβάσεων που διέπονται από τις διατάξεις των πιο πάνω Οδηγιών, όπως αυτές προσαρμόστηκαν στην ελληνική νομοθεσία με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 (αρ. 1, 345 και 360 ν. 4412/2016). Δοθέντος ότι, με την με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ (Δ΄ Τμήμα) πιθανολογήθηκε σοβαρά ότι η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής οικονομικού φορέα που επιδιώκει να συμμετέχει σε διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης του «Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» («Ο.Λ.Π.») και στρέφεται κατά όρων της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος για την επιλογή αναδόχου αυτής, έπεται ότι, ο επίμαχος διαγωνισμός για το έργο «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α)», η πρόσκληση για την εκδήλωση ενδιαφέροντος για τον οποίο δημοσιεύτηκε στις 02.08.2018 με αριθ. 2018/S147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ως εκ της προϋπολογισθείσας δαπάνης της υπό δημοπράτηση σύμβασης, του αντικειμένου αυτής (έργο), της εκκίνησης της διαδικασίας του διαγωνισμού μετά την 1-3-2018, αλλά και του τομέα δραστηριότητας (λιμένες) του φορέα που διενεργεί το διαγωνισμό, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Φ.Ε.Κ. Α΄147/8-8-2016) και συγκεκριμένα του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Κατά συνέπεια, όσα αντίθετα προβάλλονται από τον Ο.Λ.Π. είναι αβάσιμα και απορριπτά.

12. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας ισχυρίζεται ότι ο όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης πρόσκλησης («Να μην έχει επιβληθεί σε βάρος του υποψηφίου ή σε βάρος συνδεδεμένης μ' αυτόν εταιρίας ή σε βάρος εταιρίας ανήκουσας στον ίδιο όμιλο με τον υποψήφιο κύρωση για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, ή να μην έχει, στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, αποδεχθεί δεσμεύσεις ή οριστική

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

διευθέτηση της υπόθεσης ο ίδιος ή συνδεδεμένη μ' αυτόν εταιρία ή εταιρία ανήκουσα στον ίδιο όμιλο. Σε περίπτωση ένωσης ή κοινοπραξίας η απαγόρευση αυτή ισχύει για όλα τα μέλη της») είναι μη νόμιμος και πρέπει να ακυρωθεί ή να τροποποιηθεί. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι: 1) Η διαζευκτική προσθήκη της δεύτερης περιόδου του όρου, παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διάκρισης, όπως αυτές προβλέπονται αφενός στις διατάξεις του άρθρου 8 παρ. 2 του κυρωτικού νόμου 4404/2016 και αφετέρου διατρέχουν το νόμο 4412/2016 και αποτελούν πάγια εθνική και Ευρωπαϊκή νομολογία, καθώς τιμωρεί αδικαιολόγητα και διακρίνει δυσμενώς τις επιχειρήσεις που επιθυμούν να υπαχθούν σε διαδικασία διευθέτησης έναντι αυτών που ελέγχονται για την ίδια αντιανταγωνιστική σύμπραξη και οι οποίες δεν έχουν δεχθεί να διευθετήσουν την διαφορά με την αρμόδια αρχή, αλλά εκκρεμεί η οριστική απόφαση. Η επιλογή, άλλωστε, της διατύπωσης περί επιβολής «κύρωσης» κατατείνει σε διακριτική μεταχείριση υπέρ των επιχειρήσεων, για τις οποίες η αρμόδια αρχή έχει διαπιστώσει μεν την παράβαση, αλλά δεν επιβάλλει κύρωση, λόγω της πενταετούς παραγραφής που προβλέπει τόσο ο ευρωπαϊκός κανονισμός 1/2003 (άρθρο 25) όσο και ο νόμος 3959/2011 (άρθρο 42), 2) Ο προσβαλλόμενος όρος παραβιάζει το άρθρο 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (και αντιστοίχως το άρθρο 73 παρ. 4 εδάφιο γ' του ν. 4412/2016), καθώς εισάγει μη νόμιμη διάκριση μεταξύ όσων υπάγονται σε διαδικασία διευθέτησης διαφοράς και όσων δεν υπάγονται, ενώ, εφόσον ήθελε ο αναθέτων φορέας να κάνει χρήση αυτού του προαιρετικού λόγου αποκλεισμού, θα μπορούσε να ενημερωθεί αρμοδίως από τη διαθέσιμη λίστα εταιρειών κατά των οποίων η αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) έχει απαγγείλει κατηγορητήριο, 3) Παραβιάζει ο όρος αυτός τον ευρωπαϊκό κανονισμό 1/2003 και συγκεκριμένα το άρθρο 9 αυτού, σχετικά με τις αποφάσεις επιβολής δεσμεύσεων (commitments decisions), αλλά και της αντίστοιχης ελληνικής διάταξης του άρθρου 25 παρ. 6 του ν. 3959/2011, καθώς είναι σαφές ότι οι αποφάσεις αυτές (δεσμεύσεων) δεν διαπιστώνουν παράβαση,

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

δεν μπορεί συνεπώς μια απόφαση δεσμεύσεων να εξισώνεται με μια απόφαση διαπίστωσης παράβασης των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ ή των αντίστοιχων 1 και 2 του Ν. 3959/2011, 4) Επίσης, παραβιάζει το άρθρο 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (και αντιστοίχως το άρθρο 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016), περί της δυνατότητας υποψηφίου, σε περίπτωση που έχει υποπέσει στην παράβαση που ο όρος της διακήρυξης προβλέπει, να μην αποκλείεται, αν επικαλεστεί μέτρα αυτοκάθαρσης και της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να τα εξετάσει, ιδίως λαμβανομένου υπόψη ότι η διαδικασία διευθέτησης που συνιστά κατά την διατύπωση του προσβαλλόμενου όρου λόγο αποκλεισμού αποδεικνύει ενεργή συνεργασία με τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές για τη διευκρίνιση με ολοκληρωμένο τρόπο των γεγονότων και περιστάσεων υπό τις οποίες έλαβε χώρα η σχετική παράβαση, η οποία στις επίμαχες διατάξεις αναφέρεται ως ενδεικτικό μέτρο αυτοκάθαρσης, 5) Περαιτέρω, παραβιάζει το άρθρο 25^α του ν. 3959/2011, περί της διαδικασίας διευθέτησης διαφορών, αφού δημιουργεί σοβαρό αντικίνητρο στην υπαγωγή μιας υποψήφιας για το παρόν έργο ή και για μελλοντικό στη διαδικασία αυτή, αντιβαίνει δε και στη μυστικότητα της διαδικασίας, αφού η ένταξη μιας επιχείρησης στη διευθέτηση ανακοινώνεται μόνο μετά την οριστική απόφαση της αρμόδιας αρχής (Επιτροπής Ανταγωνισμού), 6) Ακολούθως, ο προσβαλλόμενος όρος παραβιάζει το άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 80 παρ. 3 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ), αφού εν γένει παρακάμπτεται από τον Ο.Λ.Π. το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕΕΠ), όπως προβλέπεται και στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016 και 7) Τέλος, κατά τον ίδιο ισχυρισμό, ο όρος παραβιάζει το άρθρο 12.2 της Σύμβασης Παραχώρησης σε συνδυασμό με τον υπ' αριθ. 18/27.10.2016 Κανονισμό Ανάθεσης Έργων και Υπηρεσιών και Προμηθειών του Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς και σε συνδυασμό με το άρθρο 8 παρ. 2 του νόμου 4404/2016 που κύρωσε τη σχετική Σύμβαση Παραχώρησης, καθώς ο προσβαλλόμενος όρος δεν εμπεριέχεται στο Υπόδειγμα Προκήρυξης για την ανάθεση έργων που προσαρτάται στον πιο

