

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 06^η Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 05.06.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 802/06.06.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 15.06.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../25-5-2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που αποδέχτηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού €11.572,70.

2. Επειδή, στις 19-4-2022 αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ λαμβάνοντας αριθμό

Αριθμός απόφασης: Σ 1010/2023

.... η διακήρυξη ανοικτής διαδικασίας της αναθέτουσας αρχής μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΙΣ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΧΩΡΟΥ ΓΙΑ ΤΗ ΔΗΜΙΟΥΡΓΙΑ ΤΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΚΕΝΤΡΟΥ ΕΜΠΟΡΙΟΥ» εκτιμώμενης αξίας 2.314.516,13 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.24%). Σύμφωνα με το άρθρο 11.3 της διακήρυξης το έργο αφορά στην ανάπλαση του τμήματος της λεωφόρου ... που βρίσκεται ανάμεσα στις οδούς ... και ..., συνολικού μήκους 655,00 μ. περίπου. Ο προϋπολογισμός δημοπράτησης του έργου ανέρχεται στο ποσό των 2.870.000,00 ευρώ.

3. Επειδή, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. .../2022 της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 20-05-2022 1ου πρακτικού ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών της επιτροπής διαγωνισμού και η ανάθεση της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα με ποσοστό μέσης έκπτωσης 28,31 % και με ποσό σύμβασης 1.659.322,07 € χωρίς το ΦΠΑ.

4. Επειδή, κατά της ως άνω υπ' αριθμ. .../2022 απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 26.05.2022 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, εμπρόθεσμα στις 05.06.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 05.06.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. .../14.06.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, ενώ προς αντίκρουση μέρους αυτών η παρεμβαίνουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 20.06.2022, ημέρα Δευτέρα, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της. Οι υπ' αριθμ. .../17.06.2022 απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της ασηθείσας παρέμβασης δεν λαμβάνονται υπόψη ως απαραδέκτως ασηθείσες.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις

Αριθμός απόφασης: Σ 1010/2023

του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 05.06.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 15.06.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει για τη διατήρηση του κύρους του προσβαλλόμενου διαγωνισμού, δεδομένου ότι έχει αναδειχθεί μειοδότη του διαγωνισμού με παραδεκτή προσφορά.

7. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε σιωπηρά από το κρίνον Κλιμάκιο της ΕΑΔΗΣΥ.

8. Επειδή, η ως άνω σιωπηρή απόρριψη της ΕΑΔΗΣΥ ακυρώθηκε με την υπ' αριθμ. 538/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης. Κατόπιν τούτου η υπόθεση αναπέμφθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ προκειμένου να ασκήσει εκ νέου την αρμοδιότητά της και να προβεί σε κρίση των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής. Εν συνεχεία, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Σ1775/2022 απόφαση του κρίνοντος Κλιμακίου ΕΑΔΗΣΥ με την οποία απορρίφθηκε στην ουσία η υπό κρίση προσφυγή. Κατά της ως άνω απόφασης η προσφεύγουσα άσκησε αίτηση ακύρωσης στο αρμόδιο Δικαστήριο και εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 227/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, η οποία την έκανε δεκτή εν μέρει και ανέπεμψε την υπόθεση στην ΕΑΔΗΣΥ για να προβεί σε νέα αιτιολογημένη κρίση ως προς τον πρώτο, τρίτο και τέταρτο λόγο της προσφυγής.

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιαστών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο

