

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 8-11-2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 29.09.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1475/29.09.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...» και διακριτικό τίτλο «...», στο εξής ο «προσφεύγων», που εδρεύει στην ..., στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής: «...», στο εξής η «αναθέτουσα αρχή», που εδρεύει στη ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», στο εξής ο «παρεμβαίνων», που εδρεύει στα ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της απόφασης της με αριθμό ... Συνεδρίασης της2023 της Οικονομικής Επιτροπής του ..., με την οποία αποφασίστηκε η κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού στην εταιρεία: «...» για το σύνολο των ειδών της προμήθειας.

Με την παρέμβαση ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 600 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»)

2. Δυνάμει της με αρ. ΑΔΑΜ ... (με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ: ...) διακήρυξης δημόσιου ανοιχτού διαγωνισμού (κάτω των ορίων) προκηρύχθηκε η προμήθεια με τίτλο: «... του ... και του ...», προϋπολογισμού ...€ χωρίς ΦΠΑ και συνολικά στις ...€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13% (...€), με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Η διάρκεια της σύμβασης ορίστηκε σε ... (...) μήνες, με δυνατότητα παράτασης αυτής. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε δύο (2) ομάδες, ήτοι την ΟΜΑΔΑ 1: «...», εκτιμώμενης αξίας ...€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%, και την ΟΜΑΔΑ 2: «...», εκτιμώμενης αξίας ...€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%.

3. Η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 29-09-2023, δηλαδή εντός δέκα ημερών από τη γνώση της προσβαλλομένης στις 21-09-2023, οπότε κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα διά της ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

4. Στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, σε αμφότερα τα τμήματα, συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, δηλαδή ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Δυνάμει του από ...-...-2023 Πρακτικού αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, έγιναν δεκτές αμφότερες οι προσφορές και ο παρεμβαίνων κατατάχθηκε πρώτος σε σειρά μειοδοσίας, ο δε προσφεύγων δεύτερος. Στη συνέχεια, κατόπιν αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου-νυν παρεμβαίνοντος, η Επιτροπή του διαγωνισμού με το από ...-...-2023 Πρακτικό της εισηγήθηκε την αποδοχή τους. Η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλομένη απόφαση ενέκρινε τα ανωτέρω πρακτικά και αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα.

5. Κατόπιν των ανωτέρω, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή, επικαλούμενος ζημία του από την παράνομη αποδοχή της προσφοράς του έτερου μοναδικού συμμετέχοντος στο διαγωνισμό οικονομικού φορέα και όφελος από την ανάδειξή του ως αναδόχου.

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

6. Η αναθέτουσα αρχή στις 2-10-2023 κοινοποίησε την ασκηθείσα προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο να ασκήσει παρέμβαση.

7. Ο παρεμβαίνων στις 10-10-2023 άσκησε νόμιμα και εμπρόθεσμα παρέμβαση, δηλαδή εντός δέκα ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής, έχοντας προς τούτο πρόδηλο έννομο συμφέρον.

8. Με την υπ'αριθμ. .../2023 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίσθηκε ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και Εισηγήτρια και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της, τις οποίες υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 5-10-2023, οπότε και κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα.

9. Επί του ισχυρισμού του προσφεύγοντος στο υπόμνημά του ότι: *«.. το υπ' αρ. πρωτ. ... έγγραφο των Απόψεων, δεν έχει προφανώς εκδοθεί ή, έστω, εγκριθεί από την Οικονομική Επιτροπή του ..., αλλά έχει εκδοθεί και υποβληθεί αναρμοδίως ως έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να ληφθεί υπόψη ούτε μπορεί να παρατίθεται νομίμως με δι' αυτού αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία»*, σημειώνονται τα ακόλουθα: Σύμφωνα με την παράγραφο ... υποπαρ. ... του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. ...του άρθρου 9 του π.δ 39/2017): *«... Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης»*. Συνεπώς, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο νόμο, η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της επί προδικαστικής προσφυγής, να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης, χωρίς να γίνεται ρητή αναφορά στα προς τούτο αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, κατά το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, οι απόψεις δεν συνιστούν εκτελεστή διοικητική πράξη της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά απλό πληροφοριακό έγγραφο στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας έννομης προστασίας κατά το στάδιο αναθέσεως δημόσιας σύμβασης, προκειμένου να διαφωτιστεί το αποφασίζον Κλιμάκιο για την υπόθεση. Συνεπώς, οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής έχουν υποβληθεί παραδεκτά και νόμιμα και λαμβάνονται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο (πρβλ. απόφαση ΑΕΠΠ 1245/2023, 60/2021, 314, 397, 824/2020, 1560/2020), απορριπτομένων, ως

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

επί εσφαλμένων προϋποθέσεων στηριζόμενων, των αντίθετων ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

10. Στις ...-...-2023 ο προσφεύγων υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, δηλαδή εντός πενθημέρου από την κοινοποίηση των απόψεων σε αυτόν.

11. Ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι ο παρεμβαίνων, κατά παράβαση της περίπτωσης ζ' του όρου 2.2.3.4 της διακήρυξης, απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του από2023 ΕΕΕΣ υπό τον τίτλο «Ψευδείς δηλώσεις, απόκρυψη πληροφοριών, ανικανότητα υποβολής δικαιολογητικών, απόκτηση εμπιστευτικών πληροφοριών». Και τούτο έπραξε, παρά την έκδοση της υπ' αριθμ. .../2023 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ στις2023 με την οποία κρίθηκε ότι, στο πλαίσιο της εκεί εξεταζόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, (ο νυν παρεμβαίνων) είχε αποκρύψει πληροφορίες σχετικές με πραγματικά περιστατικά που συνιστούν λόγους αποκλεισμού. Ωστε, όπως κρίθηκε με την ανωτέρω απόφαση, ο παρεμβαίνων, μη αποκαλύπτοντας στην αναθέτουσα αρχή τις συγκεκριμένες πληροφορίες, αποστέρησε από την αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να διαγνώσει η ίδια τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού. Εξάλλου, η ως άνω πλημμέλεια όχι μόνο δεν επιδέχεται διόρθωσης/συμπλήρωσης κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, αλλά ούτε και ζητήθηκαν σχετικές διευκρινίσεις κατ' εφαρμογή του άρθρου αυτού.

12. Ο παρεμβαίνων αποκρούει τους ως άνω ισχυρισμούς, ισχυριζόμενος ότι δεν έχει αποκλειστεί από καμία διαγωνιστική διαδικασία, ως «ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων», και επομένως δεν ήταν υποχρεωμένος να απαντήσει θετικά στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ του. Ειδικότερα, η αναφορά στην υπ' αρ. .../2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ είναι παρελκυστική, καθώς σε κανένα σημείο της δεν γίνεται αναφορά στον αποκλεισμό του λόγω ψευδών δηλώσεων. Με την εν λόγω απόφαση απλώς κρίθηκε ότι ο παρεμβαίνων θα έπρεπε να έχει μνημονεύσει στο ΕΕΕΣ του τις αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ακόμη και αν αυτές δεν αποτελούσαν σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, προς ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής.

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

13. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι δεν γνώριζε το ανωτέρω μνημονευόμενο στην προσφυγή ιστορικό και δηλώνει ότι αφήνει την κρίση επί του ζητήματος στην ΕΑΔΗΣΥ.

14. Ο προσφεύγων με το υπόμνημα του επαναλαμβάνει ό,τι και με την προσφυγή, σημειώνοντας ότι επί της ουσίας η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της συνομολογεί τον λόγο της προσφυγής.

15. Σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ' του ν.4412/2016: «4[...]Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:[...] ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών 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, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης[...].

16. Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διακήρυξη:[...] 2.2.9.1«Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών»: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου ... και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων ..., ..., ... και ... της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος ... του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος ...[...]. Ιδίως επισημαίνεται ότι κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η πάροδος της ... περιόδου της ισχύος του

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

λόγου αποκλεισμού (παραγράφου 10 του άρθρου 73) ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, σύμφωνα με την περ. γ της παραγράφου 2.2.3.4 της παρούσης, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης». Το άρθρο 2.2.3.4. της διακήρυξης προβλέπει ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών 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 της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας[..]».

17. Οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα κατά το στάδιο της κατάρτισης των συμβατικών τευχών, οπότε, εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη διακήρυξη, θεσπίζονται κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ 20, αριθμ. απόφ. 42/30-5-2017). Περαιτέρω, η ως άνω πρόβλεψη έχει στόχο να αποθαρρύνει τους οικονομικούς φορείς από το να παρέχουν παραπλανητικές ή/και ανακριβείς ή /και αναληθείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Κατά μείζονα δε λόγο, σήμερα, μετά την εισαγωγή νέων κανόνων για την προκαταρκτική απόδειξη και την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές (του Ε.Ε.Ε.Σ. για τις συμβάσεις άνω των ορίων και του Τ.Ε.Υ.Δ. για τις συμβάσεις κάτω των ορίων), κρίνεται 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 τις επιπτώσεις, καθώς και τυχόν επαναλαμβανόμενη τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς (καθ' υποτροπή). Για τον

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

αποκλεισμό, παραδείγματος χάριν, οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεν θα αρκούσε, για τη στοιχειοθέτηση του υπό εξέταση λόγου αποκλεισμού, η διαπίστωση μίας και μόνης περίπτωσης αμελούς ή ακούσιας διαστρέβλωσης στοιχείων ή/και παροχής λανθασμένων στοιχείων από αυτόν κατά την παροχή πληροφοριών σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (βλ. υπ' αριθμ. 20 Κατευθυντήρια Οδηγία Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Ειδικότερα, ο ίδιος ο ευνοϊκός, υπέρ και των οικονομικών φορέων, θεσμός της προκαταρκτικής απόδειξης πλήττεται καίρια και ματαιώνεται ως προς τον σκοπό του, εκθέτοντας την αναθέτουσα και τρίτους συνδιαγωνιζομένους σε κινδύνους, προσβάλλει δε τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και επομένως και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού σε περίπτωση αποσιώπησης ή παράλειψης πληροφοριών ή και αναλήθειας εκ μέρους των δηλούντων δια του Ε.Ε.Ε.Σ/ Τ.Ε.Υ.Δ οικονομικών φορέων. Τούτο, ιδίως, όταν οι οικείες αποκρυφθείσες, παραληφθείσες ή αναληθώς δηλούμενες πληροφορίες σχετίζονται με περίπτωση, η οποία, αν ήταν γνωστή, θα μπορούσε να οδηγήσει σε αποκλεισμό του φορέα από τη σύναψη της σύμβασης δια πληρώσεως λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, αφού ειδικώς σε αυτές τις περιπτώσεις διακινδυνεύεται η σύναψη σύμβασης και μάλιστα εις βάρος κατάλληλων και νομίμως μετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης άλλων φορέων. Ως εκ τούτου, η εκ μέρους ενός οικονομικού φορέα αναληθής δήλωση αλλά και απόκρυψη σχετικών πληροφοριών, οι οποίες δύνανται ή ενδέχεται να στοιχειοθετήσουν ή να ερμηνευτούν από την αναθέτουσα ως λόγοι αποκλεισμού, συνιστούν αυτοτελείς λόγους κήρυξης της συνολικής προσφοράς ως απαραδέκτου και αποκλεισμού του δηλούντος δια του Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ οικονομικού φορέα (βλ. ΣΤΕ 117/2019'σκ. 14 και ΣΤΕ ΕΑ 526/2010 σκ. 6)

18. Επειδή, όπως κρίθηκε από το ΔΕΕ στην Απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2019, Υπόθεση C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA κατά Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (βλ. σκέψεις) ο λόγος προαιρετικού αποκλεισμού που διαλαμβάνεται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αυτής(και στο ομοίου περιεχομένου

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

άρθρο 73 παράγραφος 4, στοιχείο ζ, του ν.4412/2016) στηρίζεται στην αξιοπιστία του αναδόχου στην οποία στηρίζεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει στη δική της αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα, για τον οποίον είχε αποφασισθεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας σύμβασης. Συναφώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα, βάσει όλων των κρίσιμων στοιχείων και ιδίως της απόφασης περί καταγγελίας, και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι, κατά την άποψή της, υπεύθυνος για τη σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, που διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρέωσης, την οποία είχε στο πλαίσιο της εν λόγω συμβάσεως, δεδομένου ότι η εν λόγω πλημμέλεια είναι ικανή να προκαλέσει τον κλονισμό της σχέσης εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα».

19. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, ο προσφεύγων απάντησε αρνητικά στο ακόλουθο ερώτημα του ΕΕΕΣ που υπέβαλε: «Ο οικονομικός φορέας επιβεβαιώνει ότι: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) δεν ήταν σε θέση να υποβάλει, χωρίς καθυστέρηση, τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, και δ) έχει επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή 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». Πλην όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων και προκύπτει απ' όσα ο ίδιος ο παρεμβαίνων έχει δηλώσει σε άλλο ερώτημα του παρόντος ΕΕΕΣ, σχετικά με την ύπαρξη ή μη συμφωνιών για την στρέβλωση του ανταγωνισμού, υπάρχουν σε βάρος του αποφάσεις της Επιτροπής και της Επιτροπής, οι οποίες, σύμφωνα με την απόφαση .../2023 της

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

ΕΑΔΗΣΥ, αν και έπρεπε να δηλωθούν ως πραγματικά περιστατικά, δεν δηλώθηκαν στην εκεί εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Όστε, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε τις απαραίτητες πληροφορίες για να κρίνει, εάν συνέτρεχε στο πρόσωπό του (νυν παρεμβαίνοντος) λόγος αποκλεισμού σχετικά με την στρέβλωση του ανταγωνισμού ή/και την ύπαρξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Τα ανωτέρω, δηλαδή ότι υφίστανται οι ανωτέρω αποφάσεις και ότι δεν δηλώθηκαν σε προηγούμενη διαδικασία από την οποία κρίθηκε αποκλειστέος για τον παραπάνω λόγο, δεν αρνείται ο παρεμβαίνων, ο οποίος απλώς ισχυρίζεται ότι κατά την άποψή του δεν συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και δεν έπρεπε να δηλωθούν.

