



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ



ΑΠΟΦΑΣΗ
(ΣΥΜ 5/2019)

(κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 1^η Νοεμβρίου του έτους δυο χιλιάδες δεκαεννέα (2019) ημέρα Δευτέρα και ώρα 9:30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κομνά Τράκα, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση, εξ αναβολής από 30.10.2019, μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος:** Γεώργιος Καταπόδης
- 2. Αντιπρόεδρος:** Αδάμ Καραγλάνης
- 2. Μέλη:** Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης
Δημήτριος Σταθακόπουλος
Μαρία Στυλιανίδη
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε. Διοικητικού - Οικονομικού.

Εισηγητής: Γεώργιος Τράντας, Νομικός Σύμβουλος ΕΑΑΔΗΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη ο Νομικός Σύμβουλος της Αρχής, Γεώργιος Τράντας, ο οποίος αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

Θέμα: «Παροχή Συμβουλής στην Εταιρεία Ύδρευσης και Αποχέτευσης Πρωτεύουσας Α.Ε (ΕΥΔΑΠ Α.Ε.) (κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. ια' του ν. 4013/2011).»

A. ΙΣΤΟΡΙΚΟ

Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 210/15.05.2019 (αριθμ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 2664/16.05.2019) έγγραφο, όπως συμπληρώθηκε με το με αριθμ. πρωτ. 549/17.09.2019 έγγραφο (αριθμ. πρωτ. ΕΑΑΔΗΣΥ 4916/19.09.2019), και τα επισυναπτόμενα σε αυτά έγγραφα, η Εταιρεία Ύδρευσης και Αποχέτευσης Πρωτεύουσας (ΕΥΔΑΠ) Α.Ε. υπέβαλε στην Αρχή αίτημα για παροχή Συμβουλής, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. ια του ν. 4013/2011. Το ερώτημα που ετέθη στην Αρχή αφορά νομικά ζητήματα που ανέκυψαν κατά τη διεξαγωγή της διαδικασίας του Διαγωνισμού για την ανάθεση του έργου «*ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΑΛΛΗΝΗΣ*» (Εργολαβία Α-453).

Ειδικότερα, από το φάκελο της υπόθεσης και τα περιεχόμενα σε αυτόν στοιχεία και σχετικά έγγραφα προκύπτουν τα ακόλουθα:

1. Με την με αριθμ. πρωτ. 19897/31.10.2018 διακήρυξη (18PROC0039669322018-11-07) η ΕΥΔΑΠ ΑΕ προκήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή ανοιχτό διαγωνισμό με αντικείμενο την «*ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΑΓΩΓΩΝ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΣΕ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΑΛΛΗΝΗΣ*», εκτιμώμενης αξίας πενήντα οκτώ εκατομμυρίων πενήντα χιλιάδων ευρώ (58.050.000,00€), πλέον Φ.Π.Α. 24%. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η κατασκευή των κύριων (πρωτεύον δίκτυο) και των δευτερευόντων αγωγών (δευτερεύον δίκτυο) αποχέτευσης ακαθάρτων υδάτων στις περιοχές Ανθούσας, Γέρακα και Παλλήνης του Δήμου Παλλήνης, καθώς και την κατασκευή των ιδιωτικών συνδέσεων των ακινήτων με το δίκτυο αυτό.

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 17.12.2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00 π.μ. και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των φακέλων η 21.12.2018, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ.

2. Όπως προκύπτει από τον με α/α συστήματος 78219 προσκομιζόμενο πίνακα συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας, στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν οι κάτωθι οικονομικοί φορείς:

A/A	A/A καταθ.	Επωνυμία προσφέροντα	Ποσοστό
1.	104745	ΑΚΤΩΡ ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ	54,63%
2.	103566	Ένωση οικονομικών φορέων ΙΝΤΡΑΚΑΤ – ΤΕΚΑΛ Α.Ε	53,98%
3.	100962	Ένωση οικονομικών φορέων ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΧΡΙΣΤΟΦΟΡΟΣ Δ. ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΙΔΗΣ Α.Ε. – ΑΛΤΕΡΓΑ Α.Ε.	51,18%
4.	100638	Ένωση οικονομικών φορέων ΕΡΕΤΒΟ Α.Ε.- ΕΚΤΕΡ Α.Ε.	50,83%
5.	105542	Κοινοπραξία ΘΕΜΕΛΗ Α.Ε.-ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΚΑΤΑΣΚΕΥΣΗ Α.Ε.	50,58%
6.	103737	Κοινοπραξία ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ Α.Ε. – P.C. DEVELOPMENT S.A.	41,00%
7.	99746	J&P – ΑΒΑΞ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ – ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ – ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΗ – ΕΜΠΟΡΙΚΗ- ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ- ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ	31,36%

3. Ακολούθως, η αρμόδια επιτροπή της ΕΥΔΑΠ (Επιτροπή Ηλεκτρονικού Ανοικτού Δημόσιου Διαγωνισμού της Εργολαβίας (Α-453) «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΑΛΛΗΝΗΣ») με το με αριθ. πρωτ. 06/07.01.2019 έγγραφό της, όπως συμπληρώθηκε με τα με αριθ. πρωτ. 32/17.01.2019 καθώς και 159/25.02.2019 έγγραφέ της, και τα επισυναπτόμενα σε αυτά υπομνήματα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, απηύθυνε ερώτημα προς τη Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών της αναφορικά με την πρώτη φάση ελέγχου δικαιολογητικών του διαγωνισμού και ειδικότερα περί της αξιολόγησης των δοθέντων απαντήσεων στα υποβληθέντα Ε.Ε.Ε.Σ. όλων των οικονομικών φορέων που έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό, υπό το πρίσμα της με αριθμό 642/2017 απόφασης της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

4. Η Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών της ΕΥΔΑΠ, τοποθετήθηκε επί του ως άνω ερωτήματος, με το με αριθ. πρωτ. 99340/26.02.2019 υπηρεσιακό της σημείωμα με θέμα «Διευκρινίσεις επί των ερωτημάτων σας αναφορικά με το ζήτημα αποκλεισμού ή μη οικονομικών φορέων κατόπιν αξιολόγησης των δηλώσεων αυτών στα Ε.Ε.Ε.Σ. που υποβλήθηκαν για τον διαγωνισμό που αφορά στην «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΑΛΛΗΝΗΣ (Εργολαβία Α-453)».

5. Ακολούθως, η Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών με τα με αριθ. πρωτ. 100134/28.03.2019 καθώς και 100156/28.03.2019 έγγραφά της διαβίβασε στην Επιτροπή του διαγωνισμού, τη με αριθμό 40/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας και προέβη σε αξιολόγηση των προσκομισθέντων αποδεικτικών εγγράφων περί της λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς.

6. Η Επιτροπή του διαγωνισμού με το με αριθ. 261/28.03.2019 έγγραφό της, όπως αυτό συμπληρώθηκε με τα με αριθμ. πρωτ. 307/11.04.2019 καθώς και 329/18.04.2019 έγγραφα της και τα επισυναπτόμενα σε αυτά έγγραφα της εταιρείας «ΑΚΤΩΡ Α.Τ.Ε.» σχετικά με την παροχή διευκρινίσεων / εξηγήσεων επί του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ., υπέβαλε στη Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών αίτημα παροχής απόψεων και εν συνεχεία η τελευταία με το με αριθ. πρωτ. 100865/19.04.2019 έγγραφό της εισηγήθηκε την υποβολή ερωτήματος στην Αρχή.

7. Κατόπιν των ανωτέρω, η Ε.Υ.Δ.Α.Π. υπέβαλε το ως άνω αναφερόμενο αίτημά της, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. (ια') του ν. 4013/2011, σχετικά με τα νομικά ζητήματα που ανέκυψαν κατά τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης του Διαγωνισμού για την ανάθεση του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΑΛΛΗΝΗΣ (Εργολαβία Α-453), το οποίο έχει ως εξής:

«Στα πλαίσια της διαγωνιστικής διαδικασίας για το έργο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΑΛΛΗΝΗΣ (Εργολαβία Α- 453) της εταιρείας μας ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ» δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. που συμπλήρωσε, ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σε συμμόρφωση με τις παραδοχές της υπ' αριθμ. 1082/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ, που εκδόθηκε επί διαγωνιστικής διαδικασίας στην οποία συμμετείχε, σύμφωνα με την οποία στον λόγο αποκλεισμού περί συμμετοχής σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, δεν εντάσσονται δραστηριότητες των οικονομικών φορέων που αφορούν προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες, αλλά μόνο την εκάστοτε εν εξελίξει διαδικασία.