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

πάνω Κανονισμό, η προσθήκη του συνεπώς στην προσβαλλόμενη πρόκληση παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας και της δημοσιότητας και ουδόλως εξασφαλίζει την απαιτούμενη από τον κυρωτικό νόμο «συνέπεια» των διαδικασιών του Ο.Λ.Π.

13. Επειδή, ο Ο.Λ.Π. στις απόψεις του, που περιέχονται στο με αρ. πρωτ. 34167/2018 έγγραφο του αναπληρωτή διευθύνοντος συμβούλου του, ισχυρίζεται ότι: 1) Σε αντίθεση με την κατ' αντιδικία διαδικασία, η οποία αποτελεί πλήρη άρνηση των κατηγοριών που αποδίδονται σε μια εταιρεία, στην διαδικασία της οριστικής διευθέτησης, οι ερευνώμενες εταιρείες απαιτείται να υποβάλλουν δήλωση περί παραδοχής της παράβασης, καθώς και τελική δήλωση διευθέτησης η οποία υποβάλλεται λίγες μόνο μέρες πριν την έκδοση της σχετικής απόφασης από την αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού). Συνεπώς, η απουσία της διαζευκτικής διατύπωσης περί οριστικής διευθέτησης της υπόθεσης θα συνιστούσε διάκριση και άνιση μεταχείριση μεταξύ των εταιριών που είτε δεν έχουν ερευνηθεί για αντίστοιχο αδίκημα, είτε έχουν ερευνηθεί αλλά απηλλάγησαν, είτε αρνούνται τις κατηγορίες και εκκρεμεί η έκδοση σχετικής απόφασης (η οποία μπορεί ως γνωστόν να είναι είτε αθωωτική είτε καταδικαστική), και εκείνων των εταιριών που έχουν παραδεχτεί την παράβαση, αλλά επιλέγουν να κάνουν χρήση «ευεργετικών διατάξεων» του νόμου. Περαιτέρω, ο Ο.Λ.Π. ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα συνδέει ο προσφεύγων οικονομικός φορέας την παραγραφή με την επιβολή κύρωσης και όχι με την παραγραφόμενη παράβαση, 2) Ο προσβαλλόμενος όρος είναι απολύτως σύμφωνος με τα προβλεπόμενα τόσο στο άρθρο 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 24/2014 στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25 όσο και με το άρθρο 73 παρ. 4 εδάφιο γ' του ν. 4412/2016 όπου θεσπίζεται ως προαιρετικός ο οικείος λόγος αποκλεισμού (κατά την κρίση του αναθέτοντος φορέα). Σύμφωνα με την τελευταία αυτή διάταξη μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Κατά την κρίση του Ο.Λ.Π. η έννοια των «εύλογων ενδείξεων» συνάδει ασφαλώς, νομικά και ουσιαστικά, μόνο με την «ομολογία ενοχής» και φυσικά με την «καταδίκη» μιας εταιρίας για την παράβαση όρων του ανταγωνισμού και σε καμία απολύτως περίπτωση με την διεξαγωγή έρευνας από την αρμόδια ΕΑ, 3) Οι αποφάσεις επιβολής δεσμεύσεων, τις οποίες επικαλείται ο προσφεύγων δεν έχουν καμία σχέση με τις αποφάσεις επιβολής κυρώσεων μετά από διαδικασία διευθέτησης, όπως η δημοσιευμένη στο ΦΕΚ 3104 Β'/8.9.2017 Απόφαση με αριθμό 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία μεταξύ άλλων περιέχει κρίση και για τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα ΕΑ και στην οποία όχι μόνο γίνεται διαπίστωση της παράβασης, αλλά η παραδοχή της παράβασης από το υποκείμενο της έρευνας αποτελεί προϋπόθεση για την υπαγωγή του στην συμβιβαστική αυτή διαδικασία, 4) Η διαδικασία της αυτοκάθαρσης δεν καθιστά παράνομο τον αποκλεισμό ενός συμμετέχοντος στην φάση του διαγωνισμού, αλλά επιτρέπει στους δημόσιους φορείς και εταιρίες να επανεξετάζουν την δυνατότητα ενός οικονομικού φορέα να συμμετάσχει στον διαγωνισμό παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στην παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, 5) Σκοπός της διαδικασίας διευθέτησης διαφορών δεν είναι η απαλλαγή του παραβάτη αλλά η απλοποίηση και επιτάχυνση της διοικητικής διαδικασίας έκδοσης αποφάσεων από την αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για παραβάσεις του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 ή/και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, καθώς και ο περιορισμός του αριθμού των προσφυγών που ασκούνται κατά των αποφάσεων της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Και τούτο, προκειμένου να παρασχεθεί στην Επιτροπή η δυνατότητα να εξετάζει περισσότερες υποθέσεις με τους ίδιους πόρους και με λιγότερη διοικητική επιβάρυνση, να αυξάνει, έτσι, τον αποτρεπτικό χαρακτήρα της δράσης της και να ενισχύει, συγχρόνως, το