Αριθμός απόφασης: Σ 1010/2023

ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι κατά παράβαση του άρθρου 3.1 της διακήρυξης όλα τα έγγραφα της προσφοράς της, ήτοι ΕΕΕΣ, υποφάκελος δικαιολογητικών συμμετοχής, έντυπο οικονομικής προσφοράς, έχουν μεν υπογραφεί ηλεκτρονικά, αλλά η ηλεκτρονική υπογραφή που έχει τεθεί δεν υποστηρίζεται από αναγνωρισμένο (εγκεκριμένο) πιστοποιητικό. Επομένως, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ημερομηνία υπογραφής των εγγράφων της προσφοράς της παρεμβαίνουσας στις 16-5-2022 δεν είχε έγκυρο ψηφιακό πιστοποιητικό όπως απαιτούνταν από τον Νόμο και το άρθρο 3.1 της διακήρυξης και γι' αυτό πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Σε όλα τα υποβληθέντα έγγραφα από την παρεμβαίνουσα επιλέγοντας με το ποντίκι του υπολογιστή την ψηφιακή υπογραφή εμφανίζεται το μήνυμα «Signature Validation Status Signature validity is UNKNOWN. -The document has not been modified since the signature was applied. -The signer's identity was valid when it was issued, but no revocation checks could be made to validate the identity at this time.» δηλαδή «*Η εγκυρότητα της υπογραφής είναι άγνωστη - Το έγγραφο δεν έχει τροποποιηθεί από τότε που τέθηκε η υπογραφή - Η ταυτότητα του υπογράφοντος ήταν έγκυρη κατά την έκδοσή της, αλλά αυτή την στιγμή δεν μπορούν να πραγματοποιηθούν έλεγχοι ανάκλησης της ταυτότητας της υπογραφής*». Επίσης, σε όλα τα προαναφερθέντα υποβληθέντα έγγραφα επιλέγοντας με το ποντίκι του υπολογιστή την ψηφιακή υπογραφή εμφανίζεται και το μήνυμα «Signature was validated as of the secure (timestamp) time: 2022/05/16» δηλαδή «*η υπογραφή ήταν έγκυρη κατά την ασφαλή ημερομηνία όπου τέθηκε στις 16/05/2022. Περαιτέρω, επιλέγοντας το πεδίο «Show signer's Certificate» δηλαδή «Δείξε την πιστοποίηση του υπογράφοντος» ανοίγει ένα νέο παράθυρο όπου γράφει ότι «Υπογράφηκε από τον ... – Είναι έγκυρη από τις 06/09/2021 έως τις 06/10/2022 – Με προοριζόμενο σκοπό την Ψηφιακή Υπογραφή, προστασία Email, αυθεντικοποίηση υπογράφοντος*». Από το ανωτέρω προκύπτει αβίαστα ότι κατά τον χρόνο που τέθηκε η υπογραφή της

Αριθμός απόφασης: Σ 1010/2023

παρεμβαίνουσας μέσω του νομίμου εκπροσώπου της ... στις 16.05.2022 επί των υποβληθέντων εγγράφων, αυτή ήταν έγκυρη, είχε όλα τα χαρακτηριστικά της «εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής» και δεν είχε ανακληθεί τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή, η οποία είναι η μόνη που εν προκειμένω έχει σημασία, ασχέτως με το αν δεν μπορεί να γίνει αυτή τη στιγμή έλεγχος σχετικά με μελλοντικές ανακλήσεις αυτής. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το 05.12.2022 έγγραφο του τεχνικού συμβούλου της εταιρείας «...» με θέμα «Τεχνική έκθεση - Έλεγχος ψηφιακής υπογραφής σε έγγραφο», στο οποίο αναφέρεται επί λέξει ότι «• Το πιστοποιητικό έχει εκδοθεί από την Υποδομή Δημοσίου Κλειδιού ΑΠΕΔ (Παλαιά ΑΠΕΔ) με ημερομηνία έκδοσης και ισχύ από 09-06-2021 έως 10-06- 2022. • Η ψηφιακή υπογραφή περιέχει ασφαλή χρονοσήμανση. • Το πιστοποιητικό είναι σκληρής αποθήκευσης. Επιπλέον προχωρήσαμε σε έλεγχο εγκυρότητας σύμφωνα με τις οδηγίες της ΑΠΕΔ (aped.gov.gr->Ανακοινώσεις->Έλεγχος εγκυρότητας Εγκεκριμένης Ηλεκτρονικής Υπογραφής). Η ενημερωμένη λίστα ανάκλησης πιστοποιητικών στην οποία γίνεται ο έλεγχος, η οποία επισυνάπτεται, κατέβηκε στις 03-12-2022 και παρατηρούμε τα παρακάτω: • Το έγγραφο υπογράφηκε στις 16-05-2022 είναι μέσα στα πλαίσια ισχύς του πιστοποιητικού δηλαδή μεταξύ 09-06-2021 και 10-06-2022. • Σύμφωνα με το serial number το πιστοποιητικό δεν βρίσκεται μέσα στην λίστα των ανακλημένων. Η λίστα είναι αλφαβητική και αν θα είχε ανακληθεί θα έπρεπε ο σειριακός αριθμός της υπογραφής σας να βρίσκεται μεταξύ των σειριακών ... και ... Σχετικά με το ερώτημα σας για την ασφάλεια υποβολής εγγράφων και προσφορών, από τρίτους, μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έχω να αναφέρω τα παρακάτω: Για την συγκεκριμένη διαδικασία θα πρέπει αυτός που θέλει να καταθέσει την οικονομική προσφορά α) να γνωρίζει τους κωδικούς της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ β) Να έχει στην κατοχή του το Usb Token γ) Να γνωρίζει το προσωπικό PIN από το Usb Token δ) Το πιστοποιητικό να μην έχει λήξει. Συγκεκριμένα το πιστοποιητικό της υπογραφής ελέγχεται από τα προγράμματα υπογραφής (jsignPdf, Xolidosign, Acrobat Reader) το οποίο πριν θέσει την υπογραφή ελέγχει την ισχύ της. Δηλαδή, υπάρχουν 4 βαθμοί ασφαλείας για να υποβληθεί υπογεγραμμένο ένα έγγραφο μέσα στην πλατφόρμα των προσφορών και εάν μία υπογραφή δεν είναι σε ισχύ δεν μπορεί να τεθεί σε ένα έγγραφο. Συμπερασματικά, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η υπογραφή τέθηκε από τον ... ή κάποιον που είχε τα παραπάνω στοιχεία. Η υπογραφή όταν τέθηκε

Αριθμός απόφασης: Σ 1010/2023

ήταν σε ισχύ και δεν είχε λήξει το πιστοποιητικό της.» .