Στη συνέχεια, μετά το πέρας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών του παραπάνω διαγωνισμού και την αρνητική απάντηση του εν λόγω οικονομικού φορέα στο οικείο χωρίο του Ε.Ε.Ε.Σ. περί της ύπαρξης του λόγου αυτού αποκλεισμού, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 40/2019 απόφαση ΕΑ του ΣτΕ που ανέστειλε την εκτέλεση της παραπάνω απόφασης της ΑΕΠΠ, δεχόμενη πως η περίπτωση γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 αφορά συμμετοχή οικονομικών φορέων σε συμπράξεις στρέβλωσης του ανταγωνισμού που πραγματοποιήθηκαν σε πρότερες

διαγωνιστικές διαδικασίες, κάτι που συντρέχει στην περίπτωση του παραπάνω οικονομικού φορέα, όπως τούτο αποδεικνύεται από την υπ' αριθμ. 642/2017 Απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού

Μετά την παραπάνω απόφαση ο οικονομικός φορέας, με έγγραφά του μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ δηλώνει ότι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του είχε ήδη λάβει τα μέτρα αυτοκάθαρσης της παρ. 7 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, τα οποία δεν δήλωσε, λόγω της εν ισχύ κατά τον άνω χρόνο, (υποβολής προσφοράς) απόφασης ΑΕΠΠ δυνάμει της οποίας δικαιολογημένα και εύλογα απάντησε «ΟΧΙ» στο οικείο χωρίο του Ε.Ε.Ε.Σ. περί συμμετοχής σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, καθώς αν δήλωνε «ΝΑΙ» στο οικείο χωρίο, αυτό θα οδηγούσε στην παραδοχή, σύμπραξης κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού, στην διαγωνιστική διαδικασία της Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε., περίπτωση μη συντρέχουσα.

Με βάση τα παραπάνω θα θέλαμε να σας υποβάλλουμε τα παρακάτω ερωτήματα:

- α. Μεταξύ των προβλεπόμενων στο άρθρο 310 ν. 4412/2016 περιπτώσεων πρόσκλησης σε παροχή διευκρινίσεων περιλαμβάνεται και η περίπτωση πρόσκλησης σε διευκρίνιση της αληθούς δήλωσης βούλησης οικονομικού φορέα, όταν προκύπτει ότι αυτή, διατυπώθηκε σε συμμόρφωση με την ερμηνεία του αντικειμένου ερωτήματος του Ε.Ε.Ε.Σ. που δόθηκε με απόφαση ΑΕΠΠ, και η οποία ερμηνεία, διαρκούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, μεταβλήθηκε από απόφαση Δικαστηρίου;
- β. Επιτρέπεται αναθέτων φορέας να ζητήσει από προσφέροντα οικονομικό φορέα να δηλώσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης της παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, για πρώτη φορά μετά το πέρας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών και πριν την ημέρα έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 στο πλαίσιο δήλωσης οψιγενούς μεταβολής, ως προς την ερμηνεία του αντικειμένου ερωτήματος του Ε.Ε.Ε.Σ.;

Επισημαίνεται ότι, μετά την έκδοση της με αριθμό 40/2019 απόφαση του ΣτΕ το Ε.Σ. με σειρά πράξεων του V Κλιμακίου (ενδεικτικά 291/2019, 315/2019, 319/2019) έκρινε ότι, παρίσταται μη νόμιμη η κατακύρωση αποτελέσματος του διαγωνισμού χωρίς την τήρηση της διαδικασίας που προβλέπεται στις παρ. 7 έως 9 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 ήτοι την κλήση του ανακηρυχθέντος προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι έλαβε επανορθωτικά μέτρα επαρκή για να αποδείξει την αξιοπιστία του παρότι συντρέχει σχετικός λόγος αποκλεισμού, παρά την αρνητική απάντηση στο σχετικό ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. περί του εάν

συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, και τούτο λόγω ασάφειας του σχετικού ερωτήματος, δυνάμενης αντικειμενικά να παραπλανήσει τους διαγωνιζόμενους ως προς τις ειδικότερες υποχρεώσεις τους.

Ο οικονομικός φορέας ως προς τον οποίο υποβάλλεται το ερώτημα, είναι ο μειοδότης του εν θέματι διαγωνισμού.»

B. ΕΠΙ ΤΩΝ ΕΡΩΤΗΜΑΤΩΝ

I. Νομικό πλαίσιο

1. Ο εν λόγω διαγωνισμός, εκ του αντικειμένου του, διέπεται από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147) και της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με τον παραπάνω νόμο.

Στη διάταξη του άρθρου 305 παρ. 1 του παραπάνω νομοθετήματος ορίζεται ότι «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».

Στο άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: «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, [...] ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του», ενώ στην παράγραφο 6 ορίζεται ότι «Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4.» και τέλος στις παραγράφους 7 έως 10 ορίζεται ότι «7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προ κειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του

παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 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 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.».

Οι τελευταίες αυτές διατάξεις, καθώς και το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 ενσωμάτωσαν στο εθνικό δίκαιο τις διατάξεις του άρθρου 47 παρ. 6 και 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες έχουν επί λέξει ως εξής: «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 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. Σε περίπτωση που 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 προμήθειας 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. 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.».

Σημειώνεται, ωστόσο, για λόγους πληρότητας ότι με τις παραγράφους 3 και 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/30.10.2019 (Α' 167), οι διατάξεις της περίπτωση γ) της παραγράφου 4 του άρθρου 73 καθώς και της παραγράφου 1 του άρθρου 79 του Ν.4412/2016, έχουν ήδη τροποποιηθεί αντίστοιχα, ως εξής:

«γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,» και

β) Στην παράγραφο 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 μετά τη φράση: «Το Ε.Ε.Ε.Σ. προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά.»,

προστίθενται εδάφια ως εξής: «Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ., οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ. και κάθε αντίστοιχου εντύπου.»

Περαιτέρω, στο άρθρο 310 του ν. 4412/2016 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 76 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι:

1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή δεν λαμβάνεται υπόψη.

2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο στις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, όπως ιδίως παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή

βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα που θεσπίζονται με το νόμο, τις κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση κατά το πρώτο εδάφιο δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.

3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση της παραγράφου 1 δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης.

4. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που ο αναθέτων φορέας κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές.

5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για τον αναθέτοντα φορέα, εάν επίκειται αποκλεισμός του προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.

Περαιτέρω, στο άρθρο 315 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Η διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (διαδικασία υποβολής, αποσφράγισης, αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, επιλογής συμμετεχόντων, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμβασης, καθορισμού προθεσμιών ολοκλήρωσης του συνόλου ή των επιμέρους διαδικασιών) πραγματοποιείται κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 92 έως 100, 103 και 104, αναλόγως εφαρμοζόμενα.[...]», ενώ στο άρθρο 104 ορίζεται ότι «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105.

2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80.

3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσηκούσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οφισγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72.»

2. Πέραν των ως άνω διατάξεων, το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας διέπεται από την οικεία Διακήρυξη και τα τεύχη της.

Στο άρθρο 22.Α της οικείας διακήρυξης ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι:

«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, [...] (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 του αναθέτοντα φορέα, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση (θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του. 22.Α.5. [...]

22.A.6. Ο αναθέτων φορέας 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 από τις περιπτώσεις των προηγούμενων παραγράφων. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και 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 22.A.1, 22.A.2α 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.».

Από τους παραπάνω όρους της διακήρυξης προκύπτει με σαφή τρόπο ότι ο Αναθέτων Φορέας έκανε χρήση των λόγων αποκλεισμού του Βιβλίου Ι, και μάλιστα και των δυνητικών λόγων αποκλεισμού. Άρα, για την απάντηση στο υπό κρίση ερώτημα θα πρέπει να γίνει αξιολόγηση των σχετικών διατάξεων του Βιβλίου Ι σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού.

3. Τέλος, για την πληρότητα του νομικού πλαισίου και για την επισήμανση της γενικότερης πρόθεσης του νομοθέτη, αξίζει, καίτοι μη εφαρμοστέα εν προκειμένω, να παρατεθεί και η διάταξη του άρθρου της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 «Προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού» (Α' 93), όπως τροποποιήθηκε με την παράγραφο 2 του άρθρου 235 του ν. 4635/30.10.2019, η οποία ορίζει ότι:

3β. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8

του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού, ή β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Επανάληψη της παράβασης νοείται η έκδοση σχετικής διαπιστωτικής απόφασης εντός έξι (6) ετών από την προηγούμενη έκδοση άλλης διαπιστωτικής απόφασης. Η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται στην περίπτωση παροχής διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου και για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Επίσης, η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται και για τις περιπτώσεις για τις οποίες έχει εκδοθεί διαπιστωτική απόφαση παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δεν έχει ακόμα παρέλθει τριετία από την έκδοση αυτής.