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

ενδιαφέρον των πολιτών για την αποτελεσματική και έγκαιρη τιμωρία των παραβατών. Στο πλαίσιο αυτό, στις επιχειρήσεις που συμβάλλουν στην ενίσχυση της αποτελεσματικότητας της διοικητικής διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού μπορεί να επιβάλλονται μειωμένα πρόστιμα υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις, ως αμιγές και μόνο κίνητρο για την υπαγωγή τους στην διαδικασία, 6) Ο Ο.Λ.Π. ρητώς δεν υπάγεται στην εθνική και κοινοτική νομοθεσία περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, άρα δεν υποχρεούται στην αποδοχή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας (ΕΕΕΠ). Ωστόσο, ακόμη και στην υποθετική περίπτωση κατά την οποία θα υπαγόταν στις κοινοτικές οδηγίες και τους εθνικούς νόμους που τις ενσωματώνουν, ο Ο.Λ.Π. θα διατηρούσε το δικαίωμα κατά την απόλυτη διακριτική του ευχέρεια να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας, σύμφωνα με τα αναφερόμενα της παρ. 4 του άρθρου 59 της Οδηγίας, 7) Τέλος, το υπόδειγμα προκήρυξης που προσαρτάται στο παράρτημα του Κανονισμού Ανάθεσης έργων του Ο.Λ.Π. είναι απλά υπόδειγμα επί του οποίου η ΟΛΠ ΑΕ δύναται να επιφέρει αλλαγές ανάλογα με τις ανάγκες του έργου, της συγκεκριμένης διαδικασίας και τις θεσμικές εξελίξεις. Μάλιστα στην παρ. 2.5. του Κανονισμού καθίσταται απολύτως ξεκάθαρο ότι η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, τα κριτήρια επιλογής, οι επιτροπές, η διαδικασία υποβολής προσφορών, οι όροι συμμετοχής, όπως και κάθε άλλη αναγκαία ρύθμιση, περιλαμβάνονται στην Προκήρυξη και συνιστούν το δεσμευτικό κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού.

14. Επειδή, με τους τέσσερις πρώτους λόγους της πρώτης υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, ζητείται, κατ' εκτίμηση του περιεχομένου της, να ακυρωθεί ο όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, ως αντιτιθέμενος στις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) και παρ.

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (και αντιστοίχως του άρθρου 73 παρ. 4 εδάφιο γ' και παρ. 7 του ν. 4412/2016) και σε αυτές του άρθρου 9 παρ. 1 του Κανονισμού 1/2003 της Ευρωπαϊκής Ένωσης (και αντιστοίχως του άρθρου 25 παρ. 6 του ν. 3959/2011), κατά το μέρος και κατά τις ειδικές αιτιάσεις που προβάλλει ο προσφεύγων οικονομικός φορέας.

15. Επειδή, οι αιτιολογικές σκέψεις (106) και (107) της Οδηγίας 2014/ΕΕ/25 προβλέπουν τα εξής: «(106) 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, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. 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. Λαμβάνοντας υπόψη ότι ο αναθέτων φορέας είναι υπεύθυνος για τις συνέπειες ενδεχόμενης εσφαλμένης του απόφασης, οι αναθέτοντες φορείς θα πρέπει επίσης να έχουν την ευχέρεια να εκτιμούν ότι σημειώθηκε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν μπορούν να αποδείξουν με κατάλληλο τρόπο, πριν από την έκδοση οριστικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, ότι ο οικονομικός φορέας παραβίασε τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων υποχρεώσεων σχετικά με την πληρωμή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός αν προβλέπεται διαφορετικά στο εθνικό δίκαιο. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις με άλλους αναθέτοντες φορείς παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία προμήθειας ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο προϊόν ή την υπηρεσία που παρασχέθηκε με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών. Κατά την εφαρμογή προαιρετικών λόγων αποκλεισμού πρέπει να λαμβάνεται ιδιαίτερως υπόψη η αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις θα πρέπει ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Σε περίπτωση όμως επανειλημμένων ελασσόνων παρατυπιών, ενδέχεται να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό του. (107) Όταν οι αναθέτοντες φορείς υποχρεούνται ή επιλέγουν να εφαρμόσουν τα προαναφερθέντα κριτήρια αποκλεισμού, πρέπει να εφαρμόζουν την Οδηγία 2014/24/ΕΕ ως προς τη δυνατότητα των οικονομικών φορέων να λαμβάνουν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο τη διόρθωση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και την αποτελεσματική πρόληψη περαιτέρω περιπτώσεων παράνομης συμπεριφοράς.».

16. Επειδή, το άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/ΕΕ/25 με τίτλο «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στην οδηγία 2014/24/ΕΕ» προβλέπει τα εξής: «1. Οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτές διαδικασίες, σε κλειστές διαδικασίες, σε διαδικασίες με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικούς διαλόγους ή σε συμπράξεις καινοτομίας, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 57 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτήν. ... Εφόσον απαιτείται από τα κράτη μέλη, τα εν λόγω κριτήρια και κανόνες περιλαμβάνουν επιπλέον τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στο άρθρο 57 παράγραφος 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο.».

17. Επειδή, συναφώς, το άρθρο 305 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι», που θεσπίστηκε για την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία 2014/25/ΕΕ και δη το άρθρο 80 αυτής, προβλέπει τα εξής: «1. Οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας, σε συνοπτικό διαγωνισμό ή σε απευθείας ανάθεση, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. Όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο. ...».

18. Επειδή, με τις ανωτέρω διατάξεις καθιερώνεται στους αναθέτοντες φορείς η προβλεπόμενη δυνατότητα (προαιρετικοί λόγοι) να αποκλείουν από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης οικονομικό φορέα, μεταξύ άλλων, λόγω παραβιάσεων των κανόνων περί ανταγωνισμού. Και τούτο, γιατί οι παραβιάσεις αυτές, μεταξύ άλλων σοβαρών επαγγελματικών

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

παραπτώματων, μπορεί να θέσουν εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να τον καταστήσουν ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Όταν, όμως οι αναθέτοντες φορείς επιλέγουν να προβλέψουν έναν τέτοιο λόγο αποκλεισμού (προαιρετικό), αναφέρονται στον αντίστοιχο λόγο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και δη το σχετικό άρθρο 57 αυτής, περί λόγων αποκλεισμού και το άρθρο 73 του ν. 4412/2016, που θεσπίστηκε για την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία αυτή, υποχρεούνται δε να εφαρμόζουν τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό.