20. Κατόπιν των ανωτέρω, λαμβάνοντας υπόψη : **1)** Τη ρύθμιση της διάταξης του άρθρου 2.2.3.4. ...' της εν λόγω διακήρυξης, που αντιστοιχεί στην περίπτωση ζ' της παρ. ... του άρ. 73 του Ν. 4412/2016 όπως ισχύει, και συνιστά, με την υιοθέτησή της, υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού από τον επίμαχο διαγωνισμό σε περίπτωση διαπίστωσης σοβαρής εκ προθέσεως απατηλής δήλωσης/απόκρυψης πληροφοριών απαιτούμενων για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού εκ μέρους του συμμετέχοντος, **2)** Το περιεχόμενο του συγκεκριμένου ερωτήματος του ΕΕΕΣ, που αποτελεί αναπόσπαστο παράρτημα της διακήρυξης, («ο οικονομικός φορέας επιβεβαιώνει ότι: α) έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές [...]»), η απάντηση στο οποίο θα ήταν άτοπο να ερμηνευθεί ως αφορώσα την τρέχουσα και μόνο διαγωνιστική διαδικασία (ΔΕφΘ .../2021), **3)** Τη νομολογία επί του κρινόμενου ζητήματος και συγκεκριμένα ότι: «...η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζόμενου σχετικά με τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του Ε.Ε.Ε.Σ., έχει αναχθεί [...] σύμφωνα και σε αρμονία με όσα ορίζονται και με τις διατάξεις του ν.4412/2016 και του κανονισμού 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται, με τη διαπίστωσή του, την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου δια του Ε.Ε.Ε.Σ.

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής[...] Εφόσον δε, κρίσιμος χρόνος για τον έλεγχο και διαπίστωση της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου, κατ' εκτίμηση των παρατιθέμενων από αυτόν στοιχείων, είναι ο χρόνος υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ., αυτός είναι και ο κρίσιμος χρόνος γένεσης του, διαφορετικού και αυτοτελούς, λόγου αποκλεισμού λόγω υποβολής ψευδούς δήλωσης δια του Ε.Ε.Ε.Σ., οπότε εκδηλώνεται η συμπεριφορά του διαγωνιζόμενου, η οποία συνιστά τον ως άνω αυτοτελή λόγο αποκλεισμού λόγω ψευδούς δήλωσης, η οποία δεν δύναται να αναιρεθεί μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που τον οδήγησαν στη συμπεριφορά αυτή (ΣΤΕ .../2020, βλ. ακόμη Δ.Ε.Ε. απόφαση της 3-10-2019, Delta κλπ., C- 267/18, σκ.36, ΣΤΕ ΕΑ 93, 23/2020, Διοικ. Εφ. Αθ.205/2020, Διοικ. Εφ. Θεσ 189/2020). Συναφώς έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019), ότι η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα ... αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζόμενου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος, **4)** Τη βαρύνουσα θέση που επέχει το ΕΕΕΣ για τη λειτουργία του θεσμού της προαπόδειξης, σε συνδυασμό με τους όρους 2.2.2.3. και 3.2 της διακήρυξης περί των συνεπειών της υποβολής ανακριβούς ΕΕΕΣ καθώς και τη δυνατότητα υποβολής ... αυτού δήλωσης, και **5)** Τον σκοπό θέσπισης των λόγων αποκλεισμού, που συνίσταται στην πληρέστερη δυνατή ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής περί της προηγούμενης συμπεριφοράς των συμμετεχόντων, στην οποία συμπεριλαμβάνεται και η συμπεριφορά τους σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες, ο επίμαχος, λόγος αποκλεισμού αφορά ψευδείς/απατηλές δηλώσεις/αποκρύψεις εκ μέρους του συμμετέχοντος, οι οποίες έλαβαν χώρα είτε στον τρέχοντα διαγωνισμό είτε σε προηγούμενους διαγωνισμούς (ΔΕΦΑθηνών Α .../2022, σκ. 14). Ως εκ τούτων, οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να δηλώσουν στο προκείμενο ερώτημα του ΕΕΕΣ, που κατά τη διατύπωσή του αναφέρεται στο παρελθόν, τα πραγματικά περιστατικά που έλαβαν χώρα στο πλαίσιο προηγούμενων διαγωνισμών, που μπορούν κατά τα βασικά χαρακτηριστικά τους να

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

συγκροτήσουν τον οικείο λόγο αποκλεισμού περί ψευδούς δηλώσεως/αποκρύψεως. Τέτοια δε πραγματικά στοιχεία αποτελούν προηγούμενες πράξεις αποκλεισμού άλλων αναθετουσών αρχών, εφόσον αυτές βασίστηκαν σε κρίση περί ψευδούς δήλωσης ή απόκρυψης πληροφοριών στο εκεί υποβληθέν ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, ανεξαρτήτως αν η οικεία κρίση διατυπώθηκε πανηγυρικώς, ως εμπίπτουσα στον οικείο λόγο αποκλεισμού ή όχι και ανεξαρτήτως αν οι αποκρυβείσες εκεί πληροφορίες αφορούσαν τον αυτόν ή έτερο λόγο αποκλεισμού (βλ.ΔΕφΑθηνών Α.../2022, σκ. 14). Συνεπώς, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι και να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, δηλαδή ότι, εφόσον κατά την άποψή του δεν είχε υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, δεν όφειλε να δηλώσει τις σε βάρος του αποφάσεις της Επιτροπής ... (... και ...) στην προηγούμενη διαδικασία, ούτε όφειλε να δηλώσει στην παρούσα διαδικασία ότι είχε αποκλειστεί από άλλη διαδικασία εξαιτίας της απόκρυψης πληροφοριών. Σε αντίθεση, άλλωστε, με όσα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, ανεξαρτήτως της νομικής εκτίμησής του ή της δικής του πεποίθησης, αυτός όφειλε, αφενός να απαντήσει θετικά στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ και αφετέρου να παραθέσει τις παραπάνω αποφάσεις της Επιτροπής ... και της ... Επιτροπής ... ως πραγματικά περιστατικά, επεξηγώντας ενδεχομένως τους λόγους για τους οποίους, κατά την κρίση του, δεν συνιστούσαν λόγο αποκλεισμού ή και εκθέτοντας τυχόν ληφθέντα εκ μέρους του σχετικά επανορθωτικά μέτρα προς άρση του λόγου αυτού αποκλεισμού. Έχει δε κριθεί, αφενός ότι η εκτίμηση περί της αξιοπιστίας του δεν απόκειται στον ίδιο αλλά στην εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ενώπιον της οποίας υποβάλλει προσφορά, και αφετέρου ότι η άσκηση δικαστικής προσφυγής κατά της αποφάσεως απόρριψης προσφοράς λόγω υπαγωγής σε μία από τις περιπτώσεις του αρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016, δεν εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή, που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό, να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 19ης Ιουνίου 2019, Υπόθεση C 41/18, Meca Srl, ECLI:EU:C:2019:507, σκ. 28-32). Επομένως, ο λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

21. Ο προσφεύγων με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι, στην εξεταζόμενη περίπτωση, αν και ο παρεμβαίνων δήλωσε σωρεία αποφάσεων και κυρώσεων της Επιτροπής ... σε βάρος του καθώς και τα σχετικά μέτρα ..., η αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση του νόμου και της διακήρυξης, δεν απευθύνθηκε στην αρμόδια Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, προκειμένου να λάβει τη σύμφωνη γνώμη της αναφορικά με την επάρκεια των μέτρων Εν όψει των ανωτέρω, η σχετική κρίση της αναθέτουσας αρχής καθίσταται ακυρωτέα, λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

22. Στις ακόλουθες διατάξεις του άρθρου. 73 ν.4412/2016, ορίζεται ότι: «**4.** Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α)...ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 48, περί προηγούμενης εμπλοκής υποψηφίων ή προσφερόντων, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα,...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[...] **7.** Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στην παρ. 1 και στην παρ. 4, εκτός από την περ. β' αυτής, 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. [...] Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής[...] **8.** Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7, εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας ... (...) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Αν παρέλθει

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

άπρακτη η προθεσμία του πρώτου εδαφίου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7 και χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9[...]. 10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παρ. 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παρ. 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία έκδοσης πράξης που βεβαιώνει το σχετικό γεγονός».

23. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από το Μέρος III Κεφάλαιο ... του ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος, αυτός έχει απαντήσει καταφατικά στα ερωτήματα «Ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» και «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού-Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» και έχει δώσει τις κάτωθι ταυτόσημες απαντήσεις: «(α) Σύμφωνα με την απόφαση με αριθμ. .../19.12.2007 της ... Επιτροπής ... (...), μεταξύ των ετών ...-..., συμφωνίες συνεργασίας μας με διάφορες ... (ήτοι την ..., την ..., την ..., την ...) για πώληση ... (κυρίως ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... και ...), θεωρήθηκαν ως συμφωνίες που παραβιάζουν το άρθρο 1 παρ. 1 του Ν. 703/1977 και το άρθρο 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ, ήτοι περιορίζουν τον ανταγωνισμό. Τα επιβαλλόμενα μέτρα ήταν (α) η παύση των παραβάσεων και η παράλειψή τους στο μέλλον, (β) ακυρότητα των ρητρών καθορισμού τιμών με κάποιες από τις ανωτέρω αναφερόμενες ..., (γ) χρηματική ποινή ...€, για κάθε ημέρα μη συμμόρφωσης, σε περίπτωση μη συμμόρφωσης μας για με το α και β μέτρα, (δ) πρόστιμα συνολικού ύψους 3.047.955€. Για την ολική ακύρωση ή τροποποίηση της υπ' αριθμ. .../19.12.2007 απόφασης της ... ασκήσαμε προσφυγή και αίτηση αναστολής εκτέλεσης, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου ..., το οποίο, αφού την έκανε εν μέρει δεκτή, εξέδωσε την υπ' αριθμ. .../2009 απόφασή του με την οποία, μεταξύ άλλων η .../19.12.2007 απόφαση της ... 1 μεταρρυθμίστηκε περιορίζοντας το πρόστιμο στο ποσό του 1.584.133,00€ (από το αρχικό των 3.047.955€) και 2) ακυρώθηκε σχετικά με την παραβίαση του καθορισμού τιμών ... στους διανομείς μας κατά τα έτη ... και Κατά της

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

υπ' αριθμ. .../2009 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου ... ασκήσαμε αναίρεση ενώπιον του ΣΤΕ, η οποία απορρίφθηκε. Συνεπώς, το μοναδικό μέτρο που πλέον υπήρχε εις βάρος μας, για παραβίαση, που έλαβε χώρα μεταξύ ...-..., ήτοι σχεδόν ... έτη πριν τον εν λόγω διαγωνισμό, για το εδώ αναφερόμενο γεγονός είναι το ποσό του 1.584.133,00€ το οποίο έχει πλέον εξοφληθεί. (β) Σύμφωνα με την απόφαση με αριθμ. .../18.10.2017 της ... Επιτροπής ... (...), κρίθηκε ότι η συμφωνία απόκτησης ελέγχου μας από την “...” κατά το έτος ... στρεβλώνει τον ανταγωνισμό και μας επιβλήθηκαν διορθωτικά μέτρα-ανάθεση δεσμεύσεων. Με συνεχείς παρατάσεις έχει αποφασιστεί η παράταση των μέτρων μέχρι2021 (ίδτετε αποφάσεις/2019 και .../2021). Οι αναληφθείσες δεσμεύσεις έχουν, στο μεγαλύτερο μέρος τους, εφαρμοστεί και κριθεί από την ... αποτελεσματικές (ίδτετε σχετικά απόφαση/2021 σκ. 108). Επιπλέον, από το έτος 2021, η εταιρεία “...” έχει αποχωρήσει από την μετοχική μας σύνθεση. Για την εν λόγω αποχώρηση έχει μάλιστα ενημερωθεί η ... (ίδτετε σχετικά την από2021 κοινή επιστολή της οικογένειας ... και της «...» προς τον κ. ..., μέλος της εταιρείας που αποτελούσε τον ... της Επιτροπής ... με την επωνυμία «...» μετά του σχετικού αντιγράφου του βιβλίου ...). Ως εκ τούτου, η εν λόγω πράξη της ... καθίσταται άνευ αντικειμένου, δεν αξιολογείται και για τον λόγο αυτό δεν έχει εκδοθεί νεότερη απόφαση. (γ) Σύμφωνα με την απόφαση με αριθμ. .../29.09.2017 της ... Επιτροπής ... (...) κρίθηκε η κοινοποίηση της συγκέντρωσης στην οποία προέβη η εταιρεία ... (θυγατρική της ...), μετά την κατοχή συνολικά του ...% του μετοχικού κεφαλαίου μας, κατόπιν της από .../.../2014 αγοράς μετοχών μας, στην ... ως, κατά μόλις ... ημέρες, εκπρόθεσμη κατά τα διαλαμβανόμενα στο Ευκόλως γίνεται αντιληπτό ότι η εν λόγω απόφαση δεν αφορά εμάς αλλά την εταιρεία ... (θυγατρική της ...), η οποία και κατά το ... δίκαιο ήταν υπόχρεη να κοινοποιήσει τη συγκέντρωση εμπρόθεσμα. Για τον λόγο αυτό, άλλωστε, οι κυρώσεις επιβλήθηκαν στην εταιρεία ..., όχι σε εμάς. Επιπλέον, η παράλειψη κοινοποίησης συγκέντρωσης (για μόλις ... ημέρες) έλαβε χώρα το έτος 2014 και, όπως ευκόλως γίνεται αντιληπτό και αναφέρεται και στο σώμα της εν λόγω απόφασης, δεν αφορά ούτε συνδέεται με στρέβλωση του ανταγωνισμού. Διευκρινίζουμε ότι με την απάντηση μας (ΝΑΙ) στο εν λόγω ερώτημα, ουδόλως αναγνωρίζουμε ή αποδεχόμαστε ότι τα παραπάνω

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

παραγματικά γεγονότα αποτελούν σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα αλλά και ούτε ότι θίγουν την αξιοπιστία της εταιρείας μας στην ομαλή εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων. Σε κάθε περίπτωση, η περίοδος αποκλεισμού για τα παραπάνω γεγονότα έχει παρέλθει καθώς, αφενός έχουν τελεστεί πολύ πριν την ...ετία (συγκεκριμένα τελέστηκαν μεταξύ των ετών ...-..., ... και ...) και αφετέρου η πράξη που τα βεβαιώνει, έχει επίσης εκδοθεί πολύ πριν την ...ετία που ορίζεται ως όριο στο ισχύον σήμερα άρθρο 73 παρ. 10 του Ν. 4412/2016 (συγκεκριμένα οι πράξεις εκδόθηκαν το έτος 2007, 2009 και 2017). Παρά ταύτα, δηλώνονται στο παρόν πεδίο, στο πλαίσιο διαφάνειας και πλήρους ενημέρωσής σας, ώστε να αξιολογηθούν από την Αρχή σας.». Περαιτέρω, η εταιρεία ... δηλώνει ότι έχει λάβει τα επανορθωτικά μέτρα ή μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία αναλύονται στο ΕΕΕΣ.