Όσον αφορά το πόρισμα του Τμήματος Πληροφορικής, Επικοινωνιών και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης της αναθέτουσας αρχής, πρέπει να σημειωθεί ότι σε κανένα σημείο του δεν αναφέρεται με ποια διαδικασία ελέγχθηκαν οι επίμαχες υπογραφές ή με ποιο πρόγραμμα και μέσω ποιου υπολογιστή, επομένως δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι το περιεχόμενό του είναι βάσιμο και τούτο διότι, στην προαναφερομένη αναλυτική τεχνική έκθεση της εταιρείας «...», εξηγείται ότι πρέπει να γίνουν συγκεκριμένες ρυθμίσεις στον υπολογιστή που ελέγχει την εγκυρότητα της ηλεκτρονικής υπογραφής προσθέτοντας στη λίστα των έμπιστων πιστοποιητικών το συγκεκριμένο πιστοποιητικό της υπό κρίση υπογραφής. Επομένως, με την εν λόγω προσθήκη του συγκεκριμένου πιστοποιητικού της ηλεκτρονικής υπογραφής στη λίστα των έμπιστων πιστοποιητικών, η υπογραφή εμφανίζεται ως «VALID» δηλαδή «ΕΓΚΥΡΗ». Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί κατά παράβαση των άρθρων 22.Γ. και 23.1 της διακήρυξης διότι δεν δήλωσε το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών της συμβάσεων, παρά τη ρητή απαίτηση της διακήρυξης και δεν συνυπέβαλε με το ΕΕΕΣ της κάποια συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση που να αναφέρει το ανεκτέλεστο αυτό υπόλοιπο, παρά το γεγονός ότι είχε δικαίωμα υποβολής τέτοιας δήλωσης.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Το άρθρο 22.Γ της διακήρυξης σχετικά με την χρηματοοικονομική επάρκεια ορίζει τα εξής *«Κάθε οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει: «Ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών κατά την τελευταία τριετία πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών να είναι τουλάχιστον ίσος με το 50% του προϋπολογισμού της προκηρυσσόμενης σύμβασης χωρίς τον ΦΠΑ. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης. Σε περίπτωση που ο υποψήφιος δραστηριοποιείται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών διαχειριστικών χρήσεων, τότε ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιείται πριν την καταληκτική ημερομηνία*

Αριθμός απόφασης: Σ 1010/2023

υποβολής των προσφορών, θα πρέπει να είναι τουλάχιστον ίσος του 50% του προϋπολογισμού της συγκεκριμένης σύμβασης. Σε περίπτωση ένωσης/κοινοπραξίας η παραπάνω προϋπόθεση μπορεί να καλύπτεται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης/κοινοπραξίας. Η ζητούμενη ικανότητα δεν επηρεάζεται από το ποσοστό συμμετοχής του κάθε φορέα στην ένωση/κοινοπραξία. Ο υποψήφιος Ανάδοχος, σύμφωνα με την περί εταιρειών νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος, υποβάλλει Ισολογισμούς διαχειριστικών χρήσεων, σε περίπτωση που υποχρεούται στην έκδοση Ισολογισμών ή Δήλωση του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών, σε περίπτωση που δεν υποχρεούται στην έκδοση Ισολογισμών».