19. Επειδή, στην αιτιολογική σκέψη (101) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ επαναλαμβάνονται όσα και στην αιτιολογική σκέψη (106) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αναφέρονται. Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη (102) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπονται τα εξής: «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 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. Θα πρέπει, εντούτοις, να

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις. Θα πρέπει ειδικότερα να έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο.».

20. Επειδή, στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τίτλο «Λόγοι Αποκλεισμού» προβλέπεται ότι: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (γ) 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· (δ) 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· ... 5. ... Ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μια από τις περιπτώσεις της παραγράφου 4. 6. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται 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 προμήθειας. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή δεσμευθεί να καταβάλει

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

αποζημίωση για τυχόν ζημίες 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. Σε περίπτωση που τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. ... 7. Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου. Καθορίζουν, ιδίως, τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην πρώτη παράγραφο και τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 4.».

21. Επειδή, συναφώς το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», που θεσπίστηκε για την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και δη το άρθρο 57 αυτής, προβλέπει τα εξής: «1.[...]. 2. [...]. 3.[...]. 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, ... θ) Εάν η

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

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 ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση ...». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, που αποτελεί κατά

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

λέξη μεταφορά της διάταξης του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στο εσωτερικό δίκαιο, καθιερώνεται, μεταξύ άλλων, η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ οι παραβιάσεις των κανόνων του ανταγωνισμού εντάσσονταν συστηματικά στα σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα {πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13, Generali-Providencia, με την οποία κρίθηκε ότι η παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στην έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» του άρθρου 45 παρ. 2 στοιχ. δ' της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (σκέψεις 34 έως 39)}. Με τις διατάξεις, όμως, του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συναφώς με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ' του ν. 4412/2016, με τον οποίο προσαρμόστηκε η ελληνική νομοθεσία στην Οδηγία αυτή, καθιερώθηκε, επιπλέον, ειδικός λόγος προαιρετικού αποκλεισμού από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης οικονομικού φορέα που συνήψε συμφωνίες με άλλους φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού {πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, στις σκέψεις 38 και 42 της οποίας αναφέρεται ότι η επιδειχθείσα συμπεριφορά οικονομικού φορέα (συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού που συνήψε έως το έτος 2011) εμπίπτει στο σχετικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τον οποίο είχε ενσωματώσει αναθέτουσα αρχή σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης κατά το έτος 2016}, τον οποίο δύναται η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας να προβλέψει στα έγγραφα της σύμβασης ότι εφαρμόζει.

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

22. Επειδή, εξάλλου, δεν απαγορεύεται σε έναν αναθέτοντα φορέα, να ενσωματώσει στην διακήρυξη για την ανάθεση μιας σύμβασης λόγο αποκλεισμού με διαφορετική διατύπωση από αυτήν που προβλέπει η σχετική διάταξη της Οδηγίας και του Νόμου, αρκεί, προς εξασφάλιση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, ο λόγος αυτός να περιέχεται με σαφή και ρητή διάταξη στα έγγραφα της σύμβασης, επιπλέον, δε, να μην υπερβαίνει τα όρια που θέτουν οι οικείες διατάξεις για την σχετική παραβατική συμπεριφορά των οικονομικών φορέων, διότι με τον τρόπο αυτό μπορεί να διευρύνονται μη νόμιμα οι λόγοι για τους οποίους δύναται ο αναθέτων φορέας να αποκλείει έναν οικονομικό φορέα κατά τις οικείες διατάξεις. Τούτο, δε καθώς, στο παράδειγμα, τουλάχιστον των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού του άρθρου 45 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής του οποίου και δη στο εδάφιο δ) της παραγράφου αυτής του ως άνω άρθρου, περί σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, εντάσσονταν συστηματικά και οι παραβιάσεις των κανόνων ανταγωνισμού (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13), είχε κριθεί ότι η σχετική διάταξη απαριθμεί κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους στηριζόμενους σε αντικειμενικά στοιχεία και απότομους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων και εμποδίζει, επομένως, τα κράτη μέλη να συμπληρώνουν τον κατάλογο που περιέχει η εν λόγω οδηγία με άλλους λόγους αποκλεισμού στηριζόμενους σε κριτήρια σχετικά με την επαγγελματική ιδιότητα (βλ. αποφάσεις της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2012, C-465/11, Forposta κ.λ.π., της 9ης Φεβρουαρίου 2006, C-226/04 και C-228/04, La Cascina κ.λπ., Συλλογή 2006, σ. I-1347, σκέψη 22· Μηχανική, προπαρατεθείσα, σκέψη 43, καθώς και της 15ης Ιουλίου 2010, C-74/09, Bâtiments et Ponts Construction και WISAG Produktionservice, Συλλογή 2010, σ. I-7271, σκέψη 43). Δοθέντος ότι οι παραβιάσεις των κανόνων ανταγωνισμού, κατά τις αιτιολογικές σκέψεις (106) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και (101) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, εξακολουθούν να

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

αποτελούν παράδειγμα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, για μια εκδήλωση των οποίων οι διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ καθιερώνουν ειδική ρύθμιση, συνακόλουθα, δεν θα ήταν νόμιμη η διεύρυνση του αντίστοιχου λόγου αποκλεισμού, συναφώς ούτε και των όρων με τους οποίους ο λόγος αυτός καθιερώνεται με τις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας αυτής και του άρθρου 73 παρ. 4 γ' του ν. 4412/2016. Αντίθετα, επειδή, έχει κριθεί ότι επιτρεπώς μπορούν τα κράτη, κατά την προσαρμογή των διατάξεων για τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού της οδηγίας στη εθνική τους νομοθεσία, να θέτουν τις ρυθμίσεις εφαρμογής τους, κατά τρόπο πιο ελαστικό και ευέλικτο (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 9^{ης} Φεβρουαρίου 2006, C-228/04, La Cascina, σκ. 23), συναφώς και οι αναθέτουσες αρχές, στο βαθμό που αυτό επιτρέπεται από την νομοθεσία του κράτους στην οποία δρουν, μπορούν να ενσωματώνουν στα έγγραφα της σύμβασης τον οικείο λόγο αποκλεισμού με διατύπωση που ρυθμίζει την εφαρμογή του κατά τρόπο πιο ελαστικό και ευέλικτο από αυτόν που τυχόν προβλέπει η αντίστοιχη διάταξη της Οδηγίας και του Νόμου.

23. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των όσων γίνονται δεκτά στις αμέσως ανωτέρω σκέψεις της παρούσας, η διατύπωση του όρου της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης διακήρυξης που αποκλείει έναν οικονομικό φορέα από την υπό δημοπράτηση σύμβαση, εφόσον « ... έχει επιβληθεί σε βάρος του ... κύρωση για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, ή ... έχει, στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, αποδεχθεί δεσμεύσεις ή οριστική διευθέτηση της υπόθεσης ...», κατά το μέρος, τουλάχιστον, που αξιώνει κύρωση για την οικεία παράβαση ή απόφαση δέσμευσης ή οριστική διευθέτηση της υπόθεσης σε περίπτωση κίνησης διαδικασίας σε βάρος του για την οικεία παράβαση, δε διευρύνει τον προβλεπόμενο στην διάταξη του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και την διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 γ'

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

του Ν. 4412/2016 λόγο αποκλεισμού. Αντίθετα, ενσωματώνει τον οικείο προαιρετικό λόγο αποκλεισμού, περιγράφοντας τις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που τον οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας έχει υποπέσει στην προβλεπόμενη στον οικείο όρο παράβαση και συγκεκριμένα, όταν η παράβαση, είτε έχει διαπιστωθεί από την αρμόδια αρχή, είτε η αρμόδια αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις για την τέλεσή της, είτε έχει συνομολογηθεί από τον οικονομικό φορέα. Τούτο, δε, διότι α) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 1, 14 και 25 του Ν. 3959/2011, κύρωση επιβάλλεται στον οικονομικό φορέα, όταν η αρμόδια προς τούτο αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1, 2 και 11 του νόμου αυτού ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, β) σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25^α του ίδιου ως άνω νόμου, απόφαση οριστικής διευθέτησης της υπόθεσης λαμβάνεται από την ίδια αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για έναν οικονομικό φορέα, όταν αυτός παραδέχεται τη συμμετοχή του στην διαπιστούμενη οριζόντια σύμπραξη, κατά παράβαση του άρθρου 1 του νόμου αυτού ή/και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και γ) σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 6 του ίδιου ως άνω νόμου, απόφαση αποδοχής δεσμεύσεων λαμβάνεται από την ίδια αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για έναν οικονομικό φορέα, όταν αυτός αποδέχεται δεσμεύσεις προς τον σκοπό όπως παύσει η συνέχιση της διαδικασίας που έχει κινηθεί σε βάρος του για παράβαση του άρθρου 1 και 2 ή/και των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, για την οποία η αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) έχει επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι έλαβε χώρα και η οποία αν συνέχιζε θα μπορούσε να οδηγήσει σε επιβολή κυρώσεων. Κατά συνέπεια, και εφόσον τόσο για την επιβολή κύρωσης για την οικεία παραβίαση όσο και για την οριστική διευθέτηση της υπόθεσης, αν έχει κινηθεί σε βάρος οικονομικού φορέα διαδικασία για την οικεία παραβίαση, απαιτείται είτε η διαπίστωση από την

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

αρμόδια αρχή είτε η συνομολόγηση προς την αρμόδια αρχή ότι η παράβαση τελέστηκε, η διαζευκτική διατύπωση του προσβαλλόμενου όρου που έχει ως εξής: «... ή ... έχει, στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, αποδεχθεί ... οριστική διευθέτηση της υπόθεσης ...» δεν παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διάκρισης έναντι αυτών που υπέστησαν κύρωση για την οικεία παράβαση. Και τούτο, διότι στις δύο αυτές περιπτώσεις, τουλάχιστον, ο αναθέτων φορέας δε διαθέτει απλώς επαρκώς εύλογες ενδείξεις, αλλά μπορεί με βεβαιότητα να οδηγηθεί στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αποδεδειγμένα υποπέσει στην προβλεπόμενη στον οικείο όρο παράβαση. Στη δεύτερη περίπτωση όμως, λόγω της συνεργασίας του, τιμωρείται με μικρότερο πρόστιμο. Κατά το μέρος αυτό, εξάλλου, ο προσβαλλόμενος όρος είναι νόμιμος και υπό την εκδοχή ότι οι παραβιάσεις του ανταγωνισμού αποτελούν παράδειγμα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, στο οποίο αν αποδεδειγμένα έχει υποπέσει οικονομικός φορέας, μπορεί να αποκλείεται από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης, εάν η αναθέτουσα αρχή ή αναθέτων φορέας έχει εντάξει στα έγγραφα της σύμβασης τον προαιρετικό λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 57 παρ. 4 (γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 73 παρ. 4 θ' του ν. 4412/2016, περί σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων. Ούτε, όμως, και στην τρίτη περίπτωση, της αποδοχής δεσμεύσεων από τον οικονομικό φορέα παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης. Και αυτό, διότι, μπορεί οι αποφάσεις δεσμεύσεων, τόσο κατά τις διατάξεις του άρθρου 9 παρ. 1 του Κανονισμού 1/2003 της ΕΕ όσο και του άρθρου 25 παρ. 6 του ν. 3959/2011, να μη διαπιστώνουν παράβαση, καθόσον με αυτές, αν γίνουν δεκτές και από την αρμόδια αρχή, δεν ολοκληρώνεται διαδικασία που έχει κινηθεί για την διαπίστωση τέλεσης παράβασης, όσον αφορά τον ανταγωνισμό, ωστόσο, έχει κριθεί ότι, προκειμένου η αρμόδια αρχή να οδηγηθεί σε απόφαση δεσμεύσεων, έχει τουλάχιστον προβεί σε μία «προκαταρκτική εκτίμηση» της καταστάσεως, η οποία επιβάλλεται να