24. Κατόπιν των ανωτέρω, αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι, εφόσον έχουν παρέλθει άνω των ... ετών από το χρονικό σημείο των πράξεων που αποτέλεσαν αφετηρία των παραπάνω λόγων αποκλεισμού, δεν τίθεται αντικειμενικά ζήτημα αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος, γι'αυτό και δεν προχώρησε στη διαδικασία αιτιολόγησης της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων. Και τούτο, διότι, όπως δηλώνει ο ίδιος ο παρεμβαίνων με το ΕΕΕΣ του και δεν έλαβε υπόψη η αναθέτουσα αρχή, η περίοδος αποκλεισμού που του επιβλήθηκε κατόπιν της .../18.10.2017 απόφασης της ... Επιτροπής ... (...) είχε παραταθεί μέχρι την2021 (ίδτε αποφάσεις/2019 και .../2021). Ωστε, η τελευταία απόφαση δεν απέχει άνω της τριετίας από την ημερομηνία διενέργειας του παρόντος διαγωνισμού και επομένως δεν μπορεί στη συγκεκριμένη περίπτωση να εφαρμοσθεί η παρ. 10 του άρθρου 73 του ν.4412/2016. Κατόπιν των ανωτέρω, βάσιμος είναι ο δεύτερος λόγος της προσφυγής και η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα, καθώς η αναθέτουσα αρχή δεν ακολούθησε τη νόμιμη διαδικασία για τη διάγνωση και αιτιολόγηση της επάρκειας ή μη των δηλούμενων επανορθωτικών μέτρων, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος.

25. Ο προσφεύγων με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί λόγω της υποβολής μη παραδεκτής εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Ειδικότερα: α) σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

την παρ. 2.1.5. της Διακήρυξης ο εκδότης της εγγύησης, ήτοι το πιστωτικό ίδρυμα, αναλαμβάνει την υποχρέωση, όπως προχωρήσει στη σχετική καταβολή εντός πέντε ημερών από την απλή έγγραφη ειδοποίηση του (στοιχείο ... της τρίτης παραγράφου του όρου 2.1.5 της Διακήρυξης), ήτοι χωρίς ανάγκη συνδρομής έτερων διατυπώσεων, διαδικαστικών πράξεων και εν γένει ενεργειών εκ μέρους του λήπτη της εγγυητικής επιστολής, ήτοι της Αναθέτουσας Αρχής. Τα παραπάνω δε ισχύουν αδιακρίτως, τόσο στην περίπτωση μερικής καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής όσο και στην περίπτωση ολικής καταπτώσεως της. Παρόλα αυτά, στην υποβληθείσα εγγυητική επιστολή της ... ρητά ορίζεται ότι, προκειμένου να λάβει χώρα η ολική κατάπτωσή της, θα πρέπει ταυτόχρονα με το σχετικό αίτημα να επιστραφεί προς την τράπεζα και το σώμα της. Όστε, σε περίπτωση ολικής κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής δεν αρκεί η κατά τη διακήρυξη «απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται» (στοιχείο ... της τρίτης παραγράφου του όρου 2.1.5 της Διακήρυξης), αλλά τάσσεται ως επιπλέον προϋπόθεση και η επιστροφή του σώματός της σε αυτήν. Το παραπάνω δε διαδικαστικό βάρος αλλοιώνει το περιεχόμενο του όρου 2.1.5 της Διακήρυξης, επιβαρύνει με μη προβλεπόμενες στη διακήρυξη διατυπώσεις την Αναθέτουσα Αρχή και, επίσης, διακινδυνεύει την εκπλήρωση του σκοπού της εγγυητικής επιστολής β) Σύμφωνα με τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης για την καταβολή του σχετικού ποσού προς την αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να αρκεί η απλή έγγραφη ειδοποίηση της τράπεζας από την αναθέτουσα αρχή, ήτοι δεν απαιτείται καμία αναφορά στο λόγο καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής. Σε αντίθεση με τον παραπάνω όρο, σύμφωνα με τις υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές η σχετική έγγραφη δήλωση δεν αρκεί να είναι «απλή», αλλά, επιπλέον, απαιτείται δια αυτής η Αναθέτουσα Αρχή να κοινοποιεί στην τράπεζα ότι η «...», που καλύπτεται με την εγγυητική επιστολή, κατέστη απαιτητή. Το παραπάνω δε διαδικαστικό βάρος αλλοιώνει το περιεχόμενο του όρου 2.1.5, επιβαρύνει με μη προβλεπόμενες αλλά αντίθετες στη διακήρυξη διατυπώσεις την αναθέτουσα αρχή και, επίσης, διακινδυνεύει την εκπλήρωση του σκοπού της εγγυητικής επιστολής. γ) Στον όρο 2.1.5 της διακήρυξης η πενθήμερη προθεσμία για την καταβολή του σχετικού ποσού από την τράπεζα προς την αναθέτουσα αρχή έχει ως σημείο αφετηρίας την

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

ημερομηνία κατά την οποία λαμβάνει χώρα η εκεί προβλεπόμενη «απλή έγγραφη ειδοποίηση», χωρίς να προβλέπεται έτερον τι. Κατά παράβαση της ως άνω κανονιστικής επιταγής, στην υποβληθείσα από τον παρεμβαίνοντα εγγυητική επιστολή ορίζεται ότι έχει ως αφετηρία τη «λήψη με απόδειξη» της σχετικής δήλωσης εκ μέρους της τράπεζας. Το παραπάνω δε διαδικαστικό βάρος αλλοιώνει το περιεχόμενο του όρου 2.1.5 της Διακήρυξης, επιβαρύνει με μη προβλεπόμενες στη Διακήρυξη διατυπώσεις την Αναθέτουσα Αρχή και, επίσης, διακινδυνεύει την εκπλήρωση του σκοπού της εγγυητικής επιστολής. Πολλώ δε μάλλον, συνιστά διατύπωση ικανή να αποτρέψει την εντός πέντε ημερών από τη σχετική ειδοποίηση καταβολή του ποσού και, ως εκ τούτου, μπορεί να οδηγήσει στη μη έγκαιρη καταβολή του σχετικού ποσού.

26. Ο παρεμβαίνων σχετικά ισχυρίζεται ότι ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι παρελκυστικός, νόμω και ουσία αβάσιμος. Η εγγυητική επιστολή του είναι σύμφωνη με το νόμο και τους όρους της διακήρυξης. Αυτά που αναφέρει ο προσφεύγων, ως ουσιώδεις πλημμέλειες, είναι αυτονόητες διαδικαστικές προϋποθέσεις που ουδόλως επηρεάζουν το κύρος της εγγυητικής και τη δυνατότητα άμεσης είσπραξης του ποσού της από την αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση κατάπτωσης της. Συνεπώς, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του.

27. Σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, αυτή είναι εξασφαλισμένη, σε περίπτωση που ο συμμετέχων παραιτηθεί από το διαγωνισμό ή αποκλεισθεί, καθώς η εγγυητική επιστολή άνευ ετέρου καταπίπτει υπέρ του

28. Με το υπόμνημα του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ό,τι και με την προσφυγή του.

29. Σύμφωνα με τον όρο 2.1.5 «Εγγυήσεις» της Διακήρυξης: «[...]Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία:[...] ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός πέντε (5) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται [...]Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους εκδότες των εγγυητικών επιστολών προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους.». Κατά τον όρο 2.4.6 της Διακήρυξης: «Η

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι ...), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος ...), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων ..., τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής ...), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος ...), 3.1. (Αποσφράγιση και ...), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών ...) της παρούσας β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλιπείς, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης»

30. Όπως γίνεται παγίως δεκτό οι εγγυητικές επιστολές των υποψηφίων οικονομικών φορέων πρέπει να συντάσσονται σύμφωνα με τους οικείους όρους της διακήρυξης. Οι δε αποκλίσεις της υποβληθείσας εγγυητικής επιστολής από τους παραπάνω όρους συνιστούν, καταρχήν, ουσιώδεις πλημμέλειες της προσφοράς. Δηλαδή, κάθε όρος της διακήρυξης σχετικά με το περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής θεωρείται ουσιώδης, εκτός εάν από το περιεχόμενο, τη φύση και τη λειτουργία του προκύπτει προδήλως και άνευ αμφιβολίας το αντίθετο.