II. Νομική εκτίμηση

A. Ο αποκλεισμός για λόγους που άπτονται στην στρέβλωση του ανταγωνισμού

Στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, υπάρχει διαχρονικά πρόβλεψη λόγων αποκλεισμού οικονομικών φορέων από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης. Τούτο θεμελιώνεται στην ανάγκη να αποκλείονται από τις διαδικασίες αυτές οικονομικοί φορείς που είτε δεν συγκεντρώνουν τα επαγγελματικά προσόντα για την εκτέλεση της εκάστοτε σύμβασης, είτε δεν πληρούν άλλα κριτήρια καταλληλότητας και φερεγγυότητας. Για ευνόητους λόγους, που ανάγονται στην προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, τα εν λόγω κριτήρια καθορίζονται σε επίπεδο Ε.Ε., καθώς στην αντίθετη περίπτωση (μονομερής καθορισμός κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σε επίπεδο κρατών-μελών) θα υφίστατο σοβαρός κίνδυνος νόθευσης του υγιούς ανταγωνισμού και ανομοιομορφίας ως προς τους όρους συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων στο εσωτερικό της Ε.Ε.

Στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε το άρθρο 57 παρ. 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέφθηκαν υποχρεωτικοί και δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού. Ως προς τους

δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, η Οδηγία δεν επιχειρεί να επιβάλει ομοιομορφία σε επίπεδο Ένωσης ως προς την εφαρμογή τους, 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, παρέχοντας τη δυνατότητα να εφαρμόσουν ελαστικότερα ή ηπιότερα τα κριτήρια που προβλέπει η ενωσιακή διάταξη¹.

Ο εθνικός νομοθέτης, με την θέσπιση του ν. 4412/2016 ενσωμάτωσε αυτούσια την Οδηγία ως προς το σκέλος αυτό, με μία μικρή παραλλαγή ως προς την αθέτηση των υποχρεώσεων του εργατικού δικαίου του άρθρου 73 παρ. 4 περ. α' του νόμου, που εξειδικεύθηκε και κατέστη υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, προβλεπόμενος ρητώς στο άρθρο 73 παρ. 2 περ. γ' του νόμου². Κατά τα λοιπά, εναπόκειται στην κρίση της αναθέτουσας αρχής αν θα χρησιμοποιήσει τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού. Ωστόσο, εφόσον κάνει χρήση τούτων η αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της σύμβασης, αυτοί καθίστανται υποχρεωτικοί για τη συγκεκριμένη διαδικασία. Μεταξύ άλλων στην παρ. 4 του άρθρου 73 του νόμου έχουν προβλεφθεί ως δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού οι κάτωθι: i) 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 (περ. γ'), ii) 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 (περ. ζ'), iii) εάν ο οικονομικός φορέας παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση (περ. η') και iv) 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 (περ. θ').

Ως προς τον λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης γ' πρόκειται για έναν νέο δυνητικό λόγο αποκλεισμού³, για τη συνδρομή των προϋποθέσεων του οποίου πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η

¹ ΔΕΕ, απόφαση της 28ης Μαρτίου 2019, στην υπόθεση C-101/18, *Idi Srl*, σκέψη 45, και απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2016, *Connexhion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, σκέψη 29 και μνημονευόμενη εκεί νομολογία

² Η περίπτωση αυτή προστέθηκε με την παρ. Α.1 του άρθρου 39 του ν. 4488/2017 (Α' 137)

³ Αποτελεί καινοτομία της Οδηγίας 2014/23 ότι αυτός ο λόγος αποκλεισμού διακρίθηκε από τον λόγο αποκλεισμού

αρχή της αναλογικότητας. Συνδέεται ο λόγος αυτός με τη σύναψη συμφωνιών με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού, δηλαδή τη μυστική σύμπραξη εταιρειών⁴.

Ο ορισμός της σύμπραξης (καρτέλ) δίνεται ήδη στο άρθρο 2 παρ. 1 περ. 11 της πρόσφατης Οδηγίας 1/2019/ΕΕ, ως «*συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική μεταξύ δύο ή περισσότερων ανταγωνιστών που αποσκοπεί στον συντονισμό της ανταγωνιστικής τους συμπεριφοράς στην αγορά ή στον επηρεασμό των σημαντικών παραμέτρων του ανταγωνισμού μέσω πρακτικών όπως είναι μεταξύ άλλων ο καθορισμός ή ο συντονισμός των τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής, μεταξύ άλλων σε σχέση με τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, η παροχή ποσοστώςσεων παραγωγής ή πωλήσεων, η κατανομή των αγορών και πελατών, περιλαμβανομένης της νόθευσης διαγωνισμών, οι περιορισμοί των εισαγωγών ή εξαγωγών ή ενέργειες αθέμιτου ανταγωνισμού σε βάρος άλλων ανταγωνιστών*».

Υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ είχε νομολογηθεί από το ΔΕΕ το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, η έννοια του οποίου, καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα και όχι μόνον τις παραβάσεις των υπό τη στενή έννοια κανόνων δεοντολογίας του επαγγέλματος στο οποίο ανήκει ο εν λόγω φορέας. Στην έννοια, λοιπόν, του επαγγελματικού παραπτώματος υπήγαγε και την παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβίασής αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, η οποία συνιστά λόγο αποκλεισμού που ενέπυπε στο άρθρο 45, παράγραφος 2, στοιχείο δ., της οδηγίας 2004/18.

Αν και η υπόθεση αυτή δεν υπαγόταν στο πεδίο εφαρμογής της νέας Οδηγίας, εντούτοις το ΔΕΕ σχολίασε τη νέα διάταξη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, καταλήγοντας ότι το επαγγελματικό αυτό παράπτωμα πλέον εισήχθη ως αυτοτελής λόγος αποκλεισμού εν σχέσει με τα λοιπά επαγγελματικά παραπτώματα, με το άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Το ίδιο ισχύει

για σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Η χωριστή πάντως κατάστρωση του λόγου αυτού αποκλεισμού (σε συνδυασμό με την πρόβλεψη της αυτοκάθαρσης) αποτελεί ένδειξη ότι η συγκεκριμενοποίηση του λόγου αυτού αποκλεισμού, έναντι των άλλων περιπτώσεων επαγγελματικού παραπτώματος, απέβλεπε ακριβώς στο να περιορίσει την επί του θέματος διακριτική ευχέρεια των δικαστηρίων.

⁴ Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Κατευθυντήρια Οδηγία 20/2017 με θέμα "Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων", Πρβ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ σχετικά με το γεγονός ότι και αυτός ο νέος ειδικότερος λόγος αποκλεισμού συνδέεται με τη γενικότερη έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», δεδομένου ότι τέτοιου είδους παραπτώματα μπορούν να θέσουν εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα: «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω [...] ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας».

και ως προς τις παραβάσεις των οικονομικών φορέων από τις υποχρεώσεις τους στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου. Έτσι, οι δύο (2) αυτές περιπτώσεις επαγγελματικών παραπτώματων διαχωρίζονται από τη γενική περίπτωση των σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο γ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Η διαφοροποίηση αυτή έγκειται προφανώς στη βαρύτητα που έδωσε ο ενωσιακός νομοθέτης στα παραπάνω επαγγελματικά παραπτώματα, αφού σχετίζονται με τις γενικές αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς το μεν πρώτο συνέχεται την αποτελεσματικότητα των διαγωνιστικών διαδικασιών που απαιτούν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, που προβλέπεται στο άρθρο 18 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και το δεύτερο με την τήρηση των υποχρεώσεων που αναφέρονται στο άρθρο 18 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Άρα, η παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού πρέπει να αντιμετωπίζεται ως μία ειδική περίπτωση επαγγελματικού παραπτώματος, ρητώς οριζόμενη στον νόμο. Το συμπέρασμα αυτό είναι κρίσιμο γιατί συνδέεται με το κατά πόσον το συγκεκριμένο παράπτωμα πρέπει να αφορά στη συγκεκριμένη σύμβαση ή σε οποιαδήποτε προηγούμενη. Στην περίπτωση, λοιπόν, που η εν λόγω παράβαση θεωρηθεί ως ειδική περίπτωση επαγγελματικού παραπτώματος, αναπόφευκτα καλύπτει κάθε συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα, ανεξάρτητα αν σχετίζεται με τη συγκεκριμένη σύμβαση.

Ωστόσο, η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), με την υπ' αριθ. 1082/2018 απόφασή της έκρινε ότι ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού δεν αφορά σε συμφωνίες που συνήφθησαν κατά το παρελθόν, αλλά αναφέρεται αποκλειστικά στην εκάστοτε διαδικασία ανάθεσης. Η ΑΕΠΠ στήριξε την επιχειρηματολογία της στο γεγονός ότι ο νομοθέτης δεν θα έτασσε την ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων για τη στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού, αφού θα ήταν αντικειμενικά αδύνατο για οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή να κρίνει εάν διαθέτει τέτοιες εύλογες ενδείξεις στο πλαίσιο άλλων διαγωνιστικών διαδικασιών, και για τις οποίες προφανώς δεν θα είχε εκδοθεί απόφαση δικαστική ή διοικητική που να τις επιβεβαιώνει. Έκρινε, παράλληλα, ότι η αντίθετη εκδοχή θα παραβίαζε την αρχή της αναλογικότητας.