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

λαμβάνεται υπόψη και να θεωρείται ως ένδειξη ή ακόμη και ως αρχή απόδειξης ότι η εξεταζόμενη συμφωνία αντίκειται στο άρθρο 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 23^{ης} Νοεμβρίου 2017 C-547/16, Gasorba SL κ.λ.π., σκ. 29). Συνακόλουθα, η αποδοχή δεσμεύσεων από τον οικονομικό φορέα συνιστά επαρκώς εύλογη ένδειξη που μπορεί να οδηγήσει τον αναθέτοντα φορέα στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας έχει υποπέσει στην προβλεπόμενη στον προσβαλλόμενο όρο παράβαση, συμπέρασμα στο οποίο μπορεί να οδηγείται ο αναθέτων φορέας, όπως και όταν συντρέχει μία από τις λοιπές καταστάσεις που αναφέρονται στον προσβαλλόμενο όρο. Ούτε, τέλος, η ως άνω διατύπωση, συνιστά δυσμενή διάκριση σε βάρος των οικονομικών φορέων που υπέστησαν κύρωση λόγω παραβιάσεων του ανταγωνισμού, έναντι αυτών σε βάρος των οποίων δεν επιβάλλεται κύρωση, λόγω παραγραφής. Τούτο, δε, διότι οι παραβάσεις των διατάξεων περί προστασίας ανταγωνισμού που έχουν λάβει χώρα και έχουν παύσει προ πολλών ετών, λόγω της χρονικής απόστασης από την διάπραξή τους, δεν θεωρούνται άξιες να στρέψει την προσοχή του κανείς σε αυτές (πρβλ. Αιτιολογική Έκθεση Ν. 3959/2011, σελ. 7, σκέψη επί του άρθρου 42), για τον λόγο αυτό και κατά το άρθρο 42, δεν επιβάλλεται καμία κύρωση για αυτές. Η παραγραφή, εξάλλου, συνιστά λόγο εξάλειψης του αξιοποίνου των αδικημάτων. Δεν θα μπορούσε, λοιπόν, να επιβληθεί τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση σε βάρος οικονομικού φορέα για παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού στην οποία κατηγορείται ότι υπέπεσε, αλλά παρεγράφη και, συνακόλουθα, δεν θα μπορούσε η ύπαρξη της συμπεριφοράς αυτής να θεωρηθεί αποδεδειγμένη (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκέψη 39). Σε κάθε περίπτωση, στο βαθμό που δεν επιβάλλεται κύρωση από την αρμόδια αρχή, λόγω παραγραφής για την ελεγχόμενη παράβαση, λόγω της φύσης και της λειτουργίας του θεσμού της παραγραφής, ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης με την αιτιολογία ότι η παράβαση αυτή θέτει εν αμφιβόλω την

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

αξιοπιστία του ότι μπορεί να αναλάβει την δημόσια σύμβαση θα παραβίαζε την αρχή της αναλογικότητας.

24. Επειδή, εξάλλου, αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων οικονομικός φορέας ότι μη νόμιμα ο Ο.Λ.Π. δεν καθιερώνει επαρκώς εύλογη ένδειξη που θα μπορούσε να τον οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι οικονομικός φορέας έχει υποπέσει στην προβλεπόμενη στον προσβαλλόμενο όρο παράβαση, από την ενημέρωση που εύλογα μπορεί να λάβει από την αρμόδια αρχή σχετικά με τις εταιρείες, σε βάρος των οποίων έχει απαγγελθεί κατηγορητήριο, για ορισμένες μάλιστα από τις οποίες, η διαδικασία έχει ήδη ολοκληρωθεί και η ήδη ληφθείσα απόφαση βρίσκεται στο στάδιο της σύνταξης. Τούτο, δε, γιατί, μόνη η απαγγελία κατηγορίας από την αρμόδια αρχή, χωρίς να έχει εκδοθεί η απόφαση που διαπιστώνει την παράβαση ή προκαταρκτική εκτίμηση που πιθανολογεί σοβαρά αυτήν ή η παράβαση να μην έχει συνομολογηθεί, δε συνιστά επαρκώς εύλογη ένδειξη τέλεσης της παράβασης. Σε κάθε περίπτωση, εφόσον ο οικονομικός φορέας δεν αποδέχεται διευθέτηση, η ύπαρξη της παράβασης θεωρείται αποδεδειγμένη (λαμβάνομένου υπόψη και του τεκμηρίου αθωότητας) μόνον με την έκδοση της δικαστικής ή της διοικητικής απόφασης που την διαπιστώνει και επιβάλλει κυρώσεις για αυτήν (πρβλ. Προτάσεις Εισαγγελέα (σκ. 83) επί της C-124/17 υπόθεσης, Vossloh Laeis GmbH).

25. Επειδή, ωστόσο, κατά το μέρος που ο οικείος όρος της προσβαλλόμενης διακήρυξης επιβάλλει τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει μία από τις στον όρο αυτό καταστάσεις, άνευ ετέρου, χωρίς δηλαδή να δίδεται η δυνατότητα σε αυτόν να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, ο όρος αυτός είναι μη νόμιμος. Τούτο, δε, διότι αντίκειται ευθέως στο γράμμα της διάταξης του άρθρου 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 που προσάρμοσε την ελληνική νομοθεσία στις διατάξεις της Οδηγίας, σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας πρέπει να επιτρέπει στον οικονομικό φορέα να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού και να μην τον αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, παραβιάζει, όμως και την αρχή της αναλογικότητας. Αβάσιμα, όμως, ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι και μόνον η υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης ως λόγος αποκλεισμού ακυρώνει μη νομίμως τις πιο πάνω διατάξεις περί αυτοκάθαρσης. Τούτο, διότι, οι διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 δεν προβλέπουν την οριστική αποδοχή διευθέτησης μιας υπόθεσης ενώπιον της αρμόδιας αρχής ως μέτρο αυτοκάθαρσης, ούτε από την γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 25^α του ν.3959/2011 για την οριστική διευθέτηση μιας υπόθεσης προκύπτει ότι προϋπόθεση για να υπαχθεί ο φορέας στη διαδικασία αυτή αποτελεί να έχει διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες η παράβαση έλαβε χώρα. Απεναντίας, ο οικονομικός φορέας οφείλει να προβάλει και να αποδείξει με στοιχεία ότι κατά την διαδικασία κατά την οποία υπήχθη σε διευθέτηση της υπόθεσης με την αρμόδια αρχή πράγματι διευκρίνισε με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες υπέπεσε στην σε βάρος του αποδιδόμενη παράβαση, η δε αναθέτουσα αρχή να τα αξιολογήσει, χωρίς μάλιστα να δεσμεύεται από τις σχετικές αποφάσεις της αρμόδιας αρχής (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκέψη 33). Ο ισχυρισμός αυτός, επιπλέον προβάλλεται και αλυσιτελώς. Και τούτο, διότι και υπό την αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή, η υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης δεν θα αρκούσε για να αποδείξει ο οικονομικός φορέας την αξιοπιστία του, καθώς από τη γραμματική διατύπωση των πιο πάνω διατάξεων της Οδηγίας και του Νόμου, θα έπρεπε, επιπλέον, να προσκομίσει

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλα για την αποφυγή επανάληψης της παράβασης, στην οποία υπέπεσε. Συνακόλουθα, απορριπτομένων των πρώτου, δεύτερου και τρίτου λόγων της υπό εξέταση προσφυγής, ο τέταρτος λόγος αυτής πρέπει να γίνει δεκτός και ο προσβαλλόμενος όρος της προσβαλλόμενης πρόσκλησης του Ο.Λ.Π. ως μη νόμιμος, κατά το μέρος που αποκλείει οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει μία από τις σε αυτόν αναφερόμενες καταστάσεις, χωρίς να δίδεται σε αυτόν η δυνατότητα να αποδείξει την αξιοπιστία του, σύμφωνα με τα παραπάνω, πρέπει να ακυρωθεί.