31. Από την επισκόπηση της υποβληθείσας εκ μέρους της ... εγγυητικής επιστολής με αρ. ... της τράπεζας ..., προκύπτει ότι στην παράγραφο 3 αυτής αναφέρεται ότι: «Το παραπάνω ποσό τηρείται στη διάθεσή σας και θα σας το καταβάλλουμε ολικά ή μερικά, δίχως καμία αντίρρηση, ένσταση ή πρόφαση εντός ... (...) (για την Τράπεζα μας και τις τυχόν ανταποκρίτριές της τράπεζες) ημερών από την λήψη από την Τράπεζα μας, με απόδειξη, της έγγραφης δήλωσής σας προς την Τράπεζα μας, με την οποία θα κοινοποιείτε ότι η κύρια οφειλή που καλύπτεται με την παρούσα εγγυητική μας επιστολή, έγινε ολικά ή

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

μερικά απαιτητή και θα ζητάτε την πληρωμή συγκεκριμένου ποσού στο πλαίσιο αυτής. Στην περίπτωση αιτήματος ολικής κατάπτωσης θα πρέπει ταυτόχρονα να μας επιστραφεί το πρωτότυπο της παρούσας.» Από την ανωτέρω δήλωση της Τράπεζας προκύπτει δίχως αμφιβολία η πλήρωση του όρου 2.1.5 της διακήρυξης ,αναφορικά με την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός ... (...) ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται. Περαιτέρω, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έχουν τεθεί επιπλέον όροι και περιορισμοί στην επιστροφή του ποσού της εγγυητικής σε περίπτωση ολικής ή μερικής κατάπτωσης καθώς, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, οι όροι στους οποίους αναφέρεται ο προσφεύγων είναι απλοί διαδικαστικοί όροι και δεν είναι ικανοί να θέσουν εμπόδια στην ολική ή μερική καταβολή του ποσού. Συνεπώς, ο λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

32. Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως η Επιτροπή του διαγωνισμού ζήτησε και έλαβε διευκρινίσεις/ συμπληρώσεις: (α) ως προς την τεχνική προσφορά της ..., (β) ως προς τη μη προσκόμιση ποινικών μητρώων των προσώπων που, μολονότι δεν είναι μέλη του ΔΣ, έχουν εξουσίες εκπροσώπησης στο πλαίσιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, και (γ) ως προς τη λαθεμένη και ελλιπή συμπλήρωση των υπεύθυνων δηλώσεων που απαιτούνται από τη διακήρυξη στο πλαίσιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικότερα, σε ό,τι αφορά τα δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς, ο παρεμβαίνων όφειλε να αποδείξει ότι τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης η υπ' αρ. ... άδεια καταλληλότητας για το όχημα με αριθμό κυκλοφορίας ... ήταν σε ισχύ. Ωστε, δεν ήταν δυνατή η προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 102 του ν.4412/2016 και παρανόμως τούτο έπραξε η αναθέτουσα αρχή. Το αυτό ισχύει και για την περίπτωση του οχήματος με αριθμό κυκλοφορίας ... το οποίο, όπως προέκυψε από τις διευκρινίσεις του παρεμβαίνοντος «εκ παραδρομής επισυνάφθηκε στο αρχείο με τις λοιπές άδειες των οχημάτων», ώστε ο παρεμβαίνων παρανόμως με την ανωτέρω δήλωση τροποποίησε την προσφορά του. Επιπλέον ο παρεμβαίνων, αφαιρώντας το παραπάνω όχημα

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

από την προσφορά του, δεν μπορεί να αποδείξει ότι θα μπορέσει να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του από τη διακήρυξη. Επίσης, εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή ζήτησε την υποβολή με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης των ποινικών μητρώων που δεν είχαν υποβληθεί καθώς και τη συμπλήρωση λανθασμένων στοιχείων στις υποβληθείσες με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπεύθυνες δηλώσεις.

33. Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή νομίμως τον κάλεσε να συμπληρώσει τις ελλείψεις των δικαιολογητικών του, τα οποία εμπρόθεσμα υπέβαλε, καθώς αυτά παρουσίαζαν απλώς κάποιες ελλείψεις και ασάφειες.

34. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι ορθώς εφάρμοσε το άρθρο 102 του ν.4412/2016.

35. Ο προσφεύγων με το υπόμνημα του ισχυρίζεται ό,τι και με την προσφυγή του.

36. Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης αναφορικά με το υποχρεωτικό περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς: «2.4.3.2 Τεχνική προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή βάσει της αρ. ../2023 Μελέτης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται[...]*Πιο συγκεκριμένα ζητούνται: 1)[...]*2) Άδεια ή έγκριση καταλληλότητας από την αρμόδια Υπηρεσία για το μέσο μεταφοράς με το οποίο μεταφέρεται το 3) Υπεύθυνη δήλωση (άρθρο 8 Ν. 1599/1986) στην οποία να δηλώνεται ότι το προσφερόμενο είδος και η μεταφορά του θα είναι σύμφωνα με τους όρους της Μελέτης, τους όρους που αναφέρονται στον Κώδικα ... και Αντικειμένων ..., τις ισχύουσες Κοινοτικές, ... και ... διατάξεις, καθώς και τους Κανονισμούς του Υπουργείου ... και ... και τις Αποφάσεις του ... (...). Την παρούσα υπεύθυνη δήλωση θα υποβάλλει και η συνεργαζόμενη επιχείρηση σε περίπτωση υπεργολαβίας. 4) [...] Όλα τα πιστοποιητικά/άδειες να είναι σε ισχύ τόσο κατά το χρόνο υποβολής προσφορών όσο και κατά το χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης», «[...] 3.1.2.1 Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες,

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

*συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα[...]*3.2 *Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.».*

37. Όπως προκύπτει από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, η Επιτροπή του διαγωνισμού διαπιστώνοντας, κατά τον έλεγχο των τεχνικών προσφορών, ότι ο παρεμβαίνων: α) είχε υποβάλει την υπ' αρ. ... άδεια καταλληλότητας του οχήματος με αριθμό κυκλοφορίας ... για τη μεταφορά ..., που εκδόθηκε από το Τμήμα ... της Περιφερειακής ..., στην οποία δεν υπήρχε ημερομηνία έκδοσης και β) δεν είχε υποβληθεί για το όχημα με αριθμό κυκλοφορίας ... η άδεια καταλληλότητας οχήματος από την αρμόδια υπηρεσία για τη μεταφορά ..., ζήτησε, με το υπ' αρ. πρωτ. ... έγγραφό της, διευκρινίσεις από τον παρεμβαίνοντα. Ο παρεμβαίνων υπέβαλε τις διευκρινίσεις του επανυποβάλλοντας την υπ' αρ. ... με αρ. πρωτ. ... άδεια καταλληλότητας για το όχημα με αριθμό κυκλοφορίας ..., στην οποία επάνω υπήρχε η επισήμανση ότι ισχύει για ένα έτος από τη έκδοσή της στις ...-...-2022, ενώ διευκρίνισε ότι το όχημα με αριθμό κυκλοφορίας ... εκ παραδρομής επισυνάφθηκε στο αρχείο με τις λοιπές άδειες των οχημάτων, καθώς πρόκειται για φορτηγό ..., και συνεπώς δεν διαθέτει άδεια καταλληλότητας. Κατόπιν όλων των ανωτέρω, η Επιτροπή του διαγωνισμού έκρινε ότι

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

πληρούνται οι απαιτήσεις της .../2023 μελέτης και του όρου 2.4.3.2 της Διακήρυξης του διαγωνισμού.

38. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, όπως βάσιμα ισχυρίζονται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων, νομίμως ζητήθηκαν διευκρινίσεις από τον παρεμβαίνοντα αναφορικά με το χρόνο ισχύος της παραπάνω άδειας, δυνάμει των άρθρων 3.1.2.1 και 3.2 της διακήρυξης. Ειδικότερα, ο παρεμβαίνων είχε ήδη προσκομίσει με την προσφορά του την υπ' αρ. ... άδεια καταλληλότητας του οχήματος με αριθμό κυκλοφορίας ... και η αναθέτουσα αρχή ζήτησε να διευκρινιστεί το στοιχείο της χρονικής ισχύος αυτής. Από την εν λόγω διευκρίνηση μπορούσε ευχερώς να προκύψει το προγενέστερο ή μη του χαρακτήρα του επί ποινή αποκλεισμού ζητηθέντος στοιχείου της χρονικής ισχύος της άδειας σε σχέση με τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και τον χρόνο της κατακύρωσης και ειδικότερα, εάν αυτή ήταν ή όχι σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Όστε, στην συγκεκριμένη περίπτωση δεν προκύπτει παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και ορθώς εφαρμόσθηκε το άρθρο 3.1.2.1 της διακήρυξης. Αντιθέτως, ο παρεμβαίνων δεν μπορούσε νομίμως να υποβάλλει με τις διευκρινήσεις του έγγραφο, που ουδέποτε υποβλήθηκε, όπως τη ζητηθείσα για το όχημα με αριθμό κυκλοφορίας ... άδεια κυκλοφορίας. Επομένως, μη νομίμως ζητήθηκαν οι σχετικές διευκρινίσεις. Παραταύτα, επειδή εν τέλει προέκυψε ότι το συγκεκριμένο όχημα δεν ήταν ούτως ή άλλως κατάλληλο για μεταφορά ... και, όπως ισχυρίστηκε ο παρεμβαίνων, εκ παραδρομής αναφέρθηκε στην προσφορά, οι εν λόγω διευκρινίσεις δεν παρήγαγαν κανένα αποτέλεσμα και επομένως ο λόγος προβάλλεται άνευ αντικειμένου. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, μετά την αφαίρεση του εν λόγω οχήματος από την προσφορά, δεν προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων θα μπορέσει να εκπληρώσει τους όρους της διακήρυξης. Και τούτο, διότι η διακήρυξη δεν θέτει κάποιον ελάχιστο αριθμό οχημάτων για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης και άλλωστε προσφέρονται ... συνολικά οχήματα, ακόμη και εάν αφαιρεθεί το παραπάνω.

39. Σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης: *«Ειδικότερα οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) για την παράγραφο 2.2.3.1 απόσπασμα του σχετικού*

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμο έγγραφο που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και στα μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή στα πρόσωπα που έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην ως άνω παράγραφο 2.2.3.1 [...]». Περαιτέρω, ο όρος 2.2.3.1 της Διακήρυξης ορίζει ότι: «Όταν υπάρχει σε βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για ένα από τα ακόλουθα εγκλήματα: [...] Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται, επίσης, όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά: [...] - στις περιπτώσεις ... (...), τον διευθύνοντα Σύμβουλο, τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, καθώς και τα πρόσωπα στα οποία με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου έχει ανατεθεί το σύνολο της διαχείρισης και εκπροσώπησης της εταιρείας.»

40. Εν προκειμένω, η ... υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης αποσπάσματα ποινικού μητρώου μόνο για τα μέλη του ΔΣ της. Σύμφωνα όμως με το α.π. .../10.07.2023 πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης που υπέβαλε η ..., τη με α.π. .../01.08.2022 ανακοίνωση του ... περί καταχώρισης στο ... των από2022 αποφάσεων της ... και του ΔΣ της ..., που υπέβαλε η ίδια μαζί με το με α.π. .../09.06.2023 αναλυτικό πιστοποιητικό εκπροσώπησης της και τη με α.π. .../18.09.2020 απόφαση του Διευθυντή ... (ΑΔΑ: ...) που υπέβαλε με την προσφορά της, προέκυψε ότι, πέραν των μελών του ΔΣ, γενικές εξουσίες εκπροσώπησης έχουν και οι κ.κ. ..., ... και Συγκεκριμένα στη με α.π. .../01.08.2022 ανακοίνωση του ... περί καταχώρισης στο ... των από2022 αποφάσεων της ... και του ΔΣ της ..., αναφέρονται τα εξής: «ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗ Α) Η εταιρία, εξαιρουμένων των παρακάτω υπό Γ αναφερομένων υποθέσεων, γενικά εκπροσωπείται και δεσμεύεται με δύο υπογραφές, εκ των οποίων η πρώτη θα ανήκει σε έναν

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

από τους: • ... του ..., κάτοχο του Α.Δ.Τ. υπ' αριθμ. ... με Α.Φ.Μ. ... ,Πρόεδρο του ..., • ... - ... του ... , κάτοχο του ΑΔΤ ... με Α.Φ.Μ. ..., Διευθύνοντα Σύμβουλο και η δεύτερη είτε στον άλλον από τους παραπάνω είτε σε έναν από τους: • ... του ..., κάτοχο του ΑΔΤ ..., με Α.Φ.Μ. ... • ... του ..., κάτοχο του ΑΔΤ ..., με Α.Φ.Μ. ... ή • ... του ..., κάτοχο του ΑΔΤ ..., με Α.Φ.Μ.» . Δεδομένων αυτών, η ... όφειλε να υποβάλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και αποσπάσματα ποινικού μητρώου και για τους κ.κ. ..., ... και ..., αφού και αυτοί έχουν γενική εξουσία εκπροσώπησης της. Κατόπιν των ανωτέρω, νομίμως η αναθέτουσα αρχή ζήτησε τα ανωτέρω μη προσκομισθέντα ποινικά μητρώα με την υπ' αρ. πρωτ. .../26-07-2023 πρόσκληση για υποβολή διευκρινίσεων, καλώντας τη ... να υποβάλει εξ υπαρχής δικαιολογητικά, που ουδόλως είχαν υποβληθεί από αυτήν, καθώς αφορούσαν σε δικαιολογητικά κατακύρωσης και νομίμως μπορούσαν να υποβληθούν κατόπιν διευκρινίσεων σύμφωνα με το άρθρο 3.2 της διακήρυξης. Συνεπώς, οι ανωτέρω ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι ως μη ερειδόμενοι στη διακήρυξη.

41. Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «[...]2.2.3.2 ο οικονομικός φορέας αποκλείεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία [...]2.2.3.9. Οικονομικός φορέας, σε βάρος του οποίου έχει επιβληθεί η κύρωση του οριζόντιου αποκλεισμού σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις και για το χρονικό διάστημα που αυτή ορίζει, αποκλείεται από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης[...].2.2.9.2 δ) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3.4, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι στην παράγραφο λόγοι αποκλεισμού», «[...]3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής[...].».