Εντούτοις, το Συμβούλιο της Επικρατείας, με την 40/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών, η οποία ανέστειλε την με αριθ. 1082/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, έκρινε 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 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 Ενώσεως 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 αποφάσεων 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 στρεβλώσεων 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 υποβάλλων 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.).»

Έκρινε, περαιτέρω, το Συμβούλιο της Επικρατείας ότι η απάντηση του οικονομικού φορέα στο σχετικό ερώτημα αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον, συγκεκριμένα δε, αν αυτός συνήψε ή όχι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνίες που αποσκοπούσαν στην στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος αυτού η εκ μέρους του διαγωνιζομένου οικονομικού φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο

πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος.

Σημειώνεται δε, ότι η προαναφερθείσα ως άνω κρίσιμη απόφαση του ΔΕΕ είναι προγενέστερη της ως άνω υπ' αριθ. 1082/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία ωστόσο την επικαλείται για θέμα διάφορο από αυτό της παρούσας υπόθεσης (βλ. σκ. 16 της 1082/18 η οποία παραπέμπει στη σκ. 31 της C-124/17).

B. Υποχρέωση των οικονομικών φορέων να δηλώσουν πληροφορίες σχετικά με τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού

α. Οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται κατ' αρχήν να δηλώνουν αληθή στοιχεία ενώπιον μίας αναθέτουσας αρχής, υπό την έννοια ότι αποκλεισμός διαγωνιζομένου επιτρέπεται όταν αυτός είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων, που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, ή έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 του νόμου (4412/2016). Επομένως, η παράλειψη ενημερώσεως της αναθέτουσας αρχής σχετικά με τέτοια γεγονότα μπορεί να αποτελέσει στοιχείο που καθιστά δυνατό τον δυνάμει της διατάξεως αυτής αποκλεισμό διαγωνιζομένου από διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως⁵.

Ωστόσο, παρατηρείται ότι για τη στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν. 4412/2016 απαιτείται η ψευδής δήλωση να συνδέεται με την απόκρυψη πληροφοριών που απαιτούνται για την εξέταση λόγου αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Ομοίως, για τη στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού της επόμενης περίπτωσης η' του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 απαιτείται η εξ αμελείας παροχή παραπλανητικών πληροφοριών, ικανών να οδηγήσουν την αναθέτουσα αρχή σε εσφαλμένη απόφαση. Άρα, το οποιοδήποτε ψευδές ή ανακριβές στοιχείο που περιλαμβάνεται σε μία προσφορά, το οποίο δεν επηρεάζει σε καμία περίπτωση την απόφαση της αναθέτουσας αρχής, δεν είναι ικανό να οδηγήσει στον αποκλεισμό του υποψηφίου.

Περαιτέρω, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 το Ε.Ε.Ε.Σ. και το Τ.Ε.Υ.Δ., κατά περίπτωση, αποτελούν 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 και ότι, κατά περίπτωση, τηρεί τους

⁵ Βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 20.12.2017, στην υπόθεση C-178/16, Impresa di Costruzioni Ing., σκέψη 48

αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθοριστεί για τον περιορισμό του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που θα κληθούν να συμμετάσχουν⁶. Άρα, η υποχρέωση των οικονομικών φορέων περιορίζεται στο να δηλώσουν ο,τιδήποτε σχετικό με τη συνδρομή ή μη στο πρόσωπό τους λόγου αποκλεισμού ή με την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

Το ΔΕΕ έκρινε, όπως προαναφέρθηκε, ότι, σε ορισμένες περιπτώσεις, για λόγους προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου, η έναρξη της περιόδου αποκλεισμού είναι μεταγενέστερη της επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν το σχετικό αδίκημα, ιδίως δε όταν για τη συμπεριφορά που εμπίπτει στον σχετικό λόγο αποκλεισμού επιβλήθηκε κύρωση με απόφαση της αρμόδιας αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο, και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου, όπως ακριβώς ισχύει και για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού της παρ. 1 (του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Μάλιστα, κρίθηκε ότι η ύπαρξη συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη μόνο μετά την έκδοση τέτοιας απόφασης, με την οποία τα πραγματικά περιστατικά χαρακτηρίζονται νομικώς ως παραβατική συμπεριφορά⁷.

β. Με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και τον ν. 4412/2016 θεσπίστηκε το στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης της συνδρομής λόγων αποκλεισμού και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, με την υποβολή τυποποιημένης υπεύθυνης δήλωσης. Απώτερος στόχος της θέσπισης του Ε.Ε.Ε.Σ. και του Τ.Ε.Υ.Δ., κατά περίπτωση, είναι η μείωση του διοικητικού φόρτου. Ο κάθε οικονομικός φορέας οφείλει να δηλώσει στοιχεία σχετικά με το αν συντρέχει σε βάρος του λόγος αποκλεισμού και σε καταφατική περίπτωση να αποδείξει ότι έχει λάβει όλα τα αναγκαία και επαρκή επανορθωτικά μέτρα που διασφαλίζουν την άρση του λόγου αποκλεισμού, αφού εγγυώνται τη φερεγγυότητά του και τα οποία είναι υποχρεωμένος ο οικονομικός φορέας να τα δηλώσει στο Ε.Ε.Ε.Σ. ή Τ.Ε.Υ.Δ., κατά περίπτωση⁸. Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν δηλώσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, η δήλωσή του είναι ελλιπής και η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τον αποκλείσει, χωρίς να είναι δυνατή η επίκληση της αρχής της αναλογικότητας

⁶ Βλ. Οδηγίες του Εκτελεστικού Κανονισμού 2016/7/ΕΕ, της 5ης Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας

⁷ Απόφαση ΔΕΕ της 24.10.2018, στην υπόθεση C-124/17, σκέψεις 37 έως 39.

⁸ ΣτΕ ΕΑ 40/2019

σε περίπτωση αποκλεισμού του⁹.

Στην περίπτωση αυτή, συντρέχει σε βάρος του οικονομικού φορέα ο λόγος αποκλεισμού που παρέλειψε να δηλώσει, αφού η αναθέτουσα αρχή ήδη γνωρίζει την ύπαρξή του, και παράλληλα συντρέχει (συρρέει) ο λόγος αποκλεισμού της ψευδούς δήλωσης ή ανακριβούς δήλωσης. Συγκεκριμένα, το άρθρο 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016 (Α' 147) προβλέπει δύο (2) δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι συνδέονται με αυτές καθαυτές τις δηλώσεις των οικονομικών φορέων, και δη την περίπτωση ζ' περί ψευδούς δήλωσης και την περίπτωση η' περί εξ αμελείας παροχής παραπλανητικών πληροφοριών.

Ο λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης ζ' έχει θεσπιστεί 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, μετά την εισαγωγή νέων κανόνων για την προκαταρκτική απόδειξη και την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές, κρίνεται ιδιαίτερα 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 τον βαθμό υπαιτιότητας (θα πρέπει να ενέχουν δόλια συμπεριφορά), τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς (καθ' υποτροπή)¹⁰, και ενδεχομένως την προσφορότητα της ψευδούς δήλωσης σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό.

Υπό την έννοια αυτή, η οποιαδήποτε ψευδής δήλωση δεν στοιχειοθετεί τον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού, αν δεν εξετασθούν οι συνθήκες υπό τις οποίες ο οικονομικός φορέας προέβη στη δήλωση αυτή. Ενδεχομένως, παραδείγματος χάριν, ο οικονομικός φορέας να μην γνώριζε πραγματικά περιστατικά που δύναται να έχουν έννομες ή να μην γνώριζε ότι στοιχεία που του χορήγησε τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται είναι αναληθή. Στις περιπτώσεις αυτές θα ήταν ιδιαίτερα επαχθές να κριθεί ότι συντρέχει ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού.

Παράλληλα, όμως, η προστασία της αναθέτουσας αρχής από τον κίνδυνο ανάθεσης μίας δημόσιας

⁹ ΔΕΦΘεσ 8/2018

¹⁰ Βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 20/2017

σύμβασης σε πρόσωπο μη κατάλληλο είναι κομβικής σημασίας. Για τον λόγο αυτό, ο ενωσιακός και εθνικός νομοθέτης προέβλεψαν τον αποκλεισμό του άρθρου 73 παρ. 4 περ. η' του ν. 4412/2016 (Α' 147), ο οποίος συνίσταται στην ανάρμοστη συμπεριφορά του οικονομικού φορέα κατά τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, που φαίνεται να προσανατολίζεται στον αποκλεισμό μόνο από τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην οποία διαπιστώθηκε η υπό κρίση συμπεριφορά (και όχι από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων), προκειμένου να διασφαλίζεται η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της παρεπόμενης υποχρέωσης διαφάνειας στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαδικασίας¹¹. Η εν λόγω περίπτωση αποκλεισμού είναι προληπτικής φύσης και δεν αφορά τετελεσμένη κατάσταση, αλλά απόπειρα επιρροής με αθέμιτο τρόπο επί της διαδικασίας¹².

Στην περίπτωση αυτή αρκεί η αμέλεια κατά την παροχή παραπλανητικών πληροφοριών προς την αναθέτουσα αρχή, ικανών να επηρεάσουν τις αποφάσεις της ουσιαδώς. Μία προϋπόθεση που πρέπει να συντρέχει για την εφαρμογή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού είναι η δυνατότητα η αμελής αυτή συμπεριφορά να επηρεάσει ουσιαδώς τις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής. Υπό την έννοια αυτή, ακόμη και υπό την επεικική εκδοχή ότι θα επιτρεπόταν στις αναθέτουσες αρχές να αξιολογούν το κατά πόσον το ψευδές ή το ανακριβές της δηλώσεως εκ μέρους του οικονομικού φορέα είναι τέτοιας εντάσεως ώστε να δικαιολογείται η επιβολή της έννομης συνέπειας της απόρριψης της προσφοράς του¹³, στην περίπτωση απόκρυψης – έστω και εξ αμελείας – λόγου αποκλεισμού, οι συνέπειες είναι τέτοιες που δεν μπορεί να συγχωρεθεί το σχετικό σφάλμα.

Γ. Η δυνατότητα συμπλήρωσης της προσφοράς μέσω διευκρινίσεων

Η παράλειψη δήλωσης λόγου αποκλεισμού και η συνακόλουθη παράλειψη δήλωσης μέτρων αυτοκάθαρσης αποτελεί ουσιώδες σφάλμα της προσφοράς που δεν θα μπορούσε κατ' αρχήν να καλυφθεί με διευκρίνιση, αφού κάτι τέτοιο θα συνιστούσε ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς μετά την υποβολή της, κατ' ουσίαν θα συνιστούσε νέα προσφορά, η οποία έχει νομολογηθεί παγίως ότι δεν επιτρέπεται να συντελείται στο πλαίσιο διευκρινιστικών ερωτημάτων¹⁴. Άρα, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να ζητήσει διευκρινίσεις από τον οικονομικό φορέα, αλλά υπέχει

¹¹ Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Κατευθυντήρια Οδηγία 20/2017

¹² ΔΕΦΑΘ Ν323/2017, ΔΕΦΑΘ Ν319/2017

¹³ Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. απόφαση ΣΥΜ 7/2018

¹⁴ Αποφάσεις ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, Casertana Costruzioni Srl, C-223/16, σκέψη 35, της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψη 62, και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, καθώς και της 4ης Μαΐου 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, σκέψη 37.

υποχρέωση να τον αποκλείσει. Με την με αριθμό 204/2019 απόφαση ΕΑ του ΣτΕ, ως προς το ζήτημα αυτό, έχουν κριθεί τα εξής:

«16. ...οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από τη διακήρυξη και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα, οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (ΕΑ 40/2019). Η υποχρέωση αυτή υφίσταται τόσο κατά τον χρόνο συμπλήρωσης και υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ., όσο και μεταγενεστερως, στην περίπτωση μεταβολών επί των δηλωθέντων στο Ε.Ε.Ε.Σ. στοιχείων -οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες ο οικονομικός φορέας έλαβε γνώση ότι επήλθαν- κατά τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού μέχρι και την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, και για τις οποίες, κατά τη ρητή διάταξη του δευτέρου εδαφίου της παραγράφου 4.2.ε' (του άρθρου 4) της διακήρυξης σε συνδυασμό και με τη διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (κατά την οποία η συνδρομή ή μη λόγων αποκλεισμού κρίνεται και κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης), οφείλει να ενημερώσει τον αναθέτοντα φορέα εγκαίρως και προσηκόντως. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής εκ μέρους του οικονομικού φορέα επάγεται αυτοδικαίως την απόρριψη της προσφοράς του [...] σε περίπτωση μη υποβολής όλων ή ορισμένων από τα απαιτούμενα ως άνω δικαιολογητικά κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να κοινοποιήσει στον προσωρινό ανάδοχο σχετική ειδοποίηση, η οποία πρέπει να αναφέρει τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομισθούν εντός ορισμένης προθεσμίας, ώστε, ενόψει του σκοπού του νόμου που συνίσταται στη μη απόρριψη της προσφοράς κατά το στάδιο αυτό για ελλείψεις που επιδέχονται συμπλήρωση, ο προσωρινός ανάδοχος να έχει πλήρη γνώση των ζητούμενων από αυτόν στοιχείων, η μη προσκόμιση των οποίων θα έχει ως συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΣ171/2019, πρβλ ΕΑ 29/2019, 37/2019). Ωστόσο, οι ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης σχετικά με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλεί τον προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή ή συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν αναφέρονται σε στοιχεία προς αναπλήρωση ή αντικατάσταση μη νομίμων (ή με ψευδές / ανακριβές περιεχόμενο) δηλώσεων του Ε.Ε.Ε.Σ. ή σχετικών με αυτές δικαιολογητικών (βλ. ΕΑ 135/2018, 117/2019, πρβλ. ΔΕΕ υπόθεση C-42/13

Cartiera dell' Adda SpA) αξιουμένων από τη διακήρυξη επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς με αποτέλεσμα να καταστεί επιγενομένως αυτή παραδεκτή. Διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή θα προσέκρουε στη διάταξη του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, αλλά και στις αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της υποχρέωσης διαφάνειας, η τήρηση των οποίων αποτελεί ζήτημα θεμελιώδους σημασίας για την εφαρμογή της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. ΕΑ 58/2019, 30/2019, 346/2017, 219/2017 κ.α.).

17. Επειδή, η κρίση της προσβαλλόμενης πράξης της ΑΕΠΠ, στηριζόμενη στην εκδοχή ότι η προηγηθείσα 300/2019 απόφασή της, μετά τη διαπίστωση ότι συνέτρεχε στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας ο προβλεπόμενος από την παρ. 19.1.3γ' (του άρθρου 19) της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού, και την εν μέρει ακύρωση της κατακυρωτικής απόφασης κατά το μέρος (μόνο) που αφορούσε τη νομιμότητα αποδοχής της υποβληθείσας από την παρεμβαίνουσα υπεύθυνης δήλωσης του εκπροσώπου της, κατέλειπε ευχέρεια στον αναθέτοντα φορέα να καλέσει την παρεμβαίνουσα να υποβάλει νέα δήλωση σχετικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης προς άρσης του ως άνω διαπιστωθέντος λόγου αποκλεισμού, πιθανολογείται σοβαρώς ως μη νόμιμη. Τούτο δε διότι, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στη σκέψη 12, η ΑΕΠΠ, κατά την αληθή έννοια της ως άνω 300/2019 απόφασής της, ακύρωσε την κατακυρωτική πράξη λόγω της παράλειψης της παρεμβαίνουσας να δηλώσει, ως όφειλε, κατόπιν της δημοσίευσης της ανωτέρω απόφασης του ΔΕΕ, το επίμαχο γεγονός της επιβολής σε βάρος της του προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, η παράβαση δε της υποχρέωσης αυτής εκ μέρους της συνιστούσε, όπως συνάγεται από την παράγραφο 4.2.δ' του άρθρου 4 της διακήρυξης, αυτοτελή λόγο επαγόμενο αυτοδικαίως την απόρριψη της προσφοράς της (στο σύνολό της) και δεν παρείχετο η δυνατότητα, κατόπιν τούτου, ούτε στην παρεμβαίνουσα να επικαλεστεί μέτρα αυτοκάθαρσης ούτε στον αναθέτοντα φορέα να την καλέσει να υποβάλει δήλωση σχετική με τα εν λόγω μέτρα [...] Όμως, εν προκειμένω, η πρόσκληση της παρεμβαίνουσας από την καθής εταιρεία ΑΤΤΙΚΟ ΜΕΤΡΟ ΑΕ (για την υποβολή δήλωσης περί των ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης) δεν αφορά δικαιολογητικό κατακύρωσης και δε ελλείπον -κατά την έννοια της ανωτέρω διάταξης- απαιτούμενου δηλαδή προς απόδειξη δηλωθέντος με την προσφορά στοιχείου. Εξάλλου, η αποδοχή με την προσβαλλόμενη πράξη της ΑΕΠΠ ως βάσιμων των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας ότι ήταν επιβεβλημένη η κλήση της, προκειμένου αυτή να αποδείξει ότι έλαβε μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, λόγω α) της υφιστάμενης και μετά την απόφαση του ΔΕΕ διχογνωμίας, ενόψει της προαναφερθείσας 1082/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ και β) της ασάφειας των διατάξεων της διακήρυξης σχετικά με την υποχρέωση της παρεμβαίνουσας να

δηλώσει ή όχι το σχετικό στοιχείο δεν φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη [...] Σε κάθε περίπτωση, οι ως άνω υπό στοιχ. α και β ισχυρισμοί, οι οποίοι επαναφέρονται από την παρεμβαίνουσα, δεν πιθανολογούνται σοβαρά ως βάσιμοι, διότι, ανεξαρτήτως του ότι η τελευταία είχε τη δυνατότητα (την οποία δεν άσκησε) να ζητήσει, κατ' εφαρμογή του άρθρου 2 της διακήρυξης, διευκρινίσεις για την έννοια των κρίσιμων όρων της διακήρυξης και του επίμαχου ερωτήματος του Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. ΕΑ 117/2019), το εν λόγω ερώτημα, πάντως, δεν πιθανολογείται ως ασαφές, εφόσον αφορά σε πραγματικό γεγονός και όχι σε κρίση περί του εάν συντρέχει ή όχι στο πρόσωπό της λόγος αποκλεισμού από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΕΑ40/2019).»