26. Επειδή, εξάλλου, αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων οικονομικός φορέας ότι ο προσβαλλόμενος όρος, κατά το μέρος που προβλέπει τον αποκλεισμό από την διαδικασία ανάθεσης της προκείμενης σύμβασης οικονομικού φορέα που στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού έχει αποδεχθεί οριστική διευθέτηση της υπόθεσης, παραβιάζει το άρθρο 25^α του Ν. 3959/2011. Και τούτο, διότι η διαδικασία διευθέτησης που καθιερώνεται στο άρθρο αυτό δεν επάγεται άλλα οφέλη για τον φορέα που δέχεται να υπαχθεί σε αυτήν, εκτός από τη μείωση του προστίμου που θα επιβαλλόταν για την διαπιστούμενη παράβαση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 25^α του Ν. 3959/2011, την άρση του αξιοποίνου, για το αδίκημα για το οποίο θα κατηγορούνταν οι νόμιμοι εκπρόσωποί του και την απαλλαγή του από άλλες διοικητικές κυρώσεις, κατά τις διατάξεις του άρθρου 44 του ίδιου Νόμου. Στο βαθμό που, στο πλαίσιο κίνησης διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, επιπλέον των λοιπών κυρώσεων που ο νόμος 3959/2011 απειλεί σε βάρος του, στον ελεγχόμενο οικονομικό φορέα δεν έχει επιβληθεί και ο προβλεπόμενος στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 εδ. τελευταίο διοικητικός αποκλεισμός από τη συμμετοχή του σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

παραχώρησης, από τον οποίο κατά τα άνω θα απαλλασσόταν, νομίμως και υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπουν οι διατάξεις των άρθρων 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως γίνεται δεκτό στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, ετέθη ο προσβαλλόμενος όρος προαιρετικού αποκλεισμού στην προσβαλλόμενη πρόσκληση. Συνακόλουθα, ο πέμπτος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

27. Επειδή, αορίστως και άνευ εννόμου συμφέροντος βάλλει ο προσφεύγων οικονομικός φορέας κατά της παράκαμψης από τον Ο.Λ.Π. του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας (ΕΕΕΠ) που προβλέπει σχετικά το άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το άρθρο 79 του ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι, για την ορισμένη προσβολή όρου διακήρυξης, δεν αρκεί η γενική μνεία περί του παράνομου χαρακτήρα του προσβαλλόμενου όρου, αλλά προσαπαιτείται εξειδίκευση του τρόπου με τον οποίο η παρανομία αυτού, εμπόδισε τον προσφεύγοντα να λάβει μέρος στην δημοπρασία ή ότι δυσχέρανε ουσιωδώς την συμμετοχή του (βλ ΕΑ ΣΤΕ 182/2011, 6η σκέψη, 405/2009, 7η σκέψη, 105/2011, 1145/2010, 916/2009, 574/2009, 1141/2008, 1023/2007). Έχει δε κριθεί ότι εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάληψη δημόσιας σύμβασης ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (ή για την ταυτότητα του λόγου προδικαστική προσφυγή) κατά της διακήρυξης, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη. Η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αίτησης ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξέτασης αίτησης προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Ως βλάβη, συνεπώς, στην περίπτωση αυτή νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευόμενα, αφορώντα τη νομική

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Συνεπώς, δεν προβάλλεται παραδεκτώς, κατά την αμφισβήτηση της νομιμότητας διακήρυξης διαγωνισμού, λόγος περί παρανομίας όρου της διακήρυξης, χωρίς να προσδιορίζεται κατά τρόπο συγκεκριμένο η εντεύθεν βλάβη, όπως εν προκειμένω, βλάβη του προσφεύγοντος από την απουσία πρόβλεψης Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας (ΕΕΕΠ) στην επίμαχη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης και, συνακόλουθα, ο έκτος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

28. Επειδή, τέλος, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός ότι ο προσβαλλόμενος όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 μη νόμιμα προστέθηκε στην προσβαλλόμενη πρόσκληση, εφόσον, δε, τέτοιος όρος δεν περιέχεται στο Υπόδειγμα προκήρυξης για την ανάθεση έργων που προσαρτάται στον υπ' αριθ. 18/27.10.2016 Κανονισμό Ανάθεσης Έργων και Υπηρεσιών και Προμηθειών του Ο.Λ.Π. και κατά παράβαση του άρθρου 12.2 της Σύμβασης Παραχώρησης σε συνδυασμό με το άρθρο 8 παρ. 2 του ν. 4404/2016 που κύρωσε τη σχετική Σύμβαση Παραχώρησης, και των αρχών της διαφάνειας και της δημοσιότητας και επειδή ουδόλως εξασφαλίζεται η απαιτούμενη από τον κυρωτικό νόμο «συνέπεια» των διαδικασιών του Ο.Λ.Π. Και τούτο, προεχόντως, διότι, εφόσον έγινε δεκτό ότι ο Ο.Λ.Π. συνιστά αναθέτοντα φορέα, η διαδικασία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης διέπεται από τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Κατά συνέπεια, οποιαδήποτε σχετική με την ανάθεση συμβάσεων διάταξη είτε της Σύμβασης Παραχώρησης είτε του ν. 4404/2016 που την κύρωσε, είτε, τέλος, του Κανονισμού Ανάθεσης Συμβάσεων που σε εκτέλεση των διατάξεων αυτών ο Ο.Λ.Π. υιοθέτησε, ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του Ενωσιακού Δικαίου και συνακόλουθα, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι μπορεί να