42. Εν προκειμένω, όπως αναφέρεται στην προσβαλλομένη, μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου διαπιστώθηκε από την Επιτροπή διαγωνισμού ότι οι υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις που αφορούσαν στις παραγράφους ... περίπτωση ...', και ... της διακήρυξης περιλάμβαναν λανθασμένη διατύπωση. Επιπλέον, οι υπεύθυνες δηλώσεις, που αφορούσαν στις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου ... της διακήρυξης, εκτός της λανθασμένης διατύπωσης, ήταν και ελλιπείς. Λαμβάνοντας υπόψη όλα τα ανωτέρω, η Επιτροπή ζήτησε από τον ανωτέρω προσωρινό ανάδοχο διευκρινίσεις-συμπληρώσεις επί των ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε τις απαιτούμενες διευκρινίσεις εμπρόθεσμα και κατόπιν ελέγχου η Επιτροπή διαπίστωσε τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου ... της διακήρυξης, καθώς και την πλήρωση των απαιτήσεων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων ... έως ... αυτής. Κατόπιν των ανωτέρω και όσων εκτέθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, ορθώς η αναθέτουσα αρχή ζήτησε διευκρινήσεις και περαιτέρω αξιολόγησε και έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν με αυτές. Και τούτο, διότι στο σύνολό τους πρόκειται για δικαιολογητικά κατακύρωσης και αυτά νομίμως μπορούσαν να υποβληθούν κατόπιν διευκρινίσεων σύμφωνα με το άρθρο 3.2 της διακήρυξης. Συνεπώς, οι ανωτέρω ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι ως μη ερειδόμενοι στη διακήρυξη. Επομένως, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει στο σύνολό του να απορριφθεί.

43. Ο προσφεύγων με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.1 της

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

Διακήρυξης για το σύνολο των μελών του ΔΣ του παρεμβαίνοντος ,αλλά και των εχόντων ειδικές εξουσίες εκπροσώπησης, καθώς τα υπ' αρ. πρωτ. ..., ..., ..., ..., ..., ..., υποβληθέντα ποινικά μητρώα καλύπτουν αποκλειστικά τον χρόνο κατακύρωσης και όχι τον χρόνο υποβολής προσφοράς της εταιρείας

44. Σύμφωνα με τον παρεμβαίνοντα το ποινικό μητρώο αποδεικνύει, εκ φύσεώς του, γεγονότα από το παρελθόν έως και την έκδοσή του και επιπλέον τούτου, κατά τον όρο της διακήρυξης περί αποδοχής ποινικού μητρώου εκδοθέντος προ τριμήνου, κατά πλάσμα δικαίου φέρει αποδεικτική ισχύ για τους σκοπούς της διαδικασίας, ως και τρεις μήνες πριν από την έκδοσή του.

45. Η αναθέτουσα αρχή προς αντίκρουση του λόγου της προσφυγής επικαλείται το υπ' αριθμ. πρωτ. .../19-04-2019 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με ΑΔΑ:... και θέμα: «Διευκρινίσεις ως προς τον χρόνο έκδοσης και ισχύος των δικαιολογητικών που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο (δικαιολογητικών κατακύρωσης), κατόπιν δημοσίευσης του ν. 4605/2019», σύμφωνα με το οποίο και συγκεκριμένα την Ενότητα Β: Πεδίο εφαρμογής, αναφέρεται: *“το απόσπασμα ποινικού μητρώου και τα λοιπά πιστοποιητικά που εκδίδονται από τις δικαστικές αρχές δεν είναι απαραίτητο να εκδίδονται κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών Αντίθετα, αρκεί η προσκόμισή τους από τον προσωρινό ανάδοχο μαζί με τα λοιπά δικαιολογητικά κατακύρωσης δεδομένου ότι τα εν λόγω δικαιολογητικά καλύπτουν όλο το προγενέστερο της έκδοσής τους χρονικό διάστημα.”*.

46. Σύμφωνα με το υπόμνημα του προσφεύγοντος, τα ανωτέρω που ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, είναι αβάσιμα γιατί «το απόσπασμα ποινικού μητρώου μπορεί να περιέχει ένα από τα αναφερόμενα στο άρθρο 73 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 κακουργήματα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά να μην το περιλαμβάνει το απόσπασμα ποινικού μητρώου που θα εκδοθεί κατά τον χρόνο κατακύρωσης, γιατί στο ενδιάμεσο διάστημα παρήλθε η προβλεπόμενη στο άρθρο 571 ΚΠΔ εικοσαετία ή η οκταετία για πλημμελήματα ή ακόμη και η τετραετία κατά σύντμηση για πλημμελήματα κατ' εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 7 του άρθρου 571 ΚΠΔ».

47. Στην συγκεκριμένη περίπτωση βάσιμοι είναι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι αναφορικά, ειδικά με τα ποινικά μητρώα, ο λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί. Ειδικότερα, το ποινικό μητρώο από τη φύση του δεν καλύπτει μόνο το χρονικό σημείο στο οποίο έχει εκδοθεί, αλλά και κάθε προηγούμενα αυτού ποινική καταδίκη και, άρα, αναγκαία καλύπτει και το προηγούμεν διάστημα υποβολής της προσφοράς. Επιπλέον, η όποια δυνατότητα διαγραφής ποινών από το δελτίο του ποινικού μητρώου γενικής χρήσης, αφορά κατ' άρ. 571 ΚΠοινΔικ, τις εξής περιπτώσεις *«3. Στο αντίγραφο γενικής χρήσης καταχωρίζεται το περιεχόμενο όλων των δελτίων ποινικού μητρώου, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο, εκτός από εκείνα: α) που αναγράφουν χρηματική ποινή ή παροχή κοινωφελούς εργασίας ή ποινή φυλάκισης έως έξι μήνες, μετά την πάροδο τριών ετών, β) που αναγράφουν ποινή φυλάκισης πέραν των έξι μηνών ή ποινή περιορισμού σε ψυχιατρικό κατάστημα, μετά την πάροδο οκτώ ετών, γ) που αναγράφουν κάθειρξη, μετά την πάροδο είκοσι ετών[...]»*. Σημειωτέον δε, ότι κατά τον όρο 2.2.3.1 της διακήρυξης, οι λόγοι αποκλεισμού του όρου 2.2.3.1, περί των οποίων το ποινικό μητρώο, έχουν πενταετή ισχύ από την αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση («Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (στ) η κατά τα ανωτέρω, περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση.»). Συνεπώς, δεν υπάρχει περίπτωση καταδίκης προσώπου για τα ως άνω αδικήματα, που συνιστούν όλα κακουργήματα , στην οποία δεν θα αναγράφεται αυτή η καταδίκη στο ποινικό μητρώο για πέντε έτη από την αμετάκλητη καταδίκη. Εξάλλου, ο λόγος για τον οποίο ζητείται εκ του νόμου και της διακήρυξης το επίκαιρο του ποινικού μητρώου ,σε σχέση με την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, συνίσταται ακριβώς στο ότι ένα παρελθοντικό ποινικό μητρώο προσφέρει μεν διασφάλιση για τα προηγούμενα της έκδοσης του γεγονότα, αλλά όχι για τα επόμενα και ,άρα, ευλόγως θα πρέπει να είναι κατά το δυνατόν πιο πρόσφατο σε σχέση με τον χρόνο οριστικής απόδειξης έλλειψης λόγων αποκλεισμού, χωρίς τούτο να σημαίνει ότι δεν παρέχει απόδειξη για κάθε προγενέστερο της εκδόσεώς του χρονικό σημείο, μεταξύ των οποίων και της προσφοράς. Ωστε, ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης:1741 /2023

48. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση. Επίσης, πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ακυρώνει την απόφαση της με αριθμό ... Συνεδρίασης της ... της Οικονομικής Επιτροπής του ..., κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» στο διαγωνισμό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8-11-2023 και εκδόθηκε στις 28-11-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