Εν ολίγοις, κρίθηκε α) ότι οι διαγωνιζόμενοι κατά τη συμπλήρωση και υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ. είναι υποχρεωμένοι να δηλώσουν τα σχετικά πραγματικά περιστατικά, β) ότι η υποχρέωση αυτή υφίσταται τόσο κατά τον χρόνο συμπλήρωσης και υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ., όσο και μεταγενέστερα, σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, γ) ότι σε κάθε περίπτωση, η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει ή να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την αναπλήρωση ή αντικατάσταση μη νομίμων (ή με ψευδές / ανακριβές περιεχόμενο) δηλώσεων του Ε.Ε.Ε.Σ. ή σχετικών με αυτές δικαιολογητικών, η έλλειψη ή απουσία των οποίων θα οδηγούσε στην απόρριψη της προφοράς, καθώς και δ) ότι διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή σχετικών διατάξεων της διακήρυξης, θα προσέκρουε στη διάταξη του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, αλλά και στις αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της υποχρέωσης διαφάνειας, η τήρηση των οποίων αποτελεί ζήτημα θεμελιώδους σημασίας για την εφαρμογή της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων. Επιπροσθέτως, πιθανολογήθηκε σοβαρά ως μη νόμιμη κρίση της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την οποία είχε ευχέρεια ο αναθέτων φορέας να καλέσει εκ νέου οικονομικό φορέα να υποβάλει νέα δήλωση σχετικά με μέτρα αυτοκάθαρσης προς άρση διαπιστωθέντος λόγου αποκλεισμού -περί ψευδούς/ανακριβούς δήλωσης- ο οποίος συνίσταται σε αυτοτελή λόγο επαγόμενο αυτοδικαίως την απόρριψη της προσφοράς, και ως εκ τούτου δεν υπήρχε η δυνατότητα ούτε στον οικονομικό φορέα να επικαλεστεί μέτρα αυτοκάθαρσης ούτε στον αναθέτοντα φορέα να την καλέσει να υποβάλει δήλωση σχετική με τα εν λόγω μέτρα. Εν κατακλείδι, επαναλαμβάνεται προηγούμενη κρίση του Δικαστηρίου, ότι το σχετικό ερώτημα, περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού, δεν πιθανολογείται ως ασαφές.

Δ. Ειδικότερα επί της παρούσας περίπτωσης

1. Το σχετικό αίτημα αφορά σε εν εξελίξει διαγωνιστική διαδικασία, και ειδικότερα σε ηλεκτρονικό διεθνή ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο την «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΑΓΩΓΩΝ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ ΥΔΑΤΩΝ ΣΕ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΑΛΛΗΝΗΣ», εκτιμώμενης αξίας πενήντα οκτώ εκατομμυρίων πενήντα χιλιάδων ευρώ (58.050.000,00€), πλέον Φ.Π.Α. 24%.

Από τα προσκομιζόμενα έγγραφα και τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία υπεβλήθησαν εμπρόθεσμα επτά (7) προσφορές με την εξής σειρά μειοδοσίας:

1. ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ, με ποσοστό μέσης έκπτωσης 54,63%
2. Ένωση οικονομικών φορέων ΙΝΤΡΑΚΑΤ και ΤΕΚΑΛ Α.Τ.Ε., με ποσοστό μέσης έκπτωσης 53,98%,
3. Ένωση οικονομικών φορέων ΕΛΤΕΡΓΑ Α.Ε. και ΧΡΙΣΤΟΦΟΡΟΣ Δ. ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΙΔΗΣ Α.Ε., με ποσοστό μέσης έκπτωσης 51,18%,
4. Ένωση οικονομικών φορέων ΕΡΕΤΒΟ Α.Ε. και ΕΚΤΕΡ Α.Ε., με ποσοστό μέσης έκπτωσης 50,83%,
5. Κοινοπραξία εταιρειών ΘΕΜΕΛΗ Α.Ε. και ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΚΑΤΑΣΚΕΥΣΗ Α.Ε., με ποσοστό μέσης έκπτωσης 50,58%,
6. Κοινοπραξία εταιρειών ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ Α.Ε. και Ρ. & C. DEVELOPMENTS S.A., με ποσοστό έκπτωσης 41,00% και
7. J&P ΑΒΑΞ Α.Ε. , με ποσοστό μέσης έκπτωσης 31,36%.

Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στα προσκομιζόμενα έγγραφα, από την εξέταση των δικαιολογητικών συμμετοχής και ειδικότερα των υποβληθέντων Ε.Ε.Ε.Σ., προέκυψε ζήτημα ενδεχόμενης ύπαρξης λόγων αποκλεισμού και συνακόλουθης λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης για την πρώτη των συμμετεχόντων, καθώς καίτοι είχε εμπλακεί σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού κατά το παρελθόν, όπως προκύπτει από την με αριθμό 642/2017 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής του Ανταγωνισμού, κατά τη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ., έδωσε αρνητική απάντηση («ΟΧΙ»), στο σχετικό χωρίο περί της ύπαρξης ή μη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού.

2. Ειδικότερα, ως προς τους λόγους αποκλεισμού που άπτονται στη στρέβλωση του ανταγωνισμού, επισημαίνονται συνοπτικά τα παρακάτω:

Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από το με αριθμό πρωτ. 99340/26.02.2019 έγγραφο της

Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, διατυπώθηκε η άποψη ότι η μη δήλωση από την εταιρεία ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ στο Ε.Ε.Ε.Σ. της καταρχήν ύπαρξης λόγου αποκλεισμού λόγω καρτελικής συμπεριφοράς φαίνεται να οδηγεί στην συνδρομή στο πρόσωπό της του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης η' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν.4412/2016. Περαιτέρω, στο ίδιο έγγραφο γίνεται αναφορά στην με αριθμό 1082/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, καθώς και στην με αριθμό 40/2019 απόφαση ΕΑ του ΣτΕ, η οποία, ως αναφέρεται ανωτέρω, έκρινε επί αίτησης αναστολής κατά της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ.

Κατόπιν των ανωτέρω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η εταιρεία ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ, αμέσως μετά τη δημοσίευση της ως άνω απόφασης του ΣτΕ, απέστειλε αρχικά, μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, τα από 27.03.2019 και 10.04.2019 έγγραφα, στα οποία, μεταξύ άλλων, προβάλλει και τους εξής ισχυρισμούς:

α) ότι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, είχε την υποχρέωση να συμμορφωθεί στην δεσμευτική ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ (1082/2018)¹⁵, η οποία είχε δεχθεί ότι στον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού περί συμμετοχής σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, δεν εντάσσονται δραστηριότητες των οικονομικών φορέων που αφορούν σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες, αλλά μόνο στην εκάστοτε εν εξελίξει διαδικασία,

β) ότι με την υπ' αριθμ. 40/2019 απόφαση της ΕΑ του ΣτΕ ανατράπηκε η προηγούμενη νομική βεβαιότητα και οφигενώς άλλως οφигφανώς δημιουργήθηκε νέα νομολογιακή προσέγγιση αναφορικά με την έννοια της περίπτωσης γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία λόγος αποκλεισμού συντρέχει και με τη συμμετοχή οικονομικού φορέα σε συμπράξεις κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού σε πρότερες διαγωνιστικές διαδικασίες,

γ) ότι στην έννοια των επιτρεπόμενων διευκρινίσεων του άρθρου 102 (στην προκειμένη περίπτωση, 310) του ν. 4412/2016 μπορούν να υπαχθούν και δικαιολογητικά για την διευκρίνιση/συμπλήρωση κάποιας ασάφειας όταν επίκειται αποκλεισμός του οικονομικού φορέα, υπάρχει δε υποχρέωση του φορέα να ζητήσει διευκρινίσεις,

δ) ότι σε κάθε περίπτωση έχει ήδη προβεί σε μέτρα για την αποφυγή πρακτικών στρέβλωσης του ανταγωνισμού,

και συνεπώς, σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 δίνεται η δυνατότητα δήλωσης των μεταβολών που επήλθαν στις προϋποθέσεις συμμετοχής ενός προσφέροντα ή για τις οποίες έλαβε

¹⁵ Σημειώνεται ότι η απόφαση αυτή είχε εκδοθεί στο πλαίσιο άλλου διαγωνισμού, στον οποίο συμμετείχε ο ως άνω οικονομικός φορέας.

γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80 του ν. 4412/2016, και ως εκ τούτου ζητά να της δοθεί η δυνατότητα να προβάλει μέτρα αυτοκάθαρσης παρά την αρχική της δήλωση «ΟΧΙ». Και αυτό διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, στην ευρύτερη έννοια της «οψιγενούς μεταβολής» περιλαμβάνεται σαφώς και η μετατροπή της καθεστηκυίας δικαιοσύνης αντίληψης, όπου σε αυτήν την περίπτωση ο νομοθέτης θέλησε εμφαντικά να προστατεύσει το συμφέρον του οικονομικού φορέα από πάσης φύσεως εξωτερικά γεγονότα.

3. Στην παρούσα περίπτωση παρουσιάζεται η ιδιορρυθμία ότι ο οικονομικός φορέας έκανε αρνητική δήλωση μετά την έκδοση της 1082/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ, την οποία, ωστόσο, ζήτησε να τροποποιήσει μετά την έκδοση της 40/2019 απόφασης της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας. Το ζητούμενο είναι, εν προκειμένω, αν η τροποποίηση της δηλώσεώς του είναι νόμιμη και μπορεί να γίνει αποδεκτή χωρίς να θίγεται η ισότητα των διαγωνιζομένων.

4. Επί του πρώτου ερωτήματος, σχετικά με το εάν μεταξύ των προβλεπόμενων στο άρθρο 310 του ν. 4412/2016 περιπτώσεων πρόσκλησης σε παροχή διευκρινίσεων περιλαμβάνεται και η περίπτωση πρόσκλησης σε διευκρίνιση της αληθούς δήλωσης βούλησης οικονομικού φορέα, όταν προκύπτει ότι αυτή διατυπώθηκε σε συμμόρφωση με την ερμηνεία του αντικειμένου ερωτήματος του Ε.Ε.Ε.Σ. που δόθηκε με απόφαση ΑΕΠΠ και η οποία ερμηνεία, διαρκούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, μεταβλήθηκε από απόφαση Δικαστηρίου, η απάντηση είναι αρνητική.

Τούτο δε προκύπτει σαφώς από το γράμμα του νόμου, καθώς από τη διάταξη του άρθρου 310 και ειδικότερα την παραγράφου 2 αυτού, συνάγεται ότι η παροχή διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων επί υποβληθείσας προσφοράς, ακόμα και με νέα έγγραφα, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια την μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων με σκοπό την τροποποίηση της προσφοράς σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης. Επιπροσθέτως δε, σύμφωνα με τα όσα εκτέθηκαν ανωτέρω (υπό στοιχείο Γ), σχετικά έχει κρίνει και το ΣτΕ και ως εκ τούτου, στην υπό εξέταση υπόθεση δεν μπορεί να εφαρμοστεί το άρθρο 310 για την παροχή διευκρινίσεων, καθώς σε μια τέτοια περίπτωση, η συμπλήρωση/αλλαγή της δήλωσης του Ε.Ε.Ε.Σ. θα συνεπαγόταν την ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς σε συμμόρφωση προς τους όρους της διακήρυξης.

5. Επί του δευτέρου ερωτήματος, σχετικά με το εάν επιτρέπεται αναθέτων φορέας να ζητήσει από προσφέροντα οικονομικό φορέα να δηλώσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης της παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, για πρώτη φορά μετά το πέρας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, και πριν την ημέρα έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80

του ν. 4412/2016 στο πλαίσιο δήλωσης οψιγενούς μεταβολής, ως προς την ερμηνεία του αντικειμένου ερωτήματος του Ε.Ε.Ε.Σ., αναφέρονται τα εξής:

Καταρχάς θα πρέπει να υπενθυμισθεί, όπως προκύπτει και από τα ανωτέρω και ιδίως την παράθεση των σχετικών αποφάσεων του ΣτΕ, η φύση της υπεύθυνης δήλωσης, η οποία μπορεί να αφορά αποκλειστικώς και μόνον γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα και όχι κρίσεις ή αξιολογήσεις¹⁶. Εν προκειμένω, τίθεται το ερώτημα, κατά πόσον επιτρέπεται η από τον οικονομικό φορέα τροποποίηση της αρχικής του δηλώσεως στο Ε.Ε.Ε.Σ. και, συναφώς, κατά πόσον αναθέτων φορέας δικαιούται να ζητήσει από προσφέροντα οικονομικό φορέα να δηλώσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης της παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, για πρώτη φορά μετά το πέρας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών και πριν την ημέρα έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 στο πλαίσιο δήλωσης οψιγενούς μεταβολής, ως προς την ερμηνεία του αντικειμένου ερωτήματος του Ε.Ε.Ε.Σ.

Σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, οι αναθέτουσες αρχές/φορείς μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι εμπίπτει σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4 του ίδιου άρθρου. Συναφώς, το Ελεγκτικό Συνέδριο έχει κρίνει ότι η αναθέτουσα αρχή/φορέας οφείλει, τηρώντας τη διαδικασία που προβλέπεται στις παραγράφους 7 έως 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, να καλέσει τον οικονομικό φορέα να προσκομίσει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι, μολονότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, έλαβε επανορθωτικά μέτρα επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας του¹⁷.

Κρίσιμο εν προκειμένω είναι το γεγονός ότι ο διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο προ της κλήσεως για προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80 του ν. 4412/2016. Και αυτό, διότι ο διαγωνισμός είναι εισέτι εν εξελίξει¹⁸. Τούτο δε διότι μπορεί, κατ' αρχήν, να τύχει εφαρμογής το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 (σε συνδ. με το άρθρο 315), σύμφωνα με το οποίο:

«1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν,

¹⁶ Βλ. ΣτΕ 118/2010 επταμ., σκέψη 7, και ΣτΕ ΠΕ 160/1984, 58/1984.

¹⁷ ΕλΣυν. Ε' Κλιμ. 291, 304, 315, 319, 648/2019.

¹⁸ Βλ. και ΣτΕ ΕΑ 237/2019 η οποία επελήφθη ανακλήσεως κατακυρώσεως μετά την ΕλΣυν Ε' Κλιμ. 315/2019.

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».

Και τούτο διότι η μεταβολή ως προς την αληθή ερμηνεία διάταξης, η οποία επέρχεται με μεταγενέστερη της δήλωσης δικαστική απόφαση, θα μπορούσε, υπό συνθήκες, να αποτελεί «οψιγενή μεταβολή», κατά την έννοια της διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 104 του ν. 4412/2016¹⁹. Στην παρούσα περίπτωση, ωστόσο, η δικαστική απόφαση η οποία μετέβαλε την ερμηνεία, δηλ. η απόφαση C-124/2017 του ΔΕΕ, η οποία εκδόθηκε την 24-10-2018, είναι προγενέστερη της συμπλήρωσης και υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ. από τον οικονομικό φορέα. Δεν θα μπορούσε, λοιπόν, να υποστηριχθεί βάσιμα, ειδικότερα στις περιπτώσεις που υποβλήθηκε μία προσφορά μετά από εύλογο χρόνο κατά τον οποίο οι οικονομικοί φορείς έχουν ενημερωθεί για την απόφαση του ΔΕΕ, ότι οι τελευταίοι δεν γνώριζαν -έστω- το ενδεχόμενο ότι υπέχουν υποχρέωση να δηλώσουν μέτρα αυτοκάθαρσης. Τούτο, μάλιστα, ακόμα περισσότερο εκ του γεγονότος ότι η εν λόγω απόφαση του ΔΕΕ μνημονεύεται στην ως άνω απόφαση 1082/2018 της ΑΕΠΠ, χωρίς μάλιστα να επιχειρείται ερμηνεία της ως προς το επίμαχο ζήτημα.

Περαιτέρω, έχει υποστηριχθεί ότι, η εφαρμογή των όρων της διακηρύξεως και των λοιπών τευχών δημοπρατήσεως δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου προσφέροντος, που, ενόψει της μη σαφήνειας των όρων αυτών, δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του, και να προκύπτουν, έτσι, βάσεις απορρίψεως της προσφοράς του, οι οποίες όμως δεν προέκυπταν με σαφήνεια από τα εν λόγω τεύχη²⁰. Ωστόσο, η έκδοση της ως άνω απόφασης του ΔΕΕ άλλαξε τα δεδομένα, καθώς πλέον αποσαφηνίσθηκε το κρίσιμο ζήτημα σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού της περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016²¹.

Ως προς το υποκειμενικό στοιχείο της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα, θα μπορούσε ενδεχομένως να υποστηριχθεί, ότι είχε γεννηθεί δικαιολογημένη πεποίθηση του οικονομικού φορέα στη νομιμότητα των ενεργειών του, καθόσον η απόφαση 1082/2018 της ΑΕΠΠ εμφανιζόταν να επιλύει το συγκεκριμένο ζήτημα κατά τρόπο συμβατό προς το γράμμα των ενωσιακών και

¹⁹ Βλ. και ΕΑ ΣτΕ 204/2019, σκ. 16 & 17.

²⁰ Βλ. ΕλΣυν Τμ. Μείζ. Επτ. Σύνθ. 3064/2014, VI Τμ. 124/2019, 6869/2015, 2311, 1643/2014, 2452/2012, πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 10ης Μαΐου 2012 C-368/10 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, σκ. 109.

²¹ Βλ. Πράξη 319/2019 Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

εθνικών διατάξεων. Η απόφαση της ΑΕΠΠ δημιουργούσε μία ορισμένη νομική κατάσταση που ρητώς αποφόρτιζε τους οικονομικούς φορείς από την ευθύνη για διάπραξη παραβιάσεων στο παρελθόν, και εστίαζε κάθε φορά στον παρόντα διαγωνισμό. Η δικαιολογημένη αυτή πεποίθηση θα μπορούσε να οδηγήσει τον οικονομικό φορέα στην επίθεση της απάντησης «ΟΧΙ» στο αντίστοιχο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ.

Εν προκειμένω, ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλου, προκύπτει ότι: (α) ο εν λόγω οικονομικός φορέας ήταν ο μόνος από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, ο οποίος σημείωσε «ΟΧΙ» στο σχετικό πεδίο, και ως εκ τούτου δεν φαίνεται ως βάσιμος σχετικός ισχυρισμός περί δικαιολογημένης πεποίθησης ή ασάφειας του σχετικού ερωτήματος, καθώς εκ του αποτελέσματος φαίνεται ότι η παρερμηνεία δεν ήταν γενικευμένη και (β) η απόφαση του ΔΕΕ ήταν προγενέστερη, τεκμαίρεται δε η γνώση της από τον εν λόγω οικονομικό φορέα, καθώς μνημονεύεται στην 1082/2018 της ΑΕΠΠ, την οποία επικαλείται ο οικονομικός φορέας, αποτελεί δε απόφαση δικαστηρίου και, μάλιστα, του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σε αντίθεση με την απόφαση της ΑΕΠΠ που είναι απόφαση διοικητικού οργάνου.

Εξάλλου, όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, με την 204/2019 της ΕΑ του ΣτΕ, το ανώτατο Δικαστήριο έκρινε ότι «[...] Σε κάθε περίπτωση, οι ως άνω υπό στοιχ. α και β ισχυρισμοί²², οι οποίοι επαναφέρονται από την παρεμβαίνουσα, δεν πιθανολογούνται σοβαρά ως βάσιμοι, διότι, ανεξαρτήτως του ότι η τελευταία είχε τη δυνατότητα (την οποία δεν άσκησε) να ζητήσει, κατ' εφαρμογή του άρθρου 2 της διακήρυξης, διευκρινίσεις για την έννοια των κρίσιμων όρων της διακήρυξης και του επίμαχου ερωτήματος του Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. ΕΑ 117/2019), το εν λόγω ερώτημα, πάντως, δεν πιθανολογείται ως ασαφές, εφόσον αφορά σε πραγματικό γεγονός και όχι σε κρίση περί του εάν συντρέχει ή όχι στο πρόσωπό της λόγος αποκλεισμού από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΕΑ40/2019).». Κατόπιν τούτου, δέον όπως εξεταστεί εάν υφίσταται ενδεχομένως αμέλεια του οικονομικού φορέα ως προς τη μη δήλωση γεγονότων κρίσιμων για την εκτίμηση της συνδρομής ή όχι λόγων αποκλεισμού, σύμφωνα με τη διάταξη της περίπτωσης η' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

Ως εκ των ανωτέρω, συνάγεται ότι εν προκειμένω δεν φαίνεται να πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 περί οψιγενών μεταβολών, καθώς τόσο από τη σχετική νομολογία του ΔΕΕ και την πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ, όσο και από τις δηλώσεις των

²² «[...] α) της υφιστάμενης και μετά την απόφαση του ΔΕΕ διχογνωμίας, ενόψει της προαναφερθείσας 1082/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ και β) της ασάφειας των διατάξεων της διακήρυξης σχετικά με την υποχρέωση της παρεμβαίνουσας να δηλώσει ή όχι το σχετικό στοιχείο [...]».

λοιπών συμμετεχόντων στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία, δεν προκύπτει ότι υπήρχε σχετική νομολογιακή ανατροπή, η οποία να δικαιολογεί την αλλαγή της δήλωσης του Ε.Ε.Ε.Σ. στο υπό εξέταση στάδιο. Σημειώνεται δε ότι η σχετική αρνητική δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. από τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα και η συνεπαγόμενη μη δήλωση της καταρχήν ύπαρξης λόγου αποκλεισμού, λόγω καρτελικής συμπεριφοράς, εξεταζόμενη κατά το χρόνο υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ., συνιστά κατ' αρχήν παράβαση αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού, συνεπαγόμενο αυτοδικαίως την απόρριψη της προσφοράς του, όπως σημειώνεται και στο με αριθ. πρωτ. 99340/26.02.2019 σχετικό έγγραφο της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής.

6. Ωστόσο, επισημαίνεται ότι με την τροποποίηση της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, καθώς και της παραγράφου 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, με τις παραγράφους 3 και 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/30.10.2019 (Α'167), ορίζεται πλέον ότι «*Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ., οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ. και κάθε αντίστοιχου εντύπου.*»

Η σχετική δε νομοθετική ρύθμιση, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση που τη συνοδεύει είναι αναγκαία, καθώς «*...εν όψει του κενού ρυθμίσεως που αναδεικνύεται καθίσταται σαφές ότι μέχρι σήμερα στο πεδίο δικαίου των δημοσίων συμβάσεων δεν είχε διευκρινιστεί αρμοδίως και δη σε νομοθετικό επίπεδο το πλαίσιο των απαντήσεων (αρνητικών ή καταφατικών) στα πεδία του εκ της Ενωσιακής νομοθεσίας προβλεπόμενου εντύπου (Ε.Ε.Ε.Σ.) γεγονός που οδήγησε σε διαφορετικές ερμηνείες και αποτυπώσεις στο πλαίσιο των διαγωνισμών υπό το πρίσμα αμφισημιών και συγγνωστής πλάνης για τις συνέπειες που παρήγαγαν οι αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού*».

7. Λαμβάνοντας δε υπόψη τα ανωτέρω, διαφαίνεται η βούληση του νομοθέτη να μην αποκλείονται οικονομικοί φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011.

8. Τέλος, σημειώνεται ότι εκκρεμεί ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας η εκδίκαση της αίτησης ακυρώσεως για την υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η ως άνω υπ' αριθ. 204/2019 ΕΑ, η οποία πραγματεύεται συναφή νομικά ζητήματα.

Κατόπιν των ανωτέρω, η Αρχή, στο πλαίσιο παροχής συμβουλής σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 περ. ια' του ν. 4013/2011, αξιολογώντας τα ανωτέρω, κατά την κρίση της, εκτιμά ότι θα πρέπει να δοθεί κατ' αρχήν αρνητική απάντηση και επί των δύο ερωτημάτων.

Σε κάθε περίπτωση επισημαίνεται ότι η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. δεν μπορεί να υποκαταστήσει με τις δικές της εκτιμήσεις, τις εκτιμήσεις των αρμοδίων οργάνων της αναθετουσών αρχών κατά την έκδοση αποφάσεων των τελευταίων στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, τη νομιμότητα των οποίων άλλωστε, είναι ενδεχόμενο να κληθεί στη συνέχεια να ελέγξει (άρθρο 2 παρ. 2 περ. ζ' ν. 4013/2011), και εναπόκειται στην αποκλειστική αρμοδιότητα των αναθετουσών αρχών κατά την έκδοση αποφάσεων των τελευταίων στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, να ελέγξουν, εάν οι προϋποθέσεις του νόμου (οι οποίες είναι δυνατόν να παρέχονται από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως ερμηνευτικές κατευθύνσεις και οδηγίες) πληρούνται σε μία συγκεκριμένη υπόθεση και να προβούν στο πλαίσιο αυτό σε οριστικές εκτιμήσεις, όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης.

Αθήνα, 1 Νοεμβρίου 2019

**Ο Πρόεδρος
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

Γεώργιος Καταπόδης