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

απαγορεύει στον Ο.Λ.Π. να ενσωματώσει σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης έναν ή περισσότερους από τους προβλεπόμενους στις διατάξεις του άρθρου 57 παρ 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ στις οποίες παραπέμπει η διάταξη του άρθρου 80 της εδώ εφαρμοζόμενης Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Στον Κανονισμό ανάθεσης έργων του Ο.Λ.Π., εξάλλου, δεν προβλέπεται ότι το συνημμένο στο Παράρτημά του υπόδειγμα Προκήρυξης για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης έργου, είναι απολύτως δεσμευτικό. Αντίθετα, όπως προκύπτει από τις διατάξεις του άρθρου 2.5 του πιο πάνω Κανονισμού, η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, τα κριτήρια επιλογής, οι επιτροπές, η διαδικασία υποβολής προσφορών, οι όροι συμμετοχής, όπως και κάθε άλλη αναγκαία ρύθμιση περιλαμβάνονται στην Προκήρυξη ανάθεσης κάθε διαγωνισμού και συνιστούν το δεσμευτικό κανονιστικό πλαίσιο διενέργειάς του. Συνακόλουθα, και ο έβδομος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

29. Επειδή, κατ' ακολουθία, ο όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της υπό εξέταση πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος του Ο.Λ.Π., κατά το μέρος που αποκλείει οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει μία από τις σε αυτόν αναφερόμενες καταστάσεις, άνευ ετέρου, χωρίς να δίδεται σε αυτόν η δυνατότητα να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως προβλέπουν οι διατάξεις των άρθρων 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016, είναι μη νόμιμος και πρέπει να ακυρωθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό.

30. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης ενός ή περισσότερων όρων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95). Συνακόλουθα, καθόσον είναι μη νόμιμος και ακυρωτέος ο όρος της παρ. 7 του

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

άρθρου 15.1 της υπό εξέταση πρόσκλησης του Ο.Λ.Π., που καθιερώνει λόγο αποκλεισμού των οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσβαλλόμενη πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

31. Επειδή, η ακύρωση της διακήρυξης ενός διαγωνισμού, πριν από τη σύναψη της σύμβασης στην οποία κατατείνει, επιφέρει την ακυρότητα των επόμενων εκτελεστών πράξεων που ερείδονται σε αυτή και που την είχαν ως βάση και νόμιμη προϋπόθεση. Συνακόλουθα, μετά την ακύρωση της προσβαλλόμενης πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος, πρέπει να θεωρούνται άκυρες όλες οι επόμενες εκτελεστές πράξεις του αναθέτοντος φορέα στο πλαίσιο του διαγωνισμού, που διενεργείται με βάση την πρόσκληση αυτή. Μεταξύ των πράξεων αυτών άκυρη θεωρείται, για τον παραπάνω λόγο, και η από 21-11-2018 με αρ. πρωτ. 47823/22-11-2018 Έκθεση Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, με την οποία η Κοινοπραξία Εταιρειών, με την επωνυμία «.....» αποκλείσθηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, παρέλκει η εξέταση των λόγων της δεύτερης υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, με την οποία ζητείται η ακύρωση της πράξης αυτής του αναθέτοντα φορέα. Ωστόσο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016, επί προδικαστικής προσφυγής, η Α.Ε.Π.Π. απορρίπτει την προσφυγή ή δέχεται αυτήν και ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 16 και 17 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών», δύναται να μην εκδώσει απόφαση και να θέσει την προσφυγή στο αρχείο μόνον αν, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, ο προσφεύγων παραιτηθεί από αυτήν ή η αναθέτουσα αρχή ανακαλέσει την προσβαλλόμενη πράξη ή προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια. Συνακόλουθα, ενόψει των ρυθμίσεων αυτών η προσβαλλόμενη με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή πράξη του αναθέτοντα

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

φορέα θα πρέπει και ρητώς να ακυρωθεί. Εξάλλου, η πράξη αυτή, μολονότι ως άκυρη δεν παράγει έννομες συνέπειες, είναι εν πάση περιπτώσει ακυρωτέα και για λόγους ασφάλειας δικαίου, προς αποφυγή του ενδεχόμενου εφαρμογής της στο μέλλον (πρβλ. ΣΤΕ Ολομ. 87/2011), χωρίς να παραβλέπεται η τήρηση της νομιμότητας, η οποία εξασφαλίζεται από τις διατάξεις περί δικαστικής προστασίας που καθιερώνεται στις διατάξεις των άρθρων 372 επ. του ν. 4412/2016, καθώς κάθε ενδιαφερόμενος διατηρεί το δικαίωμά του να προσβάλλει την απόφαση αυτή αυτοτελώς.

32. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η πρώτη υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, μετά την ανάκληση της με αριθμό 1/2018 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. (επταμελούς σύνθεσης), σε συμμόρφωση προς την με αριθμό 383/2018 Απόφαση της ΕΑ του ΣΤΕ (Δ' Τμήμα) και την επί της ουσίας εξέταση των λόγων που προβάλλονται σε αυτήν, πρέπει να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

33. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το σχετικό παράβολο που κατέθεσε ο πρώτος προσφεύγων οικονομικός φορέας (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

34. Επειδή, περαιτέρω, και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 31 της απόφασης αυτής και η συνεξεταστέα δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει επίσης να γίνει δεκτή.

35. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το σχετικό παράβολο που κατέθεσε και ο δεύτερος προσφεύγων οικονομικός φορέας (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Ανακαλεί τη με αριθμό 1/2018 Απόφαση Α.Ε.Π.Π. (επταμελούς σύνθεσης), σε συμμόρφωση προς την Απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 383/2018 (Δ' Τμήμα).

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

Δέχεται τη με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τον όρο της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος του Ο.Λ.Π. κατά το μέρος που αποκλείει οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει μία από τις σε αυτόν αναφερόμενες καταστάσεις, άνευ ετέρου, χωρίς να δίδεται σε αυτόν η δυνατότητα να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως προβλέπουν οι διατάξεις των άρθρων 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016.

Ακυρώνει την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1^ο στάδιο) του Ο.Λ.Π. για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α)» που δημοσιεύτηκε στις 02.08.2018 με αριθ. 2018/S147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στον πρώτο προσφεύγοντα του παραβόλου που κατέθεσε, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 228888363958 1009 0013).

Δέχεται τη με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 1286/03-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την από 21-11-2018 με αρ. πρωτ. 47823/22-11-2018 Έκθεση Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού.

Ορίζει την επιστροφή στο δεύτερο προσφεύγοντα του παραβόλου που κατέθεσε, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 246544760959 0201 0002).

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 10 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30 Ιανουαρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

**Φώτιος Θεοδ. Κασιγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.**

Ανθούλα Νικολαΐδου