Όσον αφορά λοιπόν την απόδειξη του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής της χρηματοοικονομικής επάρκειας αυτή γίνεται κατά το στάδιο υποβολής προσφοράς με δήλωση στο ΕΕΕΣ, σύμφωνα με το άρθρο 23 της διακήρυξης και όσον αφορά τα αποδεικτικά έγγραφα αυτά κατατίθενται από τον προσωρινό ανάδοχο σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της διακήρυξης. Εν προκειμένω η παρεμβαίνουσα στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της στην ερώτηση: «Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής: Όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής (ενότητα α ή ενότητες Α έως Δ του παρόντος μέρους), ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι: Πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής», απάντησε «ΝΑΙ». Η προσφεύγουσα αβάσιμα ισχυρίζεται ότι υπήρχε υποχρέωση προσκόμισης συνοδευτικής υπεύθυνης δήλωσης διότι το ειδικά διαμορφωμένο ΕΕΕΣ από την αναθέτουσα αρχή δεν συμπεριλάμβανε κάποιο άλλο πεδίο για συμπλήρωση, ούτε είχε αναφορά για προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης, όπως επίσης και η διακήρυξη, με αποτέλεσμα η θετική απάντηση να καλύπτει τα απαραίτητα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Εξάλλου η υπ' αριθμ. 23 κατευθυντήρια οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία εξάλλου γίνεται αποδεκτή και τη νομολογία ορίζει ότι «Η συμπλήρωση του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ από τους οικονομικούς φορείς διενεργείται στο, ήδη προσαρμοσμένο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, το οποίο παρέχεται κατάλληλα διαμορφωμένο από αυτήν.». Επομένως, η παρεμβαίνουσα ήταν υποχρεωμένη να υποβάλει το ΕΕΕΣ που ήταν ειδικά διαμορφωμένο από την αναθέτουσα αρχή, στο οποίο δεν υπήρχε σχετικό πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» της Ενότητας Β του Μέρους IV». Ειδικότερα από τη στιγμή που η παρεμβαίνουσα απάντησε νομίμως «ΝΑΙ» σχετικά με την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής,

Αριθμός απόφασης: Σ 1010/2023

απαλείφονταν όλα τα υπόλοιπα πεδία του ΕΕΕΣ σχετικά με τα κριτήρια επιλογής μεταξύ των οποίων και το προαναφερθέν «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» της Ενότητας Β του Μέρους IV, χωρίς να είναι δυνατή η συμπλήρωση οποιασδήποτε άλλης πρόσθετης πληροφορίας. Ως εκ τούτου η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι σύμφωνη με τις απαιτήσεις της διακήρυξης αφού συμπλήρωσε νομίμως το υποβληθέν ΕΕΕΣ της βάσει του προτύπου που είχε θέσει η αναθέτουσα αρχή και ο υπό κρίση τρίτος λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

14. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι δεν τηρήθηκε η διαδικασία ελέγχου της επάρκειας ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων από την επιτροπή του άρθρου 22.Α.8 της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα στο μέρος III. Γ. του ΕΕΕΣ της στο πεδίο «Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» Απάντησε «Ναι», δίνοντας στην συνέχεια περισσότερες πληροφορίες και περιγράφοντας τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε. Ομοίως, στο πεδίο «Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση;» Απάντησε: «Ναι» δίνοντας στην συνέχεια περισσότερες πληροφορίες και περιγράφοντας τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε. Συνεπώς, συντρέχουν δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού από τον διαγωνισμό για την παρεμβαίνουσα και θα έπρεπε η αναθέτουσα αρχή να κρίνει την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων που έχει λάβει, πριν αποδεχτεί την προσφορά της με την προσβαλλόμενη απόφαση, και μάλιστα μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8.

15. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Το άρθρο 73 Ν. 4412/2016 παρ. 7 ορίζει ότι «*Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπíπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στην παρ. 1 και στην παρ. 4, εκτός από την περ. β` αυτής, μπορεί να προσκομίζει*

Αριθμός απόφασης: Σ 1010/2023

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.».

Οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπíπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία. Εν προκειμένω η παρεμβαίνουσα στο μέρος ΙΙΙ.Γ του ΕΕΕΣ της στο ερώτημα «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» απάντησε «ΝΑΙ» και περιέγραψε τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε λεπτομερώς. Η δήλωση αυτή αφορά την παράθεση των πραγματικών περιστατικών ώστε η αναθέτουσα αρχή να κρίνει αν συντρέχει λόγος αποκλεισμού και δεν μπορεί να θεωρηθεί ως παραδοχή κάποιου λόγου αποκλεισμού. Έτσι, η αναθέτουσα αρχή αφού εξέτασε τα πραγματικά περιστατικά σχετικά με την έκπτωση της παρεμβαίνουσας από προηγούμενη σύμβαση, θεώρησε ότι δεν υφίσταται λόγος αποκλεισμού της. Σύμφωνα όμως με την υπ' αριθμ. 227/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης επιβάλλεται κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής η σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016. Επομένως πρέπει η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να τηρηθεί η διαδικασία ελέγχου της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας μετά από τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016, χωρίς όμως αυτό να επιφέρει αυτόθροη απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας στην παρούσα φάση, όπως αβάσιμα αιτείται η προσφεύγουσα.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Σ 1010/2023

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση και αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να τηρηθεί η διαδικασία ελέγχου της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας μετά από τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016, ενώ απορρίπτει την υπό κρίση προσφυγή κατά τα λοιπά, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 06 